

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXXI - 2020 - N. 1

*Trimestrale
gennaio-marzo 2020*

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

COMITATO DI REDAZIONE

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

DIRETTORE RESPONSABILE

Maurizio Minnucci

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



EDIESSE

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 referaggio e da altri/e studiosi/e.

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

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

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

Proprietario ed editore

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

Sito web della rivista

www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione

Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 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: abbonamenti@ediesseonline.it

Tariffe di abbonamento

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

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

Distribuzione in libreria

MESSAGGERIE LIBRI SPA

FINITO DI STAMPARE
NEL MESE DI APRILE 2020

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

<i>Amos Andreoni, Antonino Sgroi</i> In ricordo di un amico	IX
IL TEMA	
Lo Statuto dei lavoratori, ieri, oggi, domani <i>The Italian Workers' Statute. Yesterday, Today, Tomorrow.</i> <i>A cura del Collegio dei condirettori</i>	
<i>Marco Revelli</i> Lavoro, trasformazioni sociali e scelte di vita <i>Work, social changes and life choices</i>	3
<i>Maria Vittoria Ballestrero</i> Uno Statuto lungo cinquant'anni <i>A Statute fifty years long</i>	20
<i>Marzia Barbera</i> Statuto, contesti organizzativi e lavori cinquant'anni dopo <i>Workers' Statute, enterprise and work fifty years after</i>	39
<i>Roberto Voza</i> Statuto, poteri dell'imprenditore e tutele della persona del lavoratore <i>Workers' Statute, employer powers and worker protection</i>	65
<i>Marco Barbieri</i> Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi. Erosione e necessità della reintegrazione <i>Workers' Statute, unjustified dismissals and effectiveness of workers protection</i>	85

<i>Stefania Scarponi</i>	
Statuto, rappresentanza e contrattazione collettiva	
<i>Workers' Statute, workers representation and collective bargaining</i>	108
<i>Edoardo Ales</i>	
Libertà sindacale <i>vs</i> partecipazione?	
Assenze, presenze e possibilità nello Statuto dei lavoratori	
<i>Trade Union freedom versus workers participation? Which role for the Workers' Statute</i>	129
<i>Antonello Zoppoli</i>	
Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico:	
un incontro, nel tempo, fecondo	
<i>Workers' Statute and public work: a fruitful meeting over time</i>	148
<i>Rita Sanlorenzo</i>	
Giudici e processo del lavoro dallo Statuto a oggi	
<i>The role of Courts from the Workers' Statute to the present day</i>	168

PARTE II GIURISPRUDENZA

IL CASO 1

<i>Federico Roselli</i>	
Funzione riparatoria e funzione sanzionatoria della condanna conseguente al licenziamento illegittimo	
<i>(Corte costituzionale, 8.11.2018, n. 194)</i>	3

IL CASO 2

<i>Antonino Sgroi</i>	
La Corte costituzionale e il pagamento del trattamento di fine servizio	
<i>(Corte costituzionale, 25.6.2019, n. 159)</i>	21
<i>Rosa Casillo</i>	
Sulla legittimità del differimento e rateizzazione dei trattamenti di fine servizio	
<i>(Corte costituzionale, 25.6.2019, n. 159)</i>	32

RASSEGNA RAGIONATA DI GIURISPRUDENZA

Alessandra Raffi

Il nuovo contesto normativo dei licenziamenti illegittimi
e i «tormenti» giurisprudenziali (Parte I)

*Individual dismissal for justified objective reason and collective redundancies
between the employer's powers and the proven external reasons (Part I)*

49

RAPPORTO DI LAVORO

Riccardo Tonelli

Quale futuro per la disciplina nazionale in materia di subappalto?

(Corte di Giustizia, 26.9.2019, C-63/18, S. Quinta)

67

Eugenio Erario Boccafurni

Presupposti, limiti e tutele del licenziamento «ritorsivo»

(Cassazione, 23.9.2019, n. 23583)

Tribunale Milano, 23.8.2019)

72

Giuseppe Antonio Recchia

Il perdurante equivoco sul confine tra successione nell'appalto
e trasferimento di azienda

(Cassazione, 22.8.2019, n. 21615)

77

Elisa Zaccagnini

Il diritto del familiare disabile a un'assistenza effettiva ed esclusiva

(Cassazione, 20.8.2019, n. 21529)

90

Marianna Russo

Dichiarazioni mendaci in fase di assunzione: ipotesi a confronto

(Cassazione, 29.7.2019, n. 20415)

Cassazione, 11.7.2019, n. 18699)

94

Silvia Magnifico

Il licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta

fra tutela del lavoratore disabile e prerogative imprenditoriali

(Cassazione, 10.7.2019, n. 18556)

100

Giulia Sforza

Le somme spettanti al lavoratore in caso di illegittima cessione
di ramo d'azienda hanno natura retributiva

(Cassazione, 3.7.2019, n. 17785)

106

Antonio Federici

Trasferimento d'azienda e sindacato giudiziale della discrezionalità nell'applicazione dei canoni di correttezza e buona fede

(Tribunale Roma, 24.9.2019, ord.)

Tribunale Roma, 2.8.2019, decr.

Tribunale Roma, 29.7.2019, ord.

Tribunale Roma, 7.6.2019, ord.)

111

Luisa Marchesini

La remunerazione del lavoratore detenuto prima della riforma dell'ordinamento penitenziario

(Tribunale Padova, 23.7.2019)

119

Milena Talarico

Nuove tecnologie e contratto di appalto: direttive mediante uso di terminali elettronici e interposizione illecita di manodopera

(Tribunale Padova, 16.7.2019)

123

Alessandro Veltri

Trattamento economico dei dipendenti delle cooperative sociali di tipo B e applicazione dei Ccnl di settore o categoria affini

(Tribunale Rimini, 9.4.2019)

127

DIRITTO SINDACALE

Giovanni Guglielmo Crudeli

Disdetta anticipata del Ccnl di categoria da parte del datore e sostituzione con un contratto collettivo separato

(Cassazione, 20.8.2019, n. 21537)

139

Barbara Caponetti

La Cassazione sulla legittimità del contratto di prossimità che esclude l'indennità di mancato preavviso

(Cassazione, 22.7.2019, n. 19660)

152

Giulia Frosecchi

Antisindacalità o discriminazione? La condotta di Ryanair e l'«imbarazzo» della scelta sull'azione giudiziale

(Corte d'Appello Brescia, 24.7.2019)

Tribunale Busto Arsizio, 25.10.2019)

157

CONTROVERSIE DI LAVORO

Giuseppe Trisorio Liuzzi

È davvero incostituzionale la previsione nel processo del lavoro
della condanna alle spese maturate dopo la proposta conciliativa rifiutata?
(*Corte d'Appello Napoli, 10.7.2019*)

173

SICUREZZA SOCIALE

Adriana Stolfa

Inapplicabilità agli enti previdenziali del termine di decadenza
ex art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003
(*Cassazione, 4.7.2019, n. 18004*)

185

Claudio de Martino

L'estensione giurisprudenziale ai somministrati a tempo indeterminato
(in disponibilità) degli assegni per il nucleo familiare
(*Cassazione, 8.3.2019, n. 6870*)

190

Vincenzo Lamonaca

Il diritto alla Naspi del lavoratore detenuto alle dipendenze
dell'amministrazione penitenziaria
(*Tribunale Torino, 24.1.2019*)

196

OSSERVATORI ONLINE

CORTE COSTITUZIONALE

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

Rapporto di lavoro

Periodo luglio-dicembre 2019

Massimo Pallini

2

Sicurezza sociale

Periodo settembre 2019-marzo 2020

Lorenzo Fassina

13

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

A cura di Ginevra Galli e Stefano Cairoli

Periodo II semestre 2019

Alessandro Veltri, Eugenio Erario Boccafurni

15

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

RICORDO DI FABIO FONZO

Amos Andreoni (*), *Antonino Sgroi* (**)

IN RICORDO DI UN AMICO

Lo scorso 12 marzo ci ha lasciati un caro amico, con il quale si è percorso insieme un lungo tratto della vita: Fabio Fonzo.

Uomo sobrio, cortese, ironico; amico leale e franco.

Giurista che ha messo a disposizione, con spirito di servizio e in una visione prospettica di miglioramento della società, sia dell'Inps (ente previdenziale all'interno del quale gli era stato riconosciuto l'incarico di avvocato, coordinatore generale), sia della Cgil (facendo parte per lungo periodo della Consulta giuridica), la sua profonda conoscenza nella materia della sicurezza sociale. Egli ben conosceva gli intrecci perversi tra politica e alta amministrazione, e nella sua costante opera di miglioramento dell'assetto della previdenza sociale preferiva guardare e riformare dal basso, modificando comportamenti quotidiani, senza perdere di vista l'orizzonte.

Avvocato che, nel quotidiano confronto delle aule giudiziarie, ha sempre conservato il suo tratto garbato con i giudici e i colleghi, senza mai dimenticare la sua funzione di *civil servant* nello svolgimento della sua attività professionale. Funzione, questa, costantemente esercitata in specie nei confronti dei colleghi più giovani, per consentire la loro crescita professionale e l'ampliamento delle loro conoscenze in una materia così magmatica qual è quella della sicurezza sociale, con l'obiettivo di assicurare all'Inps, per l'esercizio dell'attività istituzionale dello stesso e nel trascorrere del tempo, la presenza di un'avvocatura preparata, profonda conoscitrice della materia: presidio di legittimità e garanzia dei compiti affidati dal legislatore all'ente previdenziale.

La sua preziosa attività è stata poi condensata nei saggi pubblicati nella nostra *Rivista*, avendo di mira una visione di insieme della tutela previden-

(*) Amos Andreoni è avvocato in Roma, già professore di Diritto del lavoro e della sicurezza sociale presso la «Sapienza» Università di Roma.

(**) Antonino Sgroi è avvocato; avvocatura centrale Inps.

ziale nel dialogo, difficile, tra schemi normativi, attuazione gestionale, preparazione operativa e sintesi giurisprudenziale.

Nelle sue riflessioni ha soprattutto evidenziato la centralità della contribuzione: da un lato, solo con la creazione di un'adeguata provvista finanziaria si è potuto sviluppare una decorosa (ma claudicante) sicurezza sociale; dall'altro, la contribuzione non è mai assurda a sistema perché frastagliata in un arcipelago ritagliato sullo sfilacciato panorama produttivo e ancor più sulle spinte lobbistiche. È di grande importanza questa doppia riflessione sul nesso funzionale (ma non giuridico) tra contribuzione e prestazioni nonché tra contribuzione e struttura economica.

Anche per questo, oltreché per la sua rara umanità, Fabio ci mancherà.

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

LO STATUTO DEI LAVORATORI, IERI, OGGI, DOMANI

Marco Revelli (*)

LAVORO, TRASFORMAZIONI SOCIALI E SCELTE DI VITA

SOMMARIO: Introduzione. — 1. Lo Statuto dei lavoratori nel suo contesto «genealogico». — 2. «Rottura di paradigma»: dal «fordismo» al «postfordismo». — 3. Postfordismo, postindustriale, postmoderno. Il mondo del «dopo».

— *Introduzione* — Cinquant'anni, per una legge, in linea generale non sono «troppi». Le Costituzioni, come è noto, durano secoli. Il nostro codice civile – sia pur con progressive revisioni settoriali – sta per compiere 80 anni. Il precedente, nel 1942, quando è stato sostituito, ne aveva altrettanti. Il *Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco ha come data di nascita il primo giorno del secolo scorso – 1° gennaio 1900 – e continua a regolare i rapporti privati della Germania riunificata. Dunque, la nostra legge n. 300 del 20 maggio 1970 non sembrerebbe di per sé così «vecchia», se non fosse che i suoi cinque decenni di vita coprono un arco temporale scandito – potremmo dire «diviso», o «spaccato» – da una cesura storica, soprattutto per quanto riguarda il suo oggetto: il lavoro. O, in senso più ampio, il «paradigma socio-produttivo» all'interno del quale si articolano le relazioni fondamentali tra i soggetti della produzione e della riproduzione, le loro vite quotidiane, i modelli organizzativi che ne strutturano le interdipendenze, con le conseguenti catene gerarchiche e i relativi gradi di libertà o subordinazione... In sostanza, nel corso di quel mezzo secolo di vigenza è intervenuto quello che potremmo chiamare in senso proprio un «salto di paradigma».

1. — *Lo Statuto dei lavoratori nel suo contesto «genealogico»* — Per questo, prima di riflettere sullo Statuto dei lavoratori «oggi» e «domani», è utile, con approccio genealogico, collocarlo sia pur sinteticamente nel «suo ieri». Ovvero nel contesto in cui si è affermato non solo come forma giuri-

(*) Professore ordinario di Scienza della politica presso l'Università del Piemonte orientale (ora in pensione).

dica (allora) «innovativa», ma anche come necessità sociale e opportunità politica. Un'operazione, questa, che suggerirei di compiere utilizzando un doppio scenario: uno più ravvicinato, relativo agli aspetti politici e sindacali, e uno più ampio, o più «lungo» – proiettato nella *longue durée* –, attinente al modello socio-produttivo e organizzativo prevalente.

Lo scenario breve. Quando fu promulgato lo Statuto dei lavoratori erano trascorsi esattamente cinque mesi dal 21 dicembre 1969, il giorno in cui era stato firmato il contratto dei metalmeccanici: la vertenza pilota di quello che fu da subito definito l'«autunno caldo». In genere ci si concentra su quei tre mesi e mezzo, effettivamente incandescenti, che vanno dalla prima decade di settembre alla vigilia di Natale, drammaticamente segnati sul finire dalla strage nera di piazza Fontana a Milano. Ma in realtà il conflitto si era aperto già prima della scadenza «ufficiale», nei grandi stabilimenti metalmeccanici e siderurgici torinesi e milanesi come nel polo chimico di porto Marghera, in forme spesso spontanee come alla Fiat a giugno e a luglio, quando la produzione era stata più volte bloccata da scioperi a scacchiera. E la conflittualità attraversava trasversalmente pressoché tutto il mondo del lavoro: in quell'anno scadevano 45 contratti collettivi e un'altra quindicina risultava ancora «aperta» dagli anni precedenti, per un totale di quasi 5 milioni di lavoratori (di cui circa un quarto metalmeccanici). Le ore di sciopero avrebbero raggiunto, alla fine, la cifra record di 250 milioni: un punto di picco assoluto a conclusione di un decennio nel corso del quale la conflittualità era andata via via crescendo (nel 1960 erano state 46 milioni; nel 1966 – anno di rinnovi contrattuali – 115; nel 1968 – anno senza significative vertenze – 74).

A riprova della radicalità del conflitto stanno le statistiche sul numero di lavoratori e sindacalisti denunciati per atti compiuti durante azioni di picchettaggio ai cancelli delle fabbriche, blocchi stradali o ferroviari, manifestazioni non autorizzate ecc. Cgil Cisl e Uil calcolano che tra settembre e dicembre siano stati complessivamente 9.938, di cui – a conferma della diffusione e trasversalità del conflitto – «1.768 metalmeccanici, 1.474 braccianti, 359 edili, 107 alimentaristi, 530 chimici e vetro, 326 minatori e cavaatori, 400 tessili e abbigliamento, 63 poligrafici e cartai, 288 lavoratori dei trasporti, 43 lavoratori del commercio, 277 statali e parastatali, 2.135 dipendenti degli enti locali e ospedalieri, 1.054 vigili urbani, 1.166 lavoratori appartenenti ad altre categorie» (1). Nel complesso, secondo i dati forniti dall'allora ministro dell'Interno Franco Restivo, i denunciati nel 1969 furo-

(1) Conti 2019.

no quattordicimila (2), il che renderà necessaria l'amnistia approvata dal Parlamento nel maggio del 1970, pochi giorni dopo lo Statuto dei lavoratori, per tutti i reati «sociali» comportanti pene inferiori ai cinque anni.

D'altra parte, quell'*annus mirabilis* cadeva nel pieno di un decennio che, in pressoché tutto l'Occidente industrializzato, era stato segnato da un livello eccezionale di conflittualità sociale che aveva come baricentro i grandi stabilimenti per la produzione di massa standardizzata manifatturiera. Lo testimoniano le statistiche degli scioperi (3), che fanno registrare, in un quadro di comparazione internazionale, record «trasversali» per quanto riguarda sia la «partecipazione» che il «volume» dei conflitti sindacali: tra il 1965 e il 1974, il numero di scioperanti ogni 1.000 occupati si colloca a quota 232 in Francia, 112 nel Regno Unito, 63 negli Stati Uniti (livelli mai raggiunti nei decenni precedenti e in quelli successivi) e 476 (un assoluto il più alto) in Italia. Nello stesso periodo, le giornate di lavoro perdute per 1.000 occupati risulteranno 391 in Danimarca, 306 in Francia, 733 nel Regno Unito, 1.020 negli Stati Uniti e 1.861 in Italia.

Era il segno tangibile che il potente dispositivo disciplinare fordista-taylorista, dopo aver generato nei decenni della sua genesi e della sua prima maturità una diffusa subordinazione della forza lavoro al comando d'impresa, ora, nella seconda maturità, per così dire, si rovesciava producendo su scala crescente insubordinazione e conflitto, a cui appunto, in un paese quale l'Italia – come si è visto caratterizzato da una particolare estensione e radicalità del fenomeno –, si tenterà di rispondere, almeno in un primo momento, con iniziative legislative e formule negoziali (dallo Statuto al «punto unico di contingenza») volte a mediare il conflitto o a non esasperarne le manifestazioni. Il che ci conduce al secondo aspetto preliminare:

Lo scenario ampio o «lungo». Quella perdita di controllo sull'allora principale «fattore produttivo» – la forza lavoro – che in Italia ebbe il suo apice con l'«autunno caldo» ma che, come si è visto, caratterizzò l'intero decennio a cavallo tra gli anni sessanta e gli anni settanta in tutto l'Occidente industrializzato, si manifestava («esplosivamente») nell'ambito del sistema socio-produttivo definito sinteticamente «fordista» (o, appunto, «fordista-taylorista»): un modello che in letteratura (in sociologia dell'organizzazione, ma anche in sociologia industriale e in sociologia del lavoro) va sotto il nome di «paradigma razionale a sistema chiuso» (l'espressione è di James Thompson) (4).

(2) *Ivi*.

(3) Cfr. Cella 1997.

(4) Thompson 1967, tr. it. 1988.

La formulazione è di per sé gravida di implicazioni. Si tratta infatti: a) di un «paradigma», cioè di un complesso di caratteristiche organicamente interdipendenti che definiscono una «logica di funzionamento»; b) orientato all'uso «razionale» dei fattori produttivi (nel caso di un processo industriale) od operativi (nel caso di un complesso amministrativo), cioè alla massimizzazione dei risultati e alla minimizzazione degli sforzi; c) nell'ambito del quale la «razionalità» è subordinata alla «chiusura» del sistema, cioè alla possibilità di delimitare un numero relativamente ristretto di variabili escludendo ogni possibile interferenza imprevista o, per usare l'espressione tecnica, ogni «contingenza». L'idea guida è costituita dalla necessità di «ri-tagliare» da un ambiente di per sé caotico, o comunque «disordinato», uno spazio delimitato come condizione per produrre al suo interno un «frammento di ordine», cioè un sistema di relazioni ordinate e in quanto tali «razionali» o «razionalizzate», sottoposte a sequenze prevedibili e pianificabili. Esso riguarda tanto le grandi strutture produttive finalizzate alla produzione di massa standardizzata e caratterizzate da «tecnologie di concatenamento» (la classica *assembly line*) che impongono flussi costanti e regolari con mansioni strettamente sincronizzate – gli stabilimenti fordisti appunto –, quanto i grandi apparati amministrativi prevalentemente pubblici per la somministrazione di servizi e funzioni di utilità collettiva, che implicano pratiche e atteggiamenti orientati al tradizionale principio dell'«imparzialità dell'azione amministrativa» e dell'impersonalità del pubblico funzionario (le «burocrazie pubbliche»). Nel primo caso, l'azzeramento o comunque la riduzione al minimo delle «contingenze esterne» (possibili irregolarità nel flusso di accesso dei materiali) si ottiene mediante «la chiusura ermetica del nucleo tecnologico mediante componenti di *input* e *output*» (5) («polmoni», aree di stoccaggio ecc.), mentre per le «contingenze interne» (determinate da comportamenti «irregolari» della manodopera) si ricorre alle tecniche tayloristiche di formulazione e imposizione di «norme» dirette a imporre una «regolarità» al processo lavorativo. Nel secondo caso, valgono le linee generali della burocrazia weberiana, strutturata essenzialmente in base a un sistema di regole e di interazioni tra ruoli e funzioni predeterminati e gerarchicamente ordinati in termini generali e astratti (gerarchia tra uffici, non tra «personalità naturali»).

In entrambi i casi, al cuore del modello sta quel procedimento specifico che uno dei padri della sociologia dell'organizzazione, Richard W. Scott (6), definisce col termine «formalizzazione»: la procedura in base alla quale

(5) *Ivi.*

(6) Scott 1981, tr. it. 1985.

i ruoli e i rapporti tra i ruoli sono prescritti prescindendo dalle caratteristiche delle persone che occupano la posizione nella struttura secondo regole precise ed esplicite, così da garantirsi l'«oggettivazione degli atti e dei comportamenti» e, grazie a questa, la loro «manipolabilità» (organizzazione in successioni razionali di operazioni predeterminate in organigrammi) e «prevedibilità». Essa consiste, in sostanza, in un sistematico processo di personalizzazione e sterilizzazione della soggettività, identificata come fonte di comportamenti irregolari, imprevedibili, irriducibili a regolarità [in questo senso, Scott definisce la formalizzazione come «un tentativo di rendere il comportamento più prevedibile, standardizzandolo e regolandolo» (7) al fine di permettere il formarsi di «stabili aspettative [...] in ciascun membro del gruppo rispetto al comportamento degli altri membri in determinate condizioni [le quali a loro volta] sono una preconditione essenziale per la considerazione razionale delle conseguenze delle azioni in un gruppo»] (8). L'operazione, si deve aggiungere, è tanto più strategicamente necessaria quanto più ci si trovi in presenza di «nuclei tecnologici» – cioè di sistemi di macchine – basati su «tecnologie di concatenamento» per le quali il sincronismo tra le diverse fasi della lavorazione e la regolarità dei flussi devono essere massime, e nel cui contesto, dunque, il manifestarsi di «contingenze» – sia «esterne» che «interne» – appare particolarmente dannoso, anzi «incompatibile» con la razionalità del sistema stesso.

Per queste ragioni, la morfologia degli apparati industriali «fordisti» – quelli caratterizzati dalla produzione di massa standardizzata di beni di consumo durevole che costituiscono il baricentro del lungo ciclo novecentesco originato dalla seconda Rivoluzione industriale – è in ampia misura surdeterminata e generalizzata. Essa presenta un altissimo grado di centralizzazione della direzione d'impresa, con linee di comando *top down*, netta separazione di ideazione ed esecuzione, con la pressoché totale standardizzazione delle mansioni esecutive e minimizzazione (fino all'azzeramento) dei gradi di autonomia degli addetti, prevalenza del *Make* sul *Buy*, finalizzata al controllo diretto della «mano visibile» dell'organizzazione sul flusso di componenti mediante forme di «integrazione verticale» e conseguente tendenza al gigantismo delle unità produttive.

Non stupisce che una tale struttura del sistema organizzativo «fordista» alimentasse una concezione organicistica e «autocratica» (9) dell'impresa e del processo di lavoro, gerarchica e totalizzante (per non dire totalitaria),

(7) *Ivi*, 79.

(8) Quest'ultima è una citazione tratta da Simon 1957.

(9) La definizione è di Mengoni 1972.

prevalsa sia nel campo della sociologia del lavoro che in quello giuslavorista tra gli anni trenta e gli anni cinquanta e percepibile nella sua influenza nello stesso art. 2086 del nostro codice civile «secondo il suo originario significato programmatico – come scrive Luigi Mengoni –, modellato sul concetto germanico di comunità di lavoro, governata da un capo e formata da seguaci o gregari del capo, con la conseguenza che la disciplina del lavoro nell'impresa tendeva a investire l'intera persona del lavoratore» (10). Si trattava, come è evidente, di una concezione certo congruente col modello organizzativo prevalente, ma destinata a entrare in crescente conflitto sia con i fondamenti giuspubblicistici affermatasi in particolare con le Costituzioni nate dopo la caduta dei fascismi, sia con la mutazione del comune sentire e del costume acceleratasi dalla fine degli anni cinquanta (consumi di massa, individualizzazione, rifiuto dell'autoritarismo e delle gerarchie, sensibilità per i diritti personali ecc.).

In questo senso la legge n. 300 del 1970 ebbe una funzione riequilibratrice tra fabbrica e società, o se si preferisce tra sfera del lavoro e sfera della vita: con essa, non solo il sindacato varcava i confini dell'impresa ottenendone un esplicito riconoscimento giuridico («è la legge del sindacato in azienda», scrisse Massimo D'Antona), ma la Costituzione entrava in fabbrica. Il lavoratore, nell'arco del suo orario di lavoro, cessava di essere in una condizione di extraterritorialità o, meglio, di appartenenza a un territorio altro rispetto a quello della Repubblica e si vedeva riconosciuta, pienamente, la prerogativa di cittadino, tutelato dall'intero arco di diritti che la Carta fondamentale riconosce a tutti. Lo Statuto, infatti – l'espressione è di Umberto Romagnoli –, «regola l'esercizio di diritti che spettano al lavoratore in quanto cittadino e ne sancisce la non espropriabilità anche nel luogo di lavoro. Per questo è la legge delle due cittadinanze. Del sindacato e, al tempo stesso, del lavoratore in quanto cittadino di uno Stato di diritto» (11). Esso sottraeva, in sostanza, l'intera sfera del diritto del lavoro alla dimensione puramente mercatistica quale derivava dall'assunzione totalizzante del «contratto» tra privati come fondamento dei reciproci obblighi e diritti, e gli assegnava una funzione mediatrice tra sfera privata e sfera pubblica, allineandosi alla cesura storica – particolarmente significativa in Italia – introdotta dal merito assunto dai movimenti dei lavoratori nella vittoria sui fascismi e dal riconoscimento costituzionale del ruolo pubblico del lavoro nella definizione dell'accesso democratico alla cittadinanza.

(10) *Ivi.*

(11) Romagnoli 2015.

D'altra parte, collocato com'era nella fase matura del lungo ciclo fordista, anzi potremmo dire nella sua «fase terminale», quando la diffusa e radicale conflittualità generata dall'impatto del dispositivo di comando d'impresa su una forza lavoro sempre meno disponibile all'assoggettamento stava generando «contingenze interne» sempre più perturbanti dell'ordine razionalizzato produttivo, lo Statuto finiva per rispondere a un'esigenza «di sistema». Potremmo dire che in quel contesto si rendeva in qualche modo accettabile, anzi per certi versi necessaria, per la stessa controparte padronale un'istanza regolativa. O, forse meglio, un «regolatore normativo» che introducesse nella crescente imprevedibilità dei comportamenti soggettivi di contestazione della razionalità formalizzata un sistema di «normalizzazione» dei rapporti tra capitale e lavoro basato non sul mero rapporto di forza, ma su un dispositivo generale e astratto di riconoscimenti reciproci di doveri e di diritti.

2. — *«Rottura di paradigma»: dal «fordismo» al «postfordismo»* — Il modello fordista «classico» aveva due prerequisiti: la disponibilità ampia di una manodopera disciplinabile e «de-soggettivabile»; l'esistenza di un mercato in qualche misura «illimitato» sul lato della domanda. Entrambe queste precondizioni si logorarono e infine vennero meno nei due decenni cerniera degli anni sessanta e settanta. La prima, come si è visto, venne meno con l'esplosione di una conflittualità per molti aspetti «incoercibile», da parte di una manodopera in rapido mutamento man mano che si faceva sempre più urbanizzata e scolarizzata, socializzata in un ambiente (metropolitano) attraversato da diffuse pratiche di contestazione e di mobilitazione con istanze libertarie, non conformiste e trasgressive. Ma anche la seconda — la strutturale capacità del mercato di assorbire volumi linearmente crescenti di prodotti di consumo durevoli — mostrò dapprima segni di cedimento (che si credettero congiunturali) e infine di tendenziale azzeramento (come dato strutturale).

Questa della piena elasticità del mercato rispetto all'offerta di volumi (illimitati) di prodotti industriali era stata una condizione strategica per il successo del modello «fordista»: come aveva spiegato perfettamente Henry Ford nella sua *Autobiografia*, la possibilità di dilatare costantemente i volumi produttivi era stato il «segreto» della sua capacità di abbassare simmetricamente i costi per unità di prodotto (economie di scala) e dunque per assicurarsi quote aggiuntive di mercato tra quegli strati sociali dotati di un minor potere d'acquisto, secondo una dinamica a spirale che si autoalimentava. Tutto ciò funzionò finché continuarono a esistere segmenti di popolazione «vergini» (nel caso dell'auto da «motorizzare»). Ma nel corso

della seconda metà del secolo i mercati dei principali prodotti di consumo durevole (*automotive in primis*, ma anche elettrodomestici e in generale l'*output* del manifatturiero meccanico ed elettromeccanico) si saturarono: divennero principalmente «mercati di sostituzione», come tale con tassi di crescita via via minori e curve pressoché piatte.

Il primo a cogliere questa «metamorfosi» interna al paradigma industriale fu, come è noto, Tajiki Ohno, il «creativo» vicepresidente della Toyota Motor Company, l'autore del fortunato volume sul *Toyota Production System* (12), che ne sintetizzò il senso con la formula sulla necessità di fare concorrenza in condizioni di «crescita lenta, o nulla»: riducendo i prezzi non più aumentando i volumi produttivi, ma riducendo i costi fissi. Tagliando i costi organizzativi, le funzioni non direttamente produttive, gli spazi eccedenti, a cominciare dalle aree di stoccaggio, la burocrazia interna, ovvero il «Terziario di fabbrica»... Crescere dimagrendo, insomma, in un mondo ormai dichiaratamente «finito», cioè costretto a non poter più contare su una possibilità di dilatazione illimitata della domanda, e in cui le grandi cattedrali fordiste del passato devono trasformarsi in vascelli corsari: più agili (*lean*), più leggeri e magri (*thin*), soprattutto più creativi (*smart*) e flessibili, cioè capaci di «respirare» con un mercato volatile, volubile, mutevole e sempre più frammentato in una miriade di preferenze del consumatore diventato, da variabile dipendente (era celebre l'affermazione di Ford secondo cui «ognuno è libero di volere la "Model T" del colore che preferisce, purché sia nera»), fattore dominante.

L'idealtipo della struttura produttiva non è più River Rouge – l'immensa «fabbrica-Stato» onnivora e dominante sull'ambiente esterno, capace di incorporare nelle sue undici miglia di estensione tutti i segmenti produttivi resi sincronici da una massiccia burocrazia interna e da un sistema articolato di «polmoni» e raccordi –, ma la «fabbrica integrata». O, come scrive Ohno, la fabbrica «a sei zeri»: «zero stock» (cioè zero scorte, zero magazzino), «zero difetti», «zero conflitto», «zero tempi morti» di produzione, «zero tempo d'attesa» per il cliente, e infine «zero cartacce» (cioè zero burocrazia). Essa si basa su due semplici principi – i «due pilastri» del sistema Toyota –: il «*just in time*» e l'«autonomazione». Il primo è un principio organizzativo in base al quale si richiede che ogni attività lavorativa venga alimentata «con i componenti richiesti, al tempo richiesto e nella quantità richiesta» (13), così che ogni particolare giunga alla stazione di lavorazione sulla catena di montaggio «al tempo giusto» (i manuali riportano l'espres-

(12) Ohno 1988, tr. it. 1993.

(13) La definizione è di Shingo 1991, 143.

sione «esattamente al tempo designato»), senza bisogno di essere immagazzinata in «polmoni» intermedi. Col secondo termine si intende invece l'attivazione del lavoratore e la richiesta di una sua responsabilizzazione nel garantire la qualità del prodotto, intervenendo liberamente sul flusso produttivo quando rilevasse un difetto e cooperando con suggerimenti e proposte innovative. Due «innovazioni» che nell'immediato furono interpretate come semplici correzioni del modello «fordista» (la «produzione flessibile» come categoria interna del fordismo), ma che in realtà si riveleranno una vera «rivoluzione produttiva», che ne rovesciava alcuni cardini.

In primo luogo, perché la realizzazione del *just in time* (che presupponeva come complemento l'uso del *kan ban*, cioè di un cartellino che funzionava come ordine di produzione nei confronti dei reparti di provenienza della componentistica) invertiva il verso della comunicazione, non più decisa e diretta dal vertice verso le postazioni di produzione ma, al contrario, da queste verso i segmenti a monte nel *layout* di fabbrica: dalla vecchia logica *top down* a un'inedita linea *bottom up*. Da una morfologia esplicitamente verticale a una tendenzialmente orizzontale, che finiva per varcare gli stessi confini tra sistema organizzativo e ambiente, affidando al cliente la possibilità di commissionare il prodotto di proprio piacimento dalle postazioni telematiche collocate presso i concessionari e di determinare per questa via tempi, ritmi e sequenze del ciclo di fabbrica. In secondo luogo, perché l'«autonomazione» rappresentava un'esplicita messa in gioco della soggettività del lavoratore in un contesto produttivo in cui questa era stata fino ad allora considerata un «disturbo» anziché una «risorsa». E in cui vigeva l'imperativo secondo cui al lavoratore era richiesto di eseguire, e non pensare, ed era imposto come dogma il divieto di interferire, per qualunque ragione, sulla regolarità del flusso produttivo (nel modello fordista, la rilevazione della difettosità era demandata al controllo a fine linea e al collaudo finale).

Possono sembrare correzioni settoriali, ma se analizzate nelle loro implicazioni configurano una vera «rottura di paradigma», perché – come annotavo nell'*Introduzione* alla traduzione italiana del libro di Ohno – quello che viene posto in discussione e rovesciato è «l'intero sistema di razionalità sinottico-burocratica del modello fordista»: il suo carattere di progetto produttivo «forte», incentrato sull'egemonia della fabbrica come luogo di un'assoluta razionalità tecnica garantita dalla «chiusura del suo nucleo tecnologico sull'insieme dei rapporti sociali» e sulla sistematica rimozione della soggettività. Potremmo dire che con il cosiddetto toyotismo si consuma la vendetta della soggettività – esorcizzata come fattore di imprevedibilità dal modello fordista e ora rimessa in gioco per ovviarne alle sempre più evi-

denti inadeguatezze alla nuova configurazione del mercato e alle domande di qualità di un prodotto sempre più personalizzato – e insieme una sorta di resa dell’universo produttivo «interno» al disordine di un «ambiente» esterno sempre più complesso, segmentato e mutevole. «Rinunciando all’antica facoltà di programmazione strategica», cito ancora dall’*Introduzione* di allora, «[il sistema produttivo] deve attrezzarsi per una pratica occasionalistica, misurata sul tempo breve e brevissimo, capace di mutare istante per istante l’organizzazione del lavoro, l’organico delle squadre, la disposizione delle macchine a seconda dei volumi e del tipo di merce richiesti (14). Deve, in sostanza, assumere quella che gli scienziati sociali definiscono una “razionalità processuale” (15), “debole”, flessibile, consapevole del proprio carattere limitato e per questo suscettibile di adeguarsi alle circostanze, di autocorreggersi costantemente» (16).

È un altro «paradigma»: quello che – per tornare ai sociologi dell’organizzazione – Scott e Thompson chiamano «modello naturale» o «a sistema aperto», in cui l’organizzazione è considerata come una sorta di organismo vivente in cui il gioco delle interazioni è estremamente complesso, il numero delle variabili elevato e il confine tra organizzazione e ambiente è molto labile, nel senso che l’organizzazione risente pesantemente delle influenze dell’ambiente da cui non è dato «isolarsi», ma in cui si deve imparare a convivere con successivi adattamenti da realizzare di volta in volta, per così dire «navigando a vista». L’organizzazione – e in questo caso in primo luogo l’«organizzazione del lavoro» – deve imparare a «respirare con l’ambiente» (in questo caso con il mercato), a modificarsi per rispondere alla sua volatilità, sostituendo la precedente logica da «produzione di massa standardizzata» con forme di produzione «per piccoli lotti», in rapida rotazione e con tempi di vita sempre più brevi. Non è più il «produttore» a creare il proprio stesso mercato (aumentando i volumi produttivi e abbassando costi e prezzi), ma il mercato a dettare tempi e metodi della struttura produttiva.

Né la rivoluzione si arresta al solo «campo organizzativo interno», ma si estende all’intero ciclo con una serie di conseguenze a cascata: il *down-sizing*,

(14) È quanto intendono i giapponesi quando affermano che «la Toyota “fabbrica prodotti che sono già venduti”» mentre le industrie ferme al modello della produzione di massa «fabbricano prodotti che eventualmente è possibile vendere»: Shingo 1991, 169.

(15) Sulla differenza tra i diversi tipi di razionalità, e sul loro rilievo in campo economico e sociale, si veda Lindblom 1979.

(16) *Ivi*.

in primo luogo, ossia la riduzione delle dimensioni ottimali degli stabilimenti all'insegna di una sorta di «piccolo è bello», con l'eliminazione delle funzioni non direttamente produttive; il decentramento produttivo attraverso pratiche di *out-sourcing* e la sostituzione della precedente pratica del *make* con sempre più diffusi ricorsi al *buy* (acquistando sul mercato componenti e servizi prima gestiti in proprio); l'accorciamento delle catene di comando; la riduzione all'osso del Terziario d'impresa; la diversificazione delle forme contrattuali e la precarizzazione delle fasce di manodopera considerate periferiche rispetto al *core business* e alle mansioni strategiche. Si tratta di un vero e proprio passaggio tra due diversi «regimi di accumulazione» – per usare l'espressione dei teorici dell'*École de la Régulation* francese: Michel Aglietta, Robert Boyer, Alain Lipiez, Benjamin Coriat (17), che per primi hanno introdotto il termine postfordismo –, dove con questa formula non si intende solo l'organizzazione del lavoro e l'apparato tecnologico, ma un complesso articolato di caratteristiche e di rapporti: dal rapporto produzione-consumo a quello tra Stato e mercato, e più in generale tra sfera pubblica e sfera privata, tra vita lavorativa e vita extralavorativa, con ricadute evidenti sia sugli assetti politici che sulle differenti «antropologie».

3. — *Postfordismo, postindustriale, postmoderno. Il mondo del «dopo»* — D'altra parte, l'emergere del fenomeno e del termine «postfordismo» si inserisce nell'ambito di un'altra lunga catena di «*post*» che indicano, ognuno, una qualche cesura rispetto al lungo ciclo economico-sociale – ma anche culturale e politico – precedente, e in particolare al Novecento: postindustriale, in primo luogo, a significare il relativo declino della centralità della produzione industriale (in particolare manifatturiera) a fronte dell'emergere di nuovi settori dinamici, a cominciare dalla *service economy* dal crescente peso, cioè del Terziario, e in prospettiva del «quaternario» in risposta alla domanda sempre più ampia di servizi e di prodotti immateriali (sanità, servizi alle persone, trasporti, turismo, istruzione, comunicazioni, informazione e intrattenimento, servizi finanziari...). A cui si accompagna la riflessione aperta da Ronald Inglehart sulla «rivoluzione silenziosa» (18), cioè sul passaggio dai cosiddetti «bisogni materialistici», tipici del lungo ciclo industriale o della «prima modernità» (bisogni fisiologici, bisogni di sicurezza economica: reddito, casa, pensione, assistenza... i «valori della scarsità»), a quelli che chiama «bisogni post-materialistici» (bisogno di identità, di autorealizzazione, di riconoscimento...). È quanto autori come Ulrich Beck

(17) Aglietta 1976; Boyer 2004; Coriat 1979; Lipietz 1983.

(18) Inglehart 1976, tr. it. 1983.

e Antony Giddens hanno definito come il passaggio dalla «modernità industriale» alla «modernità riflessiva»: quella in cui molto di quello che era considerato «valore» nella prima si rovescia in disvalore o in «minaccia» (la meccanizzazione, la pianificazione, la crescita illimitata, l'uniformazione), e in cui la smaterializzazione della gran parte dei prodotti si accompagna con il crescente peso nella sfera esistenziale di fattori simbolici e comunicativi, e alla standardizzazione dei prodotti si sostituisce una crescente domanda di personalizzazione, individualizzazione, esclusività.

Forse il termine che, nella sua genericità e proteiformità, li raccoglie tutti è «postmoderno»: lo stile di pensiero che rompe apertamente con il titanismo dell'*homo faber* tipico della modernità, con il dominio delle «grandi narrazioni», con l'operatività delle «identità collettive» e del «pensiero forte» di derivazione illuministica con suo perno centrale sulla Ragione, e persino con l'«austera estetica funzionalista» (per usare una felice espressione di David Harvey) (19) dell'«alto modernismo», e apre al disincanto, alla disseminazione dei concetti, dei valori, delle esperienze e dei mondi vitali, al «pensiero debole» e alle identità plurime, frattali, mutevoli e veloci nel tempo e nello spazio. L'esatto opposto dei «paradigmi razionali» e dei «sistemi chiusi» del ciclo precedente, visti ora come gabbie di ferro insopportabili, dispositivi di disciplinamento incompatibili con la libertà non negoziabile degli individui e col loro diritto alla distinzione: incunaboli di quell'antropologia da «uomo a una dimensione» di cui liberarsi finalmente.

Alla luce di questi nuovi stili di pensiero e di queste nuove «sensibilità», in molti hanno letto in chiave socialmente ottimistica il passaggio dal fordismo al postfordismo. Non solo nel campo datoriale, ma anche in ambito sindacale, il «salto di paradigma» venne visto da molti come un'inaspettata occasione di riscatto dalla feroce spersonalizzazione del lavoro di stampo fordista con la rimessa in gioco della soggettività del lavoratore letta come sinonimo di ri-personalizzazione del lavoro, emancipazione dalla serialità ripetitiva delle mansioni, rottura del sistema di comando burocratico-militare a cui – si riteneva – si sarebbe accompagnato un accresciuto ruolo del sindacato come *partner* e non solo controparte dell'imprenditore. Nei nuovi codici produttivi introdotti con la «specializzazione flessibile» e con la filosofia della *Total Quality* avrebbe dovuto trovare spazio una nuova figura di lavoratore – più camice bianco che tuta blu –, dotato di un più elevato livello di qualificazione, maggiormente coinvolto nelle scelte aziendali e

(19) Harvey 1990, tr. it. 1993.

nella gestione del ciclo produttivo, multifunzionale, consapevolmente partecipante, e in quanto tale destinato a un adeguato livello di gratificazione e di realizzazione nel lavoro. Conseguentemente, lo stesso rapporto capitale-lavoro, da intrinsecamente conflittuale com'era nel modello fordista – in cui il sistema di relazioni era fundamentalmente un gioco «a somma zero» –, si sarebbe dovuto evolvere secondo una deriva cooperativa, da gioco «a somma positiva», nel quale entrambe le parti avrebbero avuto qualcosa da guadagnare. Un'ottica, questa, nella quale non avrebbe più avuto alcun senso la sopravvivenza di vecchie concezioni organicistiche e autocratiche dell'impresa, da *Arbeitsgemeinschaft* teutonica. E con esse avrebbero perso significatività le simmetriche forme giuridiche di tutela del lavoro, sul genere appunto della legge n. 300 e del sistema di garanzie proprie dello Statuto dei lavoratori, considerate da alcuni obsoleti residui di un passato ormai superato.

Non è andata così. Lungi da segnare una migliore collocazione sistemica del lavoro nel nuovo ciclo postfordista, la transizione da un paradigma all'altro ha prodotto un generale indebolimento del lavoro (del lavoro dipendente in primo luogo, ma per molti aspetti del Lavoro in quanto tale rispetto all'onnipotenza acquisita dal Denaro). Un ridimensionamento del suo potere contrattuale all'interno dell'impresa e nella società. Una frammentazione e marginalizzazione della forza lavoro: in particolare di quei segmenti di forza lavoro che avevano invece avuto un ruolo centrale nel precedente modello socio-produttivo. Il progressivo superamento del paradigma fordista si è accompagnato con quello che, con fantasiosa espressione, il sociologo del lavoro Juan Castillo ha definito «un processo di liofilizzazione organizzativa», cioè di svuotamento, ridimensionamento, terziarizzazione, disseccamento e disseminazione delle unità produttive e dei posti di lavoro, risparmiando solo alcuni, limitati nuclei di manodopera addetta ai segmenti tecnologicamente più qualificati, e consegnando la massa degli altri a condizioni di precarietà, incertezza, mobilità fibrillante, solitudine... (20).

«Al momento», ha scritto (era il 2008), «ci troviamo di fronte a un'enorme contraddizione: lo spiegamento delle "forze produttive", le reti, internet, le possibilità di comunicazione, le potenziali migliori condizioni di vita e di lavoro per tutti e la globalizzazione, così annunciata, producono *simultaneamente e perché è progettato in questo modo*, lavoratori più soli, più isolati e con meno capacità di azione collettiva e socializzazione» (21). Alla

(20) Castillo 1998.

(21) Castillo 2008; *Id.* 2012.

disseminazione dei desideri e dei bisogni, alimentata dalla società dell'iperconsumo frattalizzato, fa da contrappunto simmetrico la disseminazione delle figure del lavoro e delle forme contrattuali (come scrive il sociologo Aldo Bonomi, si è frantumato il «diamante del lavoro», proiettando nello spazio sociale una miriade di agenti produttivi differenziati e spesso non comunicanti): sono quelli che lo studioso inglese Huw Beynon ha chiamato gli «*hyphenated workers*» – i «lavoratori con il trattino» –: *part-time-workers*, *temporary-workers*, *casual-workers*, *self-employed-workers*, spalmati nei molti segmenti della *hyphenated economy*, dell'«economia col trattino», anch'essa segmentata e plurima, acentrica e disseminata (22). Dall'inizio degli anni ottanta, la tipologia dei rapporti di lavoro cosiddetti «atipici» – cioè «diversi dall'impiego standard», per lo meno rispetto ai canoni precedenti – si è estesa in modo incontrollato. In Italia si stenta ancora a definirne il numero preciso, se l'allora segretaria generale della Cgil Susanna Camusso nel 2012 ne denunciò ben 52, considerati «da cancellare», mentre sul *Corriere della sera* se ne individuavano 34 e sul *Fatto quotidiano* 40. L'ultimo censimento «ufficiale», realizzato dall'Istat al passaggio di secolo, col Rapporto annuale datato 2003, individuava 21 differenti «forme contrattuali», le quali potevano essere applicate secondo 48 diverse «modalità» a seconda del grado di stabilità e della durata del rapporto. Una giungla normativa e retributiva, come si può ben capire, all'interno della quale la parte più debole, ovvero il lavoratore, finiva per trovarsi in una condizione di strutturale vulnerabilità e debolezza.

Fanno fede di questo generale arretramento del lavoro conseguente alla svolta tecnologica e organizzativa oltre che culturale coincidente col superamento del fordismo due indicatori significativi: la caduta del monte salari in rapporto al volume dei profitti nella composizione del Pil e il collasso della sindacalizzazione come fenomeno generalizzato. Per quanto riguarda il primo, sono clamorosi i dati forniti da due ricercatrici indipendenti, Luci Ellis e Kathryn Smith (23), che hanno rivelato come, tra l'inizio degli anni ottanta e la metà del primo decennio del nuovo secolo, in pressoché tutti i paesi industrialmente maturi, una quantità oscillante tra gli 8 e i 10 punti percentuali di Prodotto interno lordo si siano spostati dai salari ai profitti: per l'Italia si calcola che la cifra si aggiri intorno ai 120 miliardi di Euro (che sarebbero restati nelle buste paga degli operai se la ripartizione fosse rimasta quella del *terminus a quo* (cioè del punto più alto di sviluppo del modello fordista), e che invece sono transitati nei bilanci delle imprese ad

(22) Beynon 1995.

(23) Ellis, Smith 2007.

alimentarne non tanto gli investimenti (magari!), quanto piuttosto i flussi finanziari, spesso speculativi. Quanto poi al tasso di sindacalizzazione, le cifre sono impietose: il numero di iscritti alle grandi centrali sindacali che avevano fatto la storia sociale del secondo Novecento è collassato nelle principali categorie produttive, sia che si tratti delle gloriose *Trade Unions* che del sindacalismo industriale francese, Cgt in testa. In Italia Cgil, Cisl e Uil riescono a mascherare l'emorragia grazie alle iscrizioni massificate dei pensionati, ma per il resto si allineano alla generale caduta.

Per tutte queste ragioni, anzi per tutte queste evidenze empiriche ben visibili all'indagine sociologica e nella misurazione statistica, la tesi secondo cui strumenti normativi come lo Statuto dei lavoratori sarebbero in qualche misura «obsoleti» o «anacronistici» per mancanza di materia (perché le vulnerabilità che si proponevano di sanare sono superate dai fatti, perché i diritti che intendevano rafforzare nella tutela sono ormai di per sé garantiti, perché le asimmetrie nel rapporto di lavoro sono risolte nella nuova organizzazione produttiva...) appare destituita di fondamento. Anzi, al contrario, esso andrebbe rafforzato ed esteso. Valgono a questo proposito le affermazioni che Umberto Romagnoli faceva nel 2015 – in occasione, appunto, del più esplicito attacco «governativo» alla legge n. 300 mosso con il cosiddetto *Jobs Act* – in un ampio intervento sulla Rivista *Inchiesta* dal significativo titolo: *Controcorrente. Lo Statuto dei lavoratori non è da rottamare* (24). «Vero è», scriveva allora l'illustre giuslavorista, «che lo Statuto chiude un biennio di alta conflittualità sociale a causa dell'inatteso protagonismo operaio; che il suo referente è la fabbrica fordista e che adesso quest'ultima ha perduto la capacità di modellare su di sé società dove, come sunteggia Aris Accornero, “tutti si alzavano alla medesima ora, tutti uniformati negli orari giornalieri, settimanali, annui” e tutti pensavano che “la vita lavorativa si svolgeva su tutto l'orario giornaliero per tutti i giorni feriali della settimana in tutti i mesi lavorativi dell'anno, fino alla pensione”» (25). Ciò non toglie però, aggiungeva, che quel modello produttivo – quel «paradigma», come l'abbiamo definito – «simboleggiasse la fragilità dei diritti di libertà e dignità umana» in generale, «e anzi costituisse il paradigma [appunto!] più convincente della loro vulnerabilità al contatto con le ragioni dell'impresa». Per questa ragione, concludeva, «la vitalità dello Statuto non può essere legata a un modo di produrre storicamente determinato per la decisiva ragione che il problema dell'esigibilità dei diritti di cittadinanza nei confronti del datore di lavoro si pone indipendentemente dal variare

(24) Romagnoli 2015.

(25) *Ivi*.

nel tempo e nello spazio dei modelli dominanti di produzione e organizzazione del lavoro» (26). La sua affermazione costituisce un'innovazione «irreversibile» nell'«evoluzione del diritto del lavoro», nella sua ormai irrinunciabile attenzione anche «ai valori extracontrattuali ed extrapatrimoniali» di cui il soggetto messo al lavoro è portatore. Un terreno, questo, che dovrebbe spingere ad ampliare il campo d'azione dello Statuto, adeguandolo alle nuove forme, più totalizzanti e intense, di disciplinamento e di assoggettamento del lavoro, su un ventaglio di figure persino più fragili e vulnerabili del «vecchio» operaio fordista, e per questo bisognose di un «di più», non certo di un «di meno», di tutela giuridica.

Riferimenti bibliografici

- Aglietta M. (1976), *Régulation et crises du capitalisme*, Calmann-Lévy, Parigi.
- Beynon H. (1995), *The Changing Practices of Work*, International Centre for Labour Studies, Manchester.
- Boyer R. (2004), *Théorie de la régulation, 1. Les fondamentaux*, La Découverte, Parigi.
- Castillo J.J. (1998), *A la búsqueda del trabajo perdido*, Editorial Tecnos, Madrid.
- Castillo J.J. (2008), *La soledad del trabajador globalizado. Memoria, presente y futuro*, Catarata, Madrid.
- Castillo J.J. (2012), *Trabajo y vida en la sociedad de la información. Un distrito tecnológico en el norte de Madrid*, La Catarata, Madrid.
- Cella G.P. (1997), voce *Scioperi e serrata*, in *Enciclopedia delle scienze sociali, Tabella – Andamento degli scioperi: Medie annuali, 1950-1994*. Elaborazioni su dati Ilo.
- Conti P. (2019), *1969. Tutto in un anno*, Laterza, Bari-Roma.
- Coriat B. (1979), *L'atelier et le chronomètre*, C. Bourgois, Parigi.
- Ellis L., Smith K. (2007), *The global upward trend in the profit share*, in *Bis Working Papers*, n. 231, Bank for International Settlements, luglio.
- Harvey D. (1990), *The Condition of Postmodernity. An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Blackwell, Cambridge (Mass.), tr. it.: *La crisi della modernità* (1993), Il Saggiatore, Milano, 17 ss.
- Inglehart R. (1976), *The Silent Revolution. Changing Values and Political Styles Among Western Publics*, Princeton University Press, Princeton, tr. it.: *La rivoluzione silenziosa* (1983), Rizzoli, Milano.
- Lindblom C. (1979), *Politica e mercato. I sistemi politico-economici mondiali*, Etas Libri, Milano.
- Lipietz A. (1983), *L'envol inflationniste*, Maspero - La Découverte, Parigi.

- Mengoni L. (1972), *Intervento al Congresso «Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo»*, ora in *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 237 ss.
- Ohno T. (1988), *Toyota Production System: Beyond Large-Scale Production*, Productivity Press, New York, tr. it. (a cura e con *Introduzione* di Revelli M.), *Lo spirito Toyota*, (1993) Einaudi, Torino.
- Romagnoli U. (2015), *Controcorrente. Lo Statuto dei lavoratori non è da rottamare*, in *Inchiesta*, gennaio-marzo.
- Scott R.W. (1981), *Organizations. Rational, Natural and Open Systems*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, tr. it.: *Le organizzazioni*, (1985), il Mulino, Bologna.
- Shingo S. (1991), *Il sistema di produzione giapponese Toyota dal punto di vista dell'industrial engineering*, FrancoAngeli, Milano.
- Simon H.A. (1957), *Administrative Behavior*, McMillan, New York.
- Thompson J.D. (1967), *Organizations in Action*, McGraw-Hill, New York, tr. it.: *L'azione organizzativa*, (1988), Petrini, Torino.

ABSTRACT

Lo Statuto dei lavoratori entra in vigore immediatamente a ridosso della più intensa fase di conflitto sociale del dopoguerra, al culmine del ciclo socio-produttivo fordista. La successiva radicale ristrutturazione dell'organizzazione industriale (toyotismo, post-fordismo, decentramento produttivo, delocalizzazione) e il cambio di paradigma che essa ha comportato modificano profondamente il contesto nel quale quelle norme si applicano, ma non attenuano le esigenze di tutela dei lavoratori e di garanzia dei diritti: anzi, per molti aspetti le rafforzano.

WORK, SOCIAL CHANGES AND LIFE CHOICES

The Statuto dei lavoratori becomes law immediately behind the most intense phase of social conflict after the war, at the height of the Fordist socio-productive cycle. The subsequent radical restructuring of the industrial organization (Toyotism, post-Fordism, production decentralization, relocation) and the change of paradigm that it entailed profoundly change the context in which those rules apply, but do not attenuate the needs of protection of workers and guarantee of rights: indeed, in many respects they strengthen them.

Maria Vittoria Ballestrero (*)

UNO STATUTO LUNGO CINQUANT'ANNI

SOMMARIO: 1. Una legge longeva. — 2. Riformare il diritto del lavoro. Ma come? — 2.1. La crisi precoce del garantismo statutario. — 3. Venti, quaranta, cinquant'anni: ogni volta c'è sempre meno da festeggiare. — 4. Cosa resta dello Statuto? — 4.1. La rappresentanza sindacale dei lavoratori: alla ricerca di un nuovo modello. — 4.2. I diritti fondamentali dei lavoratori tra contratto e norme inderogabili. — 4.2.1. L'inverno della stabilità. — 4.3. La dicotomia lavoro subordinato/lavoro autonomo. — 5. Un nuovo Statuto dei lavoratori?

1. — *Una legge longeva* — Da due decenni almeno, i giuslavoristi si sono abituati a fare i conti con l'obsolescenza delle leggi sul lavoro, sempre più numerose e sempre meno durevoli. In questo diritto del lavoro farraginoso e caotico resiste, *rara avis*, la legge n. 300/1970, che a cinquant'anni dalla sua emanazione costituisce ancora uno snodo della vicenda del diritto del lavoro del nostro paese; uno snodo dal quale non è consentito prescindere, pure nel susseguirsi di stagioni nelle quali è diventato sempre più difficile parlare il linguaggio della protezione dei lavoratori, dei diritti non negoziabili, delle norme inderogabili, che era appunto il linguaggio dello Statuto.

Se tuttavia ci limitassimo a compiacerci della longevità dello Statuto inganneremmo in primo luogo noi stessi: nei suoi cinquant'anni di vita, lo Statuto è invecchiato, ha subito mutilazioni importanti e in qualche caso gravi. Mettiamo pure cinquanta candeline sulla sua torta di compleanno, ma domandiamoci in che cosa consistesse il progetto di riforma del diritto del lavoro che ispirava quella legge, che cosa ne sia stato di quel progetto in tutto questo tempo e, alla fine, in che misura quello Statuto, o anche soltanto *uno* Statuto dei lavoratori, sia ancora lo strumento giusto per affrontare i problemi posti dalle trasformazioni che investono il lavoro «in tutte le sue forme». Sono domande che richiedono risposte complesse. La

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

brevità di questo intervento mi costringe tuttavia a sintesi della cui sommarietà (anche nei riferimenti bibliografici) mi scuso in anticipo.

2. — *Riformare il diritto del lavoro. Ma come?* — Occorre intanto dire che lo Statuto dei lavoratori era, e resta, una legge diversa dalle altre, a partire dal titolo con cui è conosciuta (diverso da quello ufficiale), più appropriato per una legge costituzionale che per una legge ordinaria, come invece è. Uno Statuto, appunto, cioè una Carta dei diritti, che per Brodolini, il ministro del Lavoro che quella legge l'aveva voluta, e aveva chiamato Gino Giugni, capo del suo ufficio legislativo, a progettare l'impianto, doveva stare «da una parte sola»: quella dei lavoratori per i quali la subordinazione aveva significato, fino ad allora, la limitazione della propria libertà e il sacrificio della propria dignità. Il titolo, enfatico e non del tutto coerente al testo del progetto originario, poi largamente modificato nei lavori parlamentari (1), evocava però con forza l'ambizione di riformare profondamente il diritto del lavoro, accelerando di molto, come esigeva la tempeste politica di quegli anni, un processo che negli anni sessanta, con la nascita dei Governi di centrosinistra, aveva mosso i suoi primi passi, il più importante dei quali è certamente la legge n. 604/1966 sui licenziamenti individuali (2).

Se in Parlamento il confronto politico era stato serrato, non meno serrato era stato, e continuava a essere, il confronto tra i giuslavoristi, che finalmente esplicitavano scelte e intenzioni senza i pudori e le cautele che avevano caratterizzato fino ad allora i dibattiti dottrinali, costretti nelle strettoie del formalismo «chiuso a riferimenti extrasistemici ai fenomeni concreti della dinamica sociale» (3). Dei tanti temi sui quali verteva un confronto, nel quale il ricorso alla tecnica giuridica non riusciva a coprire il pregiudizio politico (4), vale la pena richiamare la ben nota polemica tra la dottrina «costituzionalista» (che faceva capo alla *Rivista giuridica del la-*

(1) Il confronto parlamentare sboccò nella «sofferta» astensione del Pci e del Psiup nella votazione in aula, malgrado il lavoro svolto in Commissione avesse consentito di ampliare notevolmente la parte della legge dedicata ai diritti individuali dei lavoratori.

(2) Senza dimenticare tuttavia la l. n. 7/1963 sul divieto di licenziamento per causa di matrimonio e la l. n. 66/1963, che apriva finalmente le porte della magistratura alle donne; la legge faceva seguito alla sentenza C. cost. n. 33/1960, che aveva dichiarato incostituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 51 Cost., l'art. 7, l. n. 1176/1919, sulla capacità giuridica: cfr. Scarponi 2019.

(3) Mengoni 2000, 188.

(4) Mi riferisco alla nota polemica tra Giugni e Pera sulla «legge malfatta» (Pera 1970; Giugni 1970; con un seguito non meno polemico: Pera 1971).

vo, diretta allora da Ugo Natoli) e la dottrina «sindacale» (rappresentata essenzialmente da Giugni e Mancini) (5). Posto che per entrambe le dottrine l'obiettivo dell'intervento legislativo doveva essere la protezione dei diritti dei lavoratori subordinati all'interno dei luoghi di lavoro, la contrapposizione verteva sulla strada da seguire per rendere la protezione effettiva. Per la dottrina cd. sindacale, cardini centrali della tutela del lavoro dovevano essere non i singoli lavoratori (secondo una tradizione di intervento considerata paternalistica), ma il sindacato e la contrattazione, mentre le controversie di lavoro dovevano essere preferibilmente mediate dalle stesse parti collettive e non dalla magistratura. Per la dottrina cd. costituzionalista, la legge doveva rendere certi e «giustiziabili» (di fronte al giudice togato) tutti quei diritti individuali dei lavoratori (incluso il diritto di sciopero), che già potevano essere letti nella Costituzione, a cui la legge era chiamata a dare finalmente attuazione ponendo fine a pratiche di gestione del potere datoriale che quei diritti mortificavano.

A ben vedere, la polemica (6), che aveva forse una ragion d'essere guardando al testo del progetto elaborato dalla Commissione presieduta da Giugni poi confluito nel d.d.l. governativo (che su 25 articoli ne dedicava solo 7 ai diritti individuali dei lavoratori), ne aveva assai meno se si guardava al testo varato dal Parlamento. La struttura che lo Statuto aveva acquistato nella versione finale rendeva più credibile ed equilibrata la lettura che vedeva in esso la pacifica convivenza di due anime: l'una pubblicistica (essenzialmente la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori mediante la tecnica delle norme inderogabili); l'altra promozionale dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro (che i fautori della dottrina «sindacale» continuavano a considerare privatistica) (7), sottolineando come il sostegno della

(5) Cfr. De Luca Tamajo 2008; sulla convergenza delle opinioni della dottrina «sindacalista» con le politiche e le pratiche della Cisl dell'epoca, cfr. Liso (2016), che ricostruisce anche la forte divergenza verificatasi tra Giugni e la Confederazione sulla questione dell'intervento della legge in materia di licenziamenti, osteggiato dalla Cisl e visto invece con favore da Giugni. Quella tra costituzionalisti e sindacalisti non fu la sola polemica che accompagnò l'irrompere dello Statuto dei lavoratori nel nostro diritto del lavoro: basta pensare alle reazioni talora scomposte della destra.

(6) La polemica esplose nelle giornate di studio Aidlass (Perugia, 1970), aperte dalla relazione di Federico Mancini sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori appena approvato, ma non ancora promulgato (Mancini 1971); attaccata duramente dalla destra, dalla sinistra «ortodossa» e dall'estrema sinistra, la relazione scontentò anche Giugni (cfr. Ballestrero 2017). La polemica si protrasse nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore dello Statuto.

(7) È la lettura proposta da Treu (1971, 156 ss.), che giustamente smussava gli eccessi polemici delle due dottrine contrapposte. A mio parere, lo Statuto segnava una

legge all'attività sindacale nei luoghi di lavoro (che allora si chiamava «contropotere», espressione poi caduta in disuso) (8) fosse strumentale alla tutela dei diritti che la stessa legge attribuiva ai lavoratori.

A margine, mi pare si possa osservare che se la dottrina costituzionale drammatizzava l'istituzionalizzazione del sindacato, sopravvalutando la portata dell'art. 19, la dottrina sindacale sottovalutava lo spostamento del baricentro dello Statuto dalla tutela dei diritti per via contrattuale alla tutela affidata alla mediazione giudiziaria: spostamento determinato non solo dall'inevitabile espansione della parte riservata ai diritti individuali «giustiziabili», ma anche e soprattutto dall'introduzione di una disposizione (sostanziale e processuale insieme) sulla repressione della condotta antisindacale (art. 28) (9), destinata a diventare la «norma di chiusura» del sistema di tutele collettive (ma anche individuali, grazie alla plurioffensività della condotta antisindacale) predisposto dalla Statuto. Non una mera supplenza del giudice, in caso di insufficienza della via contrattuale, ma una vera e propria via maestra aperta, e largamente praticata, all'ingresso della giustizia dello Stato nell'anomico sistema italiano di relazioni industriali.

Superati gli eccessi polemici della prima ora, è divenuta corrente la lettura dello Statuto che consente di intrecciare individuale e collettivo, coordinando le due parti della legge. Non varrebbe dunque la pena richiamare ancora oggi quelle vecchie polemiche, se non fosse che almeno una delle questioni di fondo poste dalla contrapposizione tra costituzionalisti e sindacalisti era destinata a riproporsi (in altra forma) a pochi anni di distanza dall'entrata in vigore dello Statuto. La questione che si poneva allora (ma, *mutatis mutandis*, anche oggi) (10) era quella del ruolo del giudice, e l'interrogativo al quale occorreva dare risposta era se la tutela dei diritti dei lavoratori dovesse essere prevalentemente affidata alla mediazione giudiziaria o invece alla mediazione sindacale (e dunque alla contrattazione, vale a dire alla soluzione compromissoria tra gli interessi in conflitto).

rottura rispetto alla tradizionale concezione privatistica dell'autonomia collettiva (e della teoria dell'*abstention of the law*); l'intervento promozionale aveva infatti carattere spiccatamente selettivo, e segnava dunque l'ingresso del diritto pubblico nell'area che la mancata attuazione dell'art. 39 Cost. aveva consegnato *in toto* al diritto privato.

(8) Mengoni 2000, 191.

(9) Nel d.d.l. governativo (Senato, n. 738), la repressione della condotta antisindacale era prevista all'art. 20, nel quale la legittimazione ad agire era data anche alle rappresentanze sindacali aziendali.

(10) Penso, ad esempio, alla controversa disponibilità sindacale del diritto di sciopero.

2.1. — *La crisi precoce del garantismo statutario* — Una prima risposta non tardò ad arrivare. Già nel colmo degli anni settanta cominciava a riscuotere crescente successo il nuovo modello del «garantismo flessibile» (o «collettivo», nella terminologia di Giugni) su cui, negli anni ottanta e oltre, convergerà un largo settore della dottrina giuslavoristica (la «sinistra riformista», per dirla con Del Punta) (11). Incamminandosi per questa strada, ci si allontanava scientemente dall'idea che i diritti garantiti dalla legge non siano disponibili e che siano i giudici i controllori istituzionali del rispetto dei diritti individuali e collettivi garantiti dalla legge; un'idea che, come ho osservato sopra, lo Statuto alla fine aveva incorporato, malgrado le intenzioni di chi lo aveva progettato.

Il passaggio dall'entusiasmo per il rigido garantismo statutario al successo del modello del garantismo flessibile era stato rapido, ma sarebbe far torto alla coerenza di quella dottrina omettere di ricordare che, a pochi anni appena dall'entrata in vigore dello Statuto, il quadro non solo economico, ma anche legislativo, aveva subito profonde modificazioni. Se già la legislazione cd. dell'emergenza (o meglio della crisi) aveva inflitto più di un *vulnus* al modello su cui era stato costruito lo Statuto, l'esperienza giuridica maturata nel corso degli anni ottanta non aveva dato luogo a quella razionalizzazione prefigurata da Giugni come possibile futuro del diritto del lavoro (12). Si era andata invece consolidando (non senza disordine) una tendenza alla delegificazione, mediante rinvio alla contrattazione collettiva (qualificata, ma non sempre, dalla maggiore rappresentatività dei sindacati stipulanti, derivata a sua volta dalla maggiore rappresentatività delle Confederazioni alle quali aderivano); contrattazione dotata di poteri normativi di integrazione della legge e di deroga a essa, e tendenzialmente efficace *erga omnes*.

Il modello del garantismo flessibile o collettivo era edificato su questa delegificazione, che doveva aprire la strada, oltre che all'introduzione delle prime misure di flessibilità, alla «ritirata» dei giudici dal conflitto industriale. Nella sua versione più intransigente, garantismo flessibile significava, in sostanza, lo spostamento delle garanzie dal piano rigido della legge al piano di una contrattazione collettiva, gestita dai sindacati maggiormente rappresentativi, investita di poteri normativi e resa dinamica dalla liberazione del vincolo della indisponibilità dei diritti dei lavoratori garantiti dalla legge: ciò che doveva comportare la riduzione dello spazio istituzionale classico dell'intervento giudiziale (la garanzia dei diritti individuali), al fine di evi-

(11) Del Punta 2008.

(12) Giugni 1982.

tare che questo intervento avesse effetti di destabilizzazione degli equilibri raggiunti dalla contrattazione collettiva (13).

Non si comprendono tuttavia appieno le proposte formulate dalla dottrina del garantismo flessibile, se non le si intrecciano con altre proposte che tenevano il campo negli anni ottanta: specialmente la neocorporativizzazione del modello di relazioni industriali (ma c'era chi preferiva parlare di economia concertata), e con essa la crescente istituzionalizzazione delle organizzazioni rappresentative; l'istituzionalizzazione avrebbe reso marginale quella mediazione giudiziaria dei conflitti collettivi che era l'inedito spazio aperto dall'art. 28 St. lav. all'intervento dei giudici. A fare da contrappeso, la crisi di rappresentatività delle organizzazioni sindacali maggiori: una crisi che dava fiato ai sopravvissuti «costituzionalisti», tenaci difensori del garantismo rigido che leggevano nello Statuto dei lavoratori.

3. — *Venti, quaranta, cinquant'anni: ogni volta c'è sempre meno da festeggiare* — Nel 1990, in occasione della celebrazione dei vent'anni dello Statuto, la constatazione della tanta acqua passata sotto i ponti era ormai comune, e aveva ragione Romagnoli a sottolineare che il clima era «irreversibilmente cambiato» e tutti i protagonisti della vicenda, inclusi la giurisprudenza e la dottrina giuslavoristica, «erano quasi irricognoscibili» (14). Lo stesso Giugni (15), che irricognoscibile non era diventato, avendo saputo mantenere nel tempo una notevole coerenza, segnalava, tra le diverse parti della legge bisognose di essere riviste e aggiornate, oltre a una più razionale disciplina del campo di applicazione dell'art. 18 (16), anche l'art. 19: architrave dei diritti collettivi. La disposizione – osservava Giugni – basava il «privilegio» (da intendersi senza connotazioni negative) riservato alle tre maggiori Confederazioni su un criterio di rappresentatività presunta; ma come sostituire quel criterio era un problema di fronte al quale lo stesso Giugni aveva più dubbi che certezze (17). Fino ad allora, i criteri di sele-

(13) Esempio, in questo senso, è la vicenda dell'onnicomprendività della retribuzione: cfr. Ballestrero 2016, 767 ss., e ivi riferimenti.

(14) Ho ripreso qui alcune delle considerazioni svolte in occasione del quarantennale dello Statuto (Ballestrero 2010).

(15) Giugni era considerato il «padre dello Statuto», ma l'attribuzione di quella paternità un po' lo infastidiva.

(16) Provvederà di lì a poco la legge n. 108/1990, giusto in tempo per evitare un referendum che avrebbe esteso anche alle unità produttive piccole e piccolissime il regime della reintegrazione.

(17) Giugni 1990, 184 ss. Il Parlamento restò inerte; la soluzione venne individuata pochi anni dopo dalle parti sociali nel Protocollo del luglio del 1993 e nel successivo Accordo interconfederale del dicembre 1993.

zione previsti dall'art. 19 erano stati «salvati» dalla Corte costituzionale (sentenze n. 54/1974, e n. 334/1988); ma ormai, per la stessa Corte, il criterio risultava inadeguato: di lì a poco, nella sentenza n. 30/1990, la Corte avrebbe infatti sollecitato il Parlamento a stabilire nuove regole in grado di garantire l'effettiva rappresentatività dei sindacati, basata non più sulla presunzione, ma sulla verifica del reale consenso dei lavoratori.

Nei venti anni che separavano lo Statuto dalla sua nascita, il diritto del lavoro aveva subito rilevanti cambiamenti, e non c'è dubbio che alcune disposizioni fossero del tutto superate oppure bisognose di revisione: ma che lo Statuto dovesse essere ancora il perno del diritto del lavoro non era in discussione; ciò di cui si discuteva erano il quanto e il come del necessario restauro.

Venti anni dopo (siamo nel 2010), celebrando i quarant'anni dello Statuto, di restauro non si parlava più, perché di quella legge era rimasto in piedi ben poco (18). Molti consideravano che il modello statutario, tarato su una organizzazione del lavoro (la fabbrica fordista, il lavoro stabile a tempo indeterminato) ormai sepolta dalla realtà dell'economia e dalle dinamiche del mercato globale, fosse arrivato definitivamente al capolinea, e non valesse la pena di resuscitarlo. Chi invece ancora credeva che, malgrado tutto, lo Statuto (o quel che ne restava) dovesse continuare a essere il modello di riferimento di un diritto del lavoro che incorpora i valori costituzionali di tutela del lavoro, preferiva interrogarsi sul se, ed eventualmente sul come, fare «rivivere» lo Statuto.

Sono passati ancora dieci anni, e in questi dieci anni riforme e controriforme hanno profondamente segnato il diritto del lavoro (19), mettendo ai margini, o addirittura eliminando, proprio quelle parti dello Statuto che nel lontano 1970 avevano creato la nuova identità del diritto del lavoro. Il bilancio di oggi somiglia a quello che si è costretti a fare guardando le macerie lasciate da un terremoto; sarebbe allora forte la tentazione di estrarre dalle macerie quella legge gloriosa, conservandola come un pezzo da esporre nella bacheca di un museo della «buona legislazione». La tentazione di appendere lo Statuto al chiodo è invece respinta da chi pensa (come io penso) che il diritto del lavoro da vent'anni a que-

(18) Così Gaeta 2010; più ottimista Napoli 2010.

(19) Mi riferisco alla riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero (l. n. 92/2012), alla grande riforma (per estensione almeno) contenuta nel cosiddetto *Jobs Act* (otto decreti legislativi, emanati in attuazione della legge delega n. 183/2014), e alla più recente piccola riforma contenuta nel cosiddetto decreto Dignità (l. n. 96/2018); una considerazione speciale meritano, in questo contesto, almeno due sentenze della C. cost. (n. 231/2013, cit., e n. 194/2018), di cui dirò oltre.

sta parte stia sacrificando sull'altare dell'efficienza competitiva delle imprese la funzione, cui lo chiamano sia la Costituzione, sia (seppure più timidamente) il diritto dell'Ue (20), di imporre al mercato regole dirette a correggere, in senso *pro-labour*, lo squilibrio delle forze in gioco, anziché riformulare in termini di diritto le cosiddette «leggi» del mercato (21). Se tenere in vita quello Statuto pare oggi un'impresa tanto ardua quanto forse inutile, dovrebbe essere invece possibile tenere saldi i principi che lo ispirano. Con quali strumenti è questione controversa e di non facile soluzione.

4. — *Cosa resta dello Statuto?* — Sarebbe ingeneroso non riconoscere che in questi decenni, dopo lo Statuto e al di fuori dell'ambito del suo intervento, l'ordinamento si è arricchito di pezzi importanti, spesso per merito dei vincoli imposti dall'appartenenza all'Ue. Mi riferisco specialmente al notevole sviluppo del diritto antidiscriminatorio (lo Statuto ignorava la discriminazione per ragioni di genere) e alla tutela del ruolo di entrambi i genitori nella cura dei figli minori.

Le macerie di cui ho parlato sono quelle lasciate dagli interventi che hanno colpito lo Statuto: anche se non tutte le sue disposizioni sono state espressamente o implicitamente abrogate, o tanto fortemente rimaneggiate da renderle irriconoscibili. Non ho in questa sede la possibilità di procedere a un'accurata analisi di quanto del testo originario sia rimasto in piedi, e di quanto invece sia stato travolto; mi limiterò pertanto a riflettere sulla resistenza agli oltraggi del tempo di alcuni di quelli che, al di là della perdurante attualità dei valori di libertà e dignità affermati dallo Statuto, per lungo tempo abbiamo considerato gli *acquis* statutari, e oggi ci appaiono, per diverse ragioni, in crisi.

4.1. — *La rappresentanza sindacale dei lavoratori: alla ricerca di un nuovo modello* — Del disegno statutario resta fermo, come *acquis* o punto di non ritorno, il diritto dei lavoratori a una propria rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro, della quale i datori di lavoro debbono rispettare le prerogative e con la quale sono talora tenuti a negoziare. Non è poco, ma non

(20) Cfr. Zoppoli L. (2019), che giustamente richiama il *Social Pillar* e le nuove Direttive Ue (n. 2018/957 sul distacco transnazionale; n. 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e l'informazione del lavoratore; n. 2019/1158 sul *work-life balance* per genitori e prestatori di assistenza); l'Autore sottolinea come emerga la considerazione del lavoro come *prius* rispetto alle esigenze di flessibilità delle imprese.

(21) *Amplius*, Ballestrero 2019.

è abbastanza a fronte dei mutamenti intervenuti nei cinquant'anni che ci separano dall'entrata in vigore dello Statuto.

Anzitutto occorre considerare che la logica dell'art. 19 (le rappresentanze sindacali, al plurale, costituite nell'ambito di organizzazioni sindacali presuntivamente rappresentative) è stata superata dalla disciplina interconfederale, che istituendo la Rsu ha messo in campo un diverso modello, unitario e collegiale, di rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro. L'obsolescenza del modello statutario si è accentuata dopo che il T.U. sulla rappresentanza del 2014 ha rafforzato la rappresentatività della Rsu (ora totalmente elettiva), la sua autonoma legittimazione contrattuale, la regola di maggioranza che presidia l'efficacia degli atti negoziali di un organismo collegiale, rafforzata dall'obbligo imposto a tutte le componenti (incluse le minoranze dissenzienti) di astenersi da comportamenti attivi od omissivi che impediscano l'esigibilità dei contratti collettivi approvati dalla maggioranza del collegio.

Se il modello interconfederale sostituisse *in toto* quello legale, si potrebbe semplicemente archiviare l'art. 19. Ma le cose non stanno così. A fronte della diffusione della rappresentanza regolata dalla fonte interconfederale, quella prevista dalla legge (Rsa) non scompare: assume invece una valenza residuale. Tuttavia, da un lato, l'area residuale è larga, perché vi si collocano interi settori (come il credito) o singole imprese (specie di grandi dimensioni), che si tengono fuori dal sistema interconfederale e non ne accettano i vincoli. D'altro lato, laddove è ancora l'art. 19 a essere applicato, non si tratta più della disposizione scritta nel 1970: il testo originario dell'art. 19 è stato stravolto dalla mutilazione imposta dal successo del referendum abrogativo del 1995, e neppure l'indispensabile rammendo operato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 231/2013) ha posto rimedio all'ambiguità di un criterio selettivo che continua a consentire al datore di lavoro, per il quale non vale (almeno fino al limite della palese discriminazione sindacale) l'obbligo a trattare, di scegliere la composizione del tavolo negoziale (22).

Il lungo conflitto che ha opposto la Fiom alla Fiat, del quale si sono largamente occupati studiosi e pratici del diritto sindacale negli anni tra il 2009 e il 2012, nonché i giudici che hanno chiamato in causa la Corte costituzionale (23), ha messo in evidenza l'insufficienza di una soluzione

(22) I commenti alla sentenza n. 231/2013 della C. cost. coprono molte centinaia di pagine. Un panorama delle varie opinioni può leggersi negli *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 2015; cfr. in particolare i saggi di Ballestrero, Bavaro, Carabelli, Cester, Del Punta, Mazzotta, Vallebona, Zoppoli A.

(23) Sul caso *Fiom vs Fiat* la bibliografia è ricchissima, e per ragioni di spazio ne ometto la citazione; i commenti a C. cost. n. 231/2013 richiamati sopra sono ricchi di riferimenti ai quali si può fare rinvio.

meramente contrattuale (acclarando l'intrinseca debolezza del credo nelle virtù autopoietiche dell'ordinamento intersindacale) ma anche l'inadeguatezza dell'art. 19 St. lav., incapace di garantire alle organizzazioni sindacali l'agibilità dei luoghi di lavoro, dai quali possono essere tenute lontane persino quando sono (nei fatti) largamente rappresentative. Inadeguata appare oggi anche la delimitazione, mediante soglia numerica e riferimento all'unità produttiva (art. 35 St. lav.), dell'area entro la quale si costituisce e opera la rappresentanza sindacale, messa in crisi dalla realtà economica e dalle trasformazioni del lavoro: si pensi alla larga diffusione di microimprese al di sotto della soglia numerica e alla crescente importanza del lavoro digitale, che rende inutilizzabile la nozione ricevuta di unità produttiva.

Tanto basta per costringere a ripensare il modello statutario di rappresentanza sindacale. Peraltro, il ruolo meramente «promozionale» che lo Statuto assegnava all'intero Titolo III della legge non appare oggi all'altezza dei problemi che investono l'intero campo delle relazioni industriali. Rispetto allo Statuto, che ancora si muoveva sulla linea del non intervento diretto della legge (l'ipocrisia della «legge promozionale») è diventata evidente proprio la necessità di un intervento diretto della legge che, facendo tesoro di quanto le parti sociali hanno concordato tra di loro, garantisca a tutti i lavoratori il diritto a una rappresentanza sindacale effettivamente rappresentativa, la cui attività sia basata sul consenso e sia comunque soggetta al controllo dei rappresentati.

In conclusione: possiamo dire che l'*acquis* statutario, citato all'inizio del paragrafo, resiste come presupposto per la prefigurazione di un nuovo modello di rappresentanza sindacale aziendale? Possiamo dirlo, anche se occorre tenere presente che la stessa idea della rappresentanza sindacale come baluardo delle effettività dei diritti dei lavoratori è messa crisi da una molteplicità di fattori, tra i quali mi pare valga la pena segnalarne almeno due. Un primo fattore è costituito dalla disgregazione della rappresentanza sindacale, di cui costituisce prova tangibile il fenomeno (una vera deriva) della moltiplicazione dei contratti collettivi nazionali di categoria, cui fa da *pendant* lo spazio aperto dal mai abrogato art. 8, l. n. 148/2011, a una contrattazione aziendale derogatoria che si fa largo tra le pieghe della legislazione sul lavoro. Un secondo fattore è di tipo concettuale, o meglio ideologico: alludo (senza poter entrare nel merito) alla dottrina che punta (con qualche appiglio normativo: la disciplina del lavoro agile, *in primis*) sul deperimento del ruolo della contrattazione collettiva e, con essa, del ruolo e del valore della mediazione sindacale. A patto di un'estremizzazione di cui sono consapevole, pare questo lo scenario che ci prospettano i *maîtres à*

penser delle capabilities (24) o della «soggettività regolativa» (25): espressioni suggestive dietro alle quali a me pare stia la valorizzazione di un'autonomia contrattuale individuale, liberata dalle strettoie della mediazione sindacale che costringe gli interessi, le esigenze, e le pur legittime aspirazioni individuali a fare i conti con l'interesse collettivo, di cui la rappresentanza sindacale deve farsi necessariamente portatrice. Non nego che ci siano segmenti del mondo del lavoro per i quali si può discutere senza pregiudizi dell'apertura di spazi all'autonomia contrattuale individuale; ma ritengo debba essere ancora percorsa con convinzione la ricerca di una strada sicura per affermare diritti soggettivi non destinati a soccombere, in un bilanciamento sbilanciato in partenza, di fronte al potere del datore di lavoro (26).

4.2. — *I diritti fondamentali dei lavoratori tra contratto e norme inderogabili* — E vengo a un secondo *acquis* dello Statuto. Con questa legge, scrive Mazzotta, «i diritti vengono inseguiti fin nei luoghi in cui si devono realizzare» (27). Questa immagine fornisce una visione efficace e non riduttiva delle modificazioni che lo Statuto apportava al contratto di lavoro subordinato, portando dentro il contratto la tutela dei diritti fondamentali di libertà, dignità, e professionalità del lavoratore: diritti «di cittadinanza» che si fanno diritti contrattuali. Ciò avveniva: da un lato, imponendo (con norme inderogabili) limiti all'esercizio dei poteri datoriali, che risultavano così fortemente compressi; d'altro lato, assicurando, mediante l'intreccio tra individuale e collettivo, le condizioni per rendere effettivo il rispetto dei diritti fondamentali. Secondo questa lettura dello Statuto, il contratto di lavoro subordinato, pure restando formalmente un contratto (ciò che è fuori di dubbio), nella sostanza abbandonava l'area dominata dalla logica privatistica del contratto come patto tra eguali in diritto. L'abbandono della tradizione barassiana pareva cosa fatta; ma non era così.

Torniamo indietro di vent'anni. Nella relazione svolta nel 2000 al Congresso Aidlass su «Il diritto del lavoro alla svolta del secolo», Mengoni si domandava se lo Statuto avesse modificato lo schema causale del contratto di lavoro, e la sua risposta era negativa: sia perché l'illustre giurista negava (giustamente, a mio avviso) che le norme di sostegno della presenza sindacale nei luoghi di lavoro avessero «integrato strutturalmente la coalizione nella fattispecie del rapporto», pur avendo depotenziato la rilevanza

(24) Del Punta, Caruso 2016; Del Punta 2019.

(25) Perulli 2018.

(26) Cfr. Zoppoli 2019.

(27) Mazzotta 2010, 33.

giuridica attribuita dal codice civile alle esigenze dell'impresa; sia perché negava (a mio avviso meno giustamente) che le norme statutarie che estendono la tutela contrattuale dei diritti fondamentali avessero alterato la natura del contratto di lavoro; quelle norme – affermava – avevano anzi assicurato un più equilibrato assetto degli interessi contrapposti «più coerente con la logica egualitaria del contratto» (28).

Ebbene, tutti sappiamo che il contratto di lavoro subordinato (ma anche il contratto di lavoro autonomo, quando l'autonomia del prestatore è più forma che sostanza) è un patto tra diseguali in fatto; la questione che le due diverse letture dello Statuto che ho menzionato proponevano era se l'intervento «correttivo» della legge (con le sue norme inderogabili) ripristinasse la logica privatistica dell'eguaglianza delle parti contraenti o, invece, se ne allontanasse, intervenendo con norme inderogabili di diritto diseguale, sancendo così la diseguaglianza in diritto tra le parti, e in diritto correggendola.

Due decenni fa la questione aveva un senso che si è andato progressivamente perdendo, via via che la legislazione del lavoro ha fatto fare marcia indietro al contratto di lavoro, riportandolo nell'alveo da cui era stato tirato fuori a suon di norme inderogabili. L'inderogabilità delle norme lavoristiche ha smesso da un pezzo di essere un elemento identitario del diritto del lavoro. Le norme sono diventate sempre più spesso derogabili a opera di una contrattazione collettiva rispetto alla quale, malgrado la buona volontà espressa nell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, mancano gli strumenti di controllo anche a causa della (cattiva) volontà politica che tiene in piedi l'art. 8, l. n. 148/2011. La crisi dell'inderogabilità comporta la riduzione dello spazio per la tutela in giudizio di posizioni soggettive di incerta qualificazione; i limiti ai poteri datoriali si sono affievoliti mentre alcuni diritti fondamentali dei lavoratori conoscono un lungo inverno, dal quale non si prevede l'uscita. La logica formalmente egualitaria del contratto sembra riprendere il sopravvento, di pari passo con la valorizzazione dell'autonomia contrattuale del lavoratore: parte contraente che non richiede di essere «paternalisticamente» protetta da sé stessa.

4.2.1. — *L'inverno della stabilità* — Dedico all'inverno dei diritti fondamentali solo qualche considerazione, limitata a quello, tra questi diritti, che a me (diversamente da altri) pare svolgere un ruolo centrale nella co-

(28) Mengoni (2000) dialogava criticamente con Pedrazzoli (1995); quanto al contratto di lavoro, cfr. l'attenta rilettura della seconda edizione dell'opera di Barassi: Mengoni 2004, 119 ss.

struzione della posizione contrattuale del lavoratore subordinato: mi riferisco alla stabilità del lavoro, nel duplice significato di lavoro non precario e di stabilità del rapporto presidiato da efficaci rimedi contro i licenziamenti illegittimi.

Sul primo significato non mi soffermo. È infatti cosa quanto mai risaputa che la crisi economica ha spinto le imprese a caricare sulle spalle del lavoro la competitività nel mercato globale; malgrado il cd. decreto Dignità (d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018), la flessibilità «in entrata» (con l'allargamento della precarietà che comporta) continua a essere la regola, la stabilità l'eccezione, che riesce ad allargarsi solo se drogata da esoneri contributivi, agevolazioni fiscali, incentivi economici di vario tipo. Se è vero che nel 2019 si è registrata una decrescita di qualche punto del tasso di disoccupazione, non è meno vero che continua l'emorragia delle ore lavorate per anno: segno evidente della sottoccupazione di una quota non indifferente del mercato del lavoro. La precarizzazione del lavoro è solo una parte del quadro dell'instabilità, nel quale bisogna mettere in luce una parte non minore: le trasformazioni subite dal lavoro (o meglio dal «modo di lavorare»), che chiamano in causa il presente e il futuro prossimo del diritto del lavoro (*infra*, par. 4.3).

Quanto al secondo significato di stabilità (rapporto di lavoro presidiato da efficaci rimedi contro i licenziamenti illegittimi), dobbiamo onestamente premettere che, stante una solida giurisprudenza della Corte costituzionale, stabilità non significa necessariamente diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento nullo o ingiustificato. Ma non sarebbe onesto omettere che il diritto alla reintegrazione gioca un ruolo fondamentale nel garantire stabilità ai lavoratori, e con essa l'effettività dei loro diritti (29). Per questo ha senso affermare che il tramonto della stabilità coincide, più o meno, con la parabola dell'art. 18 St. lav. Nei quattro decenni e oltre in cui era rimasta in piedi, la tutela reale garantita dall'art. 18 St. lav. aveva già conosciuto un processo di erosione, al quale avevano dato il loro contributo il legislatore (sempre più orientato nella direzione di un'accentuata flessibilità del lavoro), gli andamenti del mercato del lavoro con l'allargamento spropositato dei rapporti di lavoro poco o addirittura non protetti, e alla fine anche i giudici (30). All'erosione è seguita una progressiva cancellazione: un primo serio colpo è stato assestato all'art. 18 St. lav. dalla legge Fornero (n.

(29) Cfr. Tullini 2016.

(30) Sulle evoluzioni e involuzioni della giurisprudenza, rinvio a Ballestrero 2016, e ivi riferimenti. Ma sulla priorità della tutela specifica rispetto a quella per equivalente merita ricordare la sentenza delle S.U. n. 141/2006.

92/2012); il colpo di grazia è stato sferrato con il cosiddetto *Jobs Act* (legge delega n. 183/2014) e con il d.lgs. n. 23/2015 sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (che crescenti notoriamente non sono).

Come è largamente noto, sul d.lgs. n. 23/2015 si è pronunciata la Corte costituzionale nella sentenza n. 194/2018, nella quale ha accolto tra le eccezioni di incostituzionalità sollevate nell'ordinanza di rimessione (31) solo quella relativa al rigido e predeterminato modo di calcolo dell'indennità forfettaria, che per i lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti (dopo il 7 marzo 2015) costituisce la tutela pressoché esclusiva garantita contro i licenziamenti ingiustificati (32). Non è questa la sede per commentare le luci e le ombre di questa importante sentenza; qui merita però richiamarne almeno due punti qualificanti.

In primo luogo, la Corte ha restituito al giudice il potere di adeguare al pregiudizio subito dal lavoratore l'entità dell'indennità (33), ma non ha messo in dubbio la legittimità della scelta del legislatore di assicurare al lavoratore illegittimamente licenziato una tutela solo economica, che non ha neppure i requisiti necessari per essere definita come tutela per equivalente. L'ordinanza di rimessione non aveva interrogato la Corte sulla questione, e alla Corte è stato sufficiente richiamare i propri precedenti per riaffermare che il legislatore ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario; ma poi ha aggiunto: «purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza».

In secondo luogo, proprio il richiamo alla «ragionevolezza» avrebbe potuto indurre la Corte ad affrontare la grave questione, sollevata nell'ordinanza di rimessione, della disparità di trattamento derivante dall'aver il legislatore riservato una protezione peggiore ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, e della compatibilità di tale disparità, appunto, con il principio di eguaglianza. La Corte ha evitato la questione (34), richiamando la

(31) T. Roma 26.7.2017, ord., seguita dall'ordinanza correttiva del 2.8.2017, in *RIDL*, 2017, II, 788 ss.

(32) Con il d.lgs. n. 23/2015, la reintegrazione piena sopravvive solo nei casi dei licenziamenti discriminatori o altrimenti nulli; la reintegrazione (ridotta) è prevista nei licenziamenti disciplinari in cui il fatto materiale contestato è insussistente; si tratta di casi rari, malgrado gli sforzi della giurisprudenza per allargare lo spazio della tutela reale: alludo alla giurisprudenza sulla «insussistenza del fatto».

(33) Il massimo dell'indennità (contenuta tra un minimo e un massimo) è giudicato senz'altro adeguato dalla Corte. Utile il monitoraggio (già avviato) sull'uso da parte dei giudici di merito della discrezionalità «restituita» loro dalla Corte.

(34) Ma dovrà tornare ad affrontarla, perché l'eccezione di incostituzionalità è stata sollevata di recente in riferimento al regime sanzionatorio dei licenziamenti collet-

propria consolidata giurisprudenza, secondo cui «il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»; argomento non sufficiente a superare l'eccezione di illegittimità costituzionale, dato che – è la stessa Corte a dirlo – nel delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme il legislatore deve rispettare il canone di ragionevolezza. Giudicando come «ragionevole» lo scopo, dichiaratamente perseguito dal legislatore, «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione», la Corte sembra aver preso sul serio la correlazione, controversa sul piano empirico e scientifico, tra riduzione della tutela della stabilità e aumento dei livelli occupazionali; una correlazione che avrebbe richiesto quella verifica «a valle» che la Corte non ha ritenuto rientrasse nei suoi compiti, se non altro per valutare la proporzionalità (e dunque adeguatezza e necessità) della misura adottata rispetto ai risultati sperati. Risultati che notoriamente non ci sono.

Molto altro ci sarebbe da dire, ma forse basta qui rilevare che la Corte, che pure non si è espressa sulla compatibilità con i valori fondanti della nostra Costituzione di una disciplina dei licenziamenti che ha ridotto la tutela restitutoria a rimedio eccezionale, ha almeno raddrizzato il tiro, correggendo la rotta imboccata dal d.lgs. n. 23/2015 verso l'eliminazione della mediazione giudiziaria. La correzione è importante; ma stabilità del lavoro e dignità del lavoratore non vanno più insieme.

4.3. — *La dicotomia lavoro subordinato/lavoro autonomo* — Diversamente dagli *acquis* statutari al tramonto esaminati sopra, una scelta compiuta dal legislatore nel 1970 è rimasta ferma nel tempo. Ma molti dubitano che ci sia ragione di compiacersene.

Nella relazione del 2000 cui ho già fatto riferimento, Mengoni si domandava se lo Statuto avesse contribuito a superare la dicotomia tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, o se invece tale dicotomia fosse una insuperabile caratteristica strutturale del nostro diritto del lavoro (che mantiene la subordinazione al proprio epicentro). La sua risposta era nel secondo senso, e gli sviluppi del diritto del lavoro nei decenni successivi gli hanno dato ragione, almeno nel senso che quella caratteristica non è stata superata. Fallito sino a ora ogni tentativo di costruire un contratto di lavoro unico o un nuovo Statuto come base di diritti minimi comuni a tutti i lavoratori autonomi e subordinati, la netta dicotomia tra lavoro subordinato e lavoro

tivi (della questione dovrà occuparsi anche la Corte di Giustizia Ue, a seguito di un rinvio pregiudiziale).

autonomo è stata riaffermata anche di recente dalla l. n. 81/2017: la distanza tra le tutele garantite al lavoro subordinato e le misure di tutela del lavoro autonomo, incluse le collaborazioni coordinate e continuative (co.co.co.) di cui al riformulato art. 409, n. 3, c.p.c., resta notevole, anche se non più siderale com'era in passato (35).

Posto che gli Statuti del lavoro subordinato e del lavoro autonomo sono distinti, non è stata colta la buona occasione per ridefinirne i confini fornita dall'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, che, come è noto, apre la porta del diritto del lavoro alle collaborazioni etero-organizzate. La formulazione ambigua dell'art. 2 e i nodi interpretativi, venuti clamorosamente al pettine nella controversa vicenda giudiziaria dei *riders* (36), hanno indotto il legislatore a un nuovo intervento (d.l. n. 101/2019, conv. con mod. in l. n. 128/2019), mosso certamente da buone intenzioni. Ma alle buone intenzioni non ha corrisposto una buona riforma.

Non posso dilungarmi in commenti; mi limito a rilevare che la riformulazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, amplia la sfera dei destinatari restituendo il carattere solo «prevalentemente» personale alla prestazione del collaboratore, e sopprimendo quel riferimento all'organizzazione da parte del committente dei tempi e del luogo di lavoro, che aveva dato spazio a interpretazioni restrittive del disposto dell'art. 2, comma 1. Non amplia la sfera dei destinatari, ma la precisa, il periodo aggiunto al comma 1, che inserisce tra le collaborazioni etero-organizzate di cui al modificato comma 1 le prestazioni organizzate mediante piattaforme *anche* digitali (resta da capire cosa si intenda per piattaforma non digitale).

Se ci si ferma qui, si ha l'impressione che il legislatore abbia condiviso l'orientamento che, esclusa *a priori* la subordinazione, qualifica i *riders* e in genere i *platform workers* come collaboratori etero-organizzati, con quel che ne consegue a norma dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015. Le cose però si complicano proseguendo nella lettura del testo della legge, perché il nuovo Capo *V-bis*, artt. 47-*bis* ss., contiene le norme di tutela del lavoro autonomo, svolto dai *riders* addetti alla consegna di beni per conto altrui tramite piattaforme (solo) digitali «strumentali alle attività di consegna di

(35) Cfr., da ultimo, Garofalo 2019. Nella stessa legge sono previste le tutele specifiche del lavoro agile (artt. 18 ss.), qualificato come lavoro subordinato (e dunque incluso nell'area protetta dal diritto del lavoro) pure se caratterizzato dalla flessibilità nei tempi e nei luoghi di lavoro

(36) Le sentenze T. Torino 7.5.2018, in *RIDL*, 2018, II, 283 ss., T. Milano 10.9.2018, in *Labor*, 20 settembre 2018, e C. App. Torino 4.2.2019, in *Labor*, 27 marzo 2019, sono state commentate da una molteplicità di Autori di cui ometto per brevità la citazione. Più in generale sul lavoro digitalizzato cfr. Donini 2019.

beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione». Difficile capire quale sia la differenza tra queste co.co.co. e le collaborazioni etero-organizzate di cui al comma 1, dato che in entrambi i casi le modalità di esecuzione della prestazione sono determinate dalla piattaforma (e dunque dal committente); ma la differenza c'è, perché nel secondo caso non trova applicazione la disciplina del lavoro subordinato; si applicano specifiche norme di tutela che ampiamente rinviano alla contrattazione collettiva, ma fissano anche regole (come in materia di compenso) formulate in modo da apparire difficilmente derogabili a opera della contrattazione collettiva (37).

Il risultato non è, come molti auspicavano, una più chiara qualificazione del rapporto di lavoro dei *platform workers* (e dei *riders* in particolare), ma un «pasticcio», che complica il lavoro dei giudici e rende meno certo il diritto. Sicuramente si poteva fare di meglio: ma per farlo sarebbe stato necessario riportare all'interno della subordinazione tutte le prestazioni rispetto alle quali la più moderna etero-organizzazione si confonde con la più tradizionale etero-direzione (38); si sarebbe dovuta rivedere anche la disciplina delle co.co.co. che mantengono, pure nell'ambito di un coordinamento concordato con il committente, i tratti essenziali dell'autonomia, riordinando il sistema delle tutele, in modo da garantire i diritti fondamentali compatibili con il lavoro prestato giuridicamente in condizioni di autonomia, ma economicamente in condizioni di dipendenza.

5. — *Un nuovo Statuto dei lavoratori?* — Arrivata in fondo al paragrafo intitolato «Cosa resta dello Statuto?», e avendo concluso che quello che resta è ben poco, dovrei spingere lo sguardo sul futuro, domandandomi se abbia senso l'ipotesi di un nuovo Statuto dei lavoratori. Non sono in grado di fornire risposte, ma solo di fermare l'attenzione, tra i molti discorsi in proposito che si vanno facendo, su quelli che esprimono due diversi punti di vista.

Risponde positivamente alla domanda la legge d'iniziativa popolare, presentata anche in questa Legislatura, intitolata *Carta universale dei diritti*, che propone un nuovo e complesso Statuto dei diritti dei lavoratori: diritti eguali, comuni a lavoratori subordinati, collaboratori e lavoratori autonomi.

(37) La l. n. 128/2019 regola anche le co.co.co. di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., destinatarie delle tutele previste dall'art. 2-*bis* (ma si tratta di tutele già previste almeno in parte dalla l. n. 81/2017).

(38) Dovrebbero però essere rimosse le eccezioni la cui conservazione può urtare contro il principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale.

mi. La proposta è affascinante, ma alla luce dello stato in cui versano attualmente le politiche del lavoro mi pare velleitaria.

Meglio allora pensare a discipline specifiche delle tutele accordate ai lavoratori, conservando una piena differenza di Statuti? Anche questa proposta ha il suo fascino, ma trascura l'esigenza, pure largamente sentita (e recepita dalla *Carta universale dei diritti*), di dare a tutti i lavoratori, indipendentemente dalla forma giuridica dei rapporti di lavoro, un patrimonio comune di diritti fondamentali di libertà, dignità e professionalità.

Parlando di Statuto, c'è ancora una domanda che meriterebbe risposta: c'è spazio per una valorizzazione della mediazione sindacale non da opporre, ma da affiancare, alla mediazione giudiziaria? La risposta *is blowing in the wind*; la nuova legge sulla *class action* potrebbe tuttavia fornire elementi di riflessione per farla scendere a terra.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2010), *Quarant'anni e li dimostra tutti*, in *LD*, 19 ss.
- Ballestrero M.V. (2016), *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 665 ss.
- Ballestrero M.V. (2017), *Il contributo di Giuseppe Pera nella stagione dei grandi Commentari dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 643 ss.
- Ballestrero M.V. (2019), *Il lavoro tra diritto ed economia*, in *Labor*, 235 ss.
- De Luca Tamajo R. (2008), *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in Ichino P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 79 ss.
- Del Punta R. (2008), *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al decreto Biagi*, in Ichino P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 253 ss.
- Del Punta R. (2019), *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 395.
- Del Punta R., Caruso B. (2016), *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *LD*, 645 ss.
- Donini A. (2019), *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bononia University Press, Bologna.
- Gaeta L. (2010), *Che cosa è oggi lo Statuto dei lavoratori?*, in *LD*, 49 ss.
- Garofalo D. (2019), *La ritrovata dignità del lavoro autonomo (prima parte)*, in *Labor*, 481 ss.
- Giugni G. (1970), *I tecnici del diritto e la legge «malfatta»*, in *PD*, 479 ss.
- Giugni G. (1982), *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80, Relazione*, in *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Giuffrè, Milano, 3 ss.
- Giugni G. (1990), *Lo Statuto dei lavoratori vent'anni dopo. Intervento*, in *LD*, 179 ss.
- Liso F. (2016), *Appunti per un profilo di Gino Giugni dagli anni '50 allo Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 316.

- Mancini G.F. (1971), *La rappresentanza professionale e lo Statuto dei lavoratori, Relazione*, in *La rappresentanza professionale e lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 13 ss.
- Mazzotta O. (2010), *Le molte eredità dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 31 ss.
- Mengoni L. (2000), *Il contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 181 ss.
- Mengoni L. (2004), *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del «contratto di lavoro»*, in Mengoni L., *Il contratto di lavoro*, a cura di Napoli M., Vita e pensiero, Milano, 119 ss.
- Napoli M. (2010), *Lo Statuto dei lavoratori ha quarant'anni, ben portati*, in *LD*, 123 ss.
- Pedrazzoli M. (1995), *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milano.
- Pera G. (1970), *Interrogativi sullo Statuto dei lavoratori*, in *DL*, I, 188 ss., ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. II, *Diritto sindacale*, Giuffrè, Milano, 2007, 1315 ss.
- Pera G. (1971), *Risposta al prof. Gino Giugni*, in *Bollettino dell'istituto di Diritto del lavoro dell'Università di Trieste*, n. 49, 15 ss.
- Perulli A. (2018), *La «soggettività regolativa» nel diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 365.
- Romagnoli U. (1990), *Lo Statuto dei lavoratori vent'anni dopo. Intervento*, in *LD*, 171 ss.
- Scarponi S. (2019), *L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 406.
- Tullini P. (2016), *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *DLRI*, 291 ss.
- Treu T. (1971), *Intervento*, in *La rappresentanza professionale e lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 156 ss.
- Zoppoli L. (2010), *Le rughe dello Statuto e le maschere del futuro*, in *LD*, 59 ss.
- Zoppoli L. (2019), *Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona». IT*, n. 400.

ABSTRACT

Il saggio ricostruisce la vicenda dello Statuto dei lavoratori nei cinquant'anni della sua vita, avvalendosi delle valutazioni espresse dagli studiosi in occasione di precedenti compleanni di questa gloriosa legge. Per celebrare il cinquantenario, l'Autrice verifica la tenuta dello Statuto su alcune questioni fondamentali: la rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro, il superamento della logica formalmente egualitaria del contratto di lavoro, la separazione dello Statuto del lavoro subordinato da quello del lavoro autonomo.

A STATUTE FIFTY YEARS LONG

The essay reconstructs the story of the Workers' Statute during the fifty years of its life, making use of the evaluations expressed by scholars on the occasion of previous birthdays of this glorious Act. To celebrate the fiftieth anniversary, the Author verifies the resiliency of the Statute on some fundamental issues: union representation in the workplace, overcoming the formally egalitarian logic of the employment contract, the separation of legal regulations of subordinate employment from that of self-employment.

Marzia Barbera (*)

STATUTO, CONTESTI ORGANIZZATIVI E LAVORI CINQUANT'ANNI DOPO

SOMMARIO: 1. Lavoro, impresa, sindacato nello Statuto dei lavoratori. Il valore della stabilità. — 2. Il mondo dopo lo Statuto. «Sempre di più, sempre più in fretta». — 3. L'erosione interna ed esterna dello Statuto. — 4. L'impresa immateriale: gerarchia o mercato? — 5. Il lavoro immateriale: società della conoscenza o capitalismo della conoscenza? — 6. Il ruolo dello Statuto nella universalizzazione dei diritti. Oltre lo Statuto.

1. — *Lavoro, impresa, sindacato nello Statuto dei lavoratori. Il valore della stabilità* — Il secolo dello Statuto dei lavoratori è stato il secolo del lavoro e dei lavoratori (1). Più precisamente, del lavoro proprio del modello di produzione fordista e del modo di regolazione che ne ha assicurato il funzionamento. Un modello di produzione non può essere, infatti, ridotto a un modello tecnologico ma comprende anche, come ci ricorda la teoria della regolazione, una certa interazione fra sfera economica e sfera giuridico-politica, un certo modo di regolare i rapporti sociali, dentro e fuori la sfera della produzione, e implica un certo ruolo dello Stato (2). La diversa configurazione da paese a paese di elementi quali il rapporto salariale (3), la forma di Stato, il regime finanziario e monetario spiega anche la diversità delle traiettorie nazionali.

La stabilità, vale a dire la capacità di durare nel tempo, è stata la caratteristica fondamentale del modello di produzione fordista, e tale stabilità, a sua volta, può spiegarsi guardando a quello che è stato descritto dalla teo-

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

(1) Accornero 1997, 9.

(2) Boyer 1986.

(3) Per rapporto salariale, la teoria della regolazione intende diverse componenti, quali: l'organizzazione del lavoro; la gerarchia delle qualifiche; la mobilità dei lavoratori dentro e fuori l'impresa; la formazione dei salari; l'utilizzo del reddito da salario.

ria della regolazione come un regime in cui i lavoratori venivano presi in considerazione, simultaneamente, come produttori e come consumatori.

Guardando alle tendenze di lungo periodo, si tratta di un processo conaturato alla stessa rivoluzione industriale, che ha sostituito ogni specifica competenza artigianale con il lavoro produttivo, con la conseguenza che «le cose del mondo moderno sono diventate prodotti del lavoro il cui naturale destino è di essere consumate, invece che prodotti dell'operare, che esistono per essere usati» (4). È per questa ragione che dire di vivere in una società di consumatori è stato solo un altro modo per dire di vivere in una società di lavoratori.

Questo regime economico e regolativo è stato caratterizzato: da una struttura della produzione incentrata su beni di consumo di massa durevoli che orientava un volume alto e stabile di investimenti in capitale fisso; da una crescita parallela di produttività e domanda, grazie a una politica di alti salari dovuti alla contrattazione collettiva; da un sistema finanziario dove le banche prevalevano come fonte di finanziamento rispetto al ricorso alla borsa; da interventi dello Stato orientati al pieno impiego di lavoratori a tempo indeterminato e alla garanzia dei loro diritti (5). Il regime si è retto anche sulla separazione fra sfera della produzione e sfera della vita privata, sul presupposto che questa separazione garantisse l'oggettività degli scambi di mercato e preservasse la soggettività dei rapporti interpersonali.

Dunque, durante i trent'anni dello sviluppo post-bellico, le dinamiche del capitalismo migliorano anche le condizioni di vita dei salariati, e ciò spiega in parte perché, invece dell'inevitabile conflitto di classe predetto da Marx, si determina un compromesso socio-politico che garantisce la stabilità del sistema.

Lo Statuto dei lavoratori è la proiezione giuridico-istituzionale di questo regime. Garantismo individuale e promozione della democrazia collettiva sono i cardini della legge. Contribuendo alla elaborazione di una legislazione che unisce il sostegno al sindacato e alla contrattazione collettiva alla «costituzionalizzazione» del rapporto di lavoro individuale, i giuslavoristi sapranno mostrare un'attitudine a operare come «autentici specialisti della razionalizzazione sociale» (6), che diventerà anch'essa un carattere proprio del diritto del lavoro italiano.

Lo Statuto presuppone una certa idea di lavoratore, di impresa, di sindacato. È un'idea complessa e composita, perché lo Statuto è figlio di un

(4) Arendt 2004, 89-90.

(5) Fumagalli, Lucarelli 2007.

(6) Mancini 1970, ora in Mancini 1976, 189.

compromesso fra visioni diverse dei rapporti sociali di produzione e del ruolo delle istituzioni e degli attori sociali.

L'idea di lavoratore è quanto più vicino ci sia stato alla nozione marxiana di «classe operaia»: un'idea che estraeva, dalla massa indistinta dei lavoratori che «collaborano nell'impresa» sotto la direzione del datore di lavoro descritta dal codice civile, un soggetto sociale e politico definito, un attore collettivo dotato di un sistema di valori, un centro di identità di interessi comuni destinato a contrapporsi alla classe dei capitalisti. «L'operaio massa» e i consigli dei delegati sindacali erano l'espressione sociale dei soggetti giuridici di cui lo Statuto si occupava. L'identità ideale di questi soggetti concreti era centrata sul «valore-utilità del produrre», entro cui si socializzava e si creava una coscienza di classe, in cui «si riuscivano a conciliare la lealtà aziendale e le propensioni conflittuali, la morale produttiva e quella proletaria, il consenso di fabbrica e il rifiuto del sistema: come se fossero i portatori di un *industrialismo operaio*» (7). Questa idea di lavoratore metteva ai margini tutto ciò che era considerato lavoro non produttivo, e chi lavorava in settori come i servizi, il commercio o lo svago appariva meno combattivo, meno portato a sviluppare una coscienza sociale (8).

L'impresa, a sua volta, era soprattutto la grande impresa capitalistica, incarnata dall'«epitome stessa dell'industria mondiale», l'industria dell'auto, orientata alla produzione su larga scala e al suo ampliamento incessante, fondata su gerarchie sociali interne alla fabbrica e gerarchie economiche interne al sistema industriale stesso, spinta verso concentrazioni e intese monopolistiche e retta su relazioni complesse con il sistema istituzionale, del cui supporto e soccorso necessitava. Era meno, o non era affatto, la piccola e media impresa e l'impresa dei distretti industriali e dei sistemi economici periferici che in quegli anni cominciavano a delinearsi, dotati di un dinamismo microimprenditoriale grezzo ma vitalissimo e capace di estrarre le sue risorse vitali dal territorio (9). Si trattava di un tipo di imprese che conosceva meno stabilità, meno pretese salariali, meno conflittualità sindacale, meno polarizzazione di classe, perché il posto di lavoro era meno garan-

(7) Accornero 1997, 32.

(8) L'operaiismo è stato la manifestazione più radicale, in quegli anni, di quest'idea del lavoro come lavoro della classe operaia e dell'opposizione capitale/lavoro come antagonismo tra diverse soggettività. Su questa idea mitologicamente intesa e mai realmente esistita di classe operaia, vd. le riflessioni critiche di Mariucci 2010, 13. Sull'ideologia operaista di alcune correnti del giuslavorismo italiano vd. anche Nogler 2015, 349.

(9) Vd. Berta 2016.

tito e perché la differenza dei ruoli produttivi era attutita dalle reti sociali nelle quali erano quei ruoli incorporati (10).

In alcune norme dello Statuto (in particolare quelle del Titolo I, dedicate alla tutela della libertà e dignità del lavoratore), l'impresa era colta soprattutto, come scriveva in quegli anni Romagnoli, nella sua tendenza «a organizzarsi come corpo sociale separato», in cui potevano mutare le forme d'esercizio dell'autorità aziendale, ma questa restava «un dato permanente, addirittura universale, immutabile per principio» (11). L'esigenza di esaltare la polivalenza dei diritti fondamentali della persona, che dovevano essere resi azionabili non solo nei confronti dei poteri pubblici, ma anche nei confronti dei privati dotati di poteri sociali e contrattuali, andava perciò di pari passo, nell'analisi dei primi commentatori dello Statuto, con la consapevolezza dei limiti di questa strategia. Ridurre la discrezionalità del potere di organizzazione e gestione aziendale era possibile, ma solo a patto di non dimenticare che, nell'impresa moderna, prima ancora che nei confronti dell'imprenditore, lo stato di subordinazione dell'operaio si manifestava nei confronti della macchina e dell'organizzazione scientifica del lavoro, che non cessava di essere oppressiva solo perché era razionale (12).

Ma lo Statuto riflette anche un'altra idea di impresa, che Giugni aveva già descritto negli anni sessanta, quando, nell'analizzare l'atteggiamento della classe operaia e delle rappresentanze sindacali davanti al progresso tecnologico, aveva osservato come la consapevolezza del potenziale distruttivo dell'innovazione tecnologica non si era mai trasformata in un'opposizione diretta all'innovazione stessa (diversamente da quanto era accaduto nell'esperienza anglosassone), ma semmai nella ricerca di garanzie non ostruzionistiche, per via di un risalente, implicito riconoscimento della positività del progresso tecnico nella cultura del movimento sindacale italiano (13).

Quest'ambivalenza di posizione rispetto alla natura dell'impresa e dell'innovazione tecnologica caratterizza in verità tutta la storia del diritto del lavoro e del suo rapporto con i meccanismi del mercato, producendo una «divaricazione *tra atteggiamenti strategici*», tra la critica radicale al capitalismo di mercato e lo scendere a patti con esso, che si è mantenuta nel tempo, pur senza provocare la rottura della materia (14).

(10) *Ivi*, 136.

(11) Romagnoli 1979a, 6-7.

(12) *Ivi*, 7. Sull'estraneazione generata dalla tecnica ha scritto pagine che parlano anche al nostro presente Vardaro (1989).

(13) Giugni 1961, ora in Giugni 1989, 130.

(14) Del Punta 2020, 35.

Tale attitudine è ben visibile in norme come l'art. 13, in cui l'impresa è colta sia come organizzazione produttiva – come insieme di mezzi e processi che portano a un determinato risultato produttivo –, sia come organizzazione del lavoro (15), nella quale è possibile proteggere il lavoratore «nella sua qualità di proprietario d'un patrimonio professionale fatto di esperienza e intelligenza» (16), imponendo una coabitazione fra esigenze dell'impresa e contrapposte esigenze del lavoratore. Lo Statuto ambisce perciò a modificare la struttura di comando dell'impresa, investendo direttamente proprio l'organizzazione del lavoro, che non è vista più solo in chiave di espressione della libertà d'impresa, ma come sistema sociale nel quale si esprime anche la libertà della persona che lavora (17).

Ed è visibile, forse ancora di più, nell'art. 18, diventato, non a caso, la norma simbolo del garantismo statutario. Anche se, come la Corte costituzionale ha avuto modo di ribadire (18), sono immaginabili e, giuridicamente, egualmente fondati modi diversi di tutela dai licenziamenti illegittimi; come ha scritto Mario Napoli, «la tutela reale, nella sua essenza di reintegrazione e risarcimento, è la regola più razionale che si possa immaginare ove si accetti il principio della stabilità» (19). E ciò è stato vero sia che si guardasse alla stabilità come valore (20), sia che la si considerasse una conferma di principi di diritto comune dei contratti che, all'illegittima rottura del vincolo negoziale, fanno seguire la riparazione tendenzialmente *per integrum* (21), sia che – per le ragioni anzidette – la si ritenesse un elemento centrale del modo di regolazione fordista.

Tutela reale del posto di lavoro e tutela reale della posizione professionale del lavoratore sono, dunque, due dei capisaldi che lo Statuto, in contraddizione con la visione tradizionale dell'impresa, introduce nel sistema di regolazione.

Il terzo è l'istituzionalizzazione del ruolo del sindacato in azienda (22).

In un famoso saggio di Federico Mancini del 1970 (23), la linea promozionale cui si ispira il modello di relazioni industriali disegnato dallo Statuto vien fatta risalire ai primi anni cinquanta, all'introduzione di

(15) Liso 1982, 163.

(16) Romagnoli 1979b, 231.

(17) Liso 1982, 66.

(18) C. cost. 7.2.2000, n. 46.

(19) Napoli 2001, 166.

(20) Ballestrero 2007, 395.

(21) D'Antona 1979.

(22) Si riprendono qui alcune considerazioni già svolte in Barbera 2008.

(23) Mancini 1970.

Giugni alla traduzione italiana della *Theory of the Labor Movement* di Selig Perlman (24), nella quale era emerso un punto di vista che, in contrasto con la linea di garantismo individuale dei giuristi vicini alla Cgil, affidava la tutela degli interessi del singolo all'autonomia di gruppo. Un punto di vista sviluppato nel saggio sull'autonomia collettiva del 1960 (25), nel quale Giugni rompe sia rispetto alla concezione stalinista del diritto propria anche della cultura riformista, ma anche rispetto al legalismo e al formalismo giuridico (26).

In realtà, l'approvazione dello Statuto dei lavoratori segna un distacco dal modello di pluralismo che assegna allo Stato il ruolo di garante dell'equilibrio su cui poggia il libero sviluppo delle relazioni industriali. Come ha osservato Tiziano Treu, il richiamo al modello dell'*abstention of the law* e l'adesione alle teorie pluralistiche e pluriordinamentali non aveva fatto dimenticare agli estensori dello Statuto i caratteri propri dell'esperienza italiana, vale a dire un sindacalismo debole e fortemente ostacolato dalle controparti e una tradizione stalinista e garantistica che portava ad affidare alla legge, e non alla contrattazione collettiva, l'imposizione di vincoli ai poteri dell'imprenditore (27). È per questo, che, al di là dell'omaggio tributato alla tradizione volontaristica della *common law*, sarà la legislazione del *New Deal*, più interventista di quella inglese, a fornire le indicazioni di fondo in tema di politiche del diritto: imposizione al datore di lavoro del riconoscimento del sindacato in azienda; divieto di pratiche sindacali e di atti discriminatori; tecniche sanzionatorie più efficaci di quelle civilistiche tipiche.

Non indifferenza-non ingerenza sono i due poli di questa politica: scelta che fa sì che il legislatore non stabilisca alcuna forma di istituzionalizzazione delle regole di rappresentanza, di risoluzione dei conflitti, di efficacia giuridica del contratto collettivo. Ciò consente di assecondare la spinta alla cooptazione morbida del movimento dei delegati nelle confederazioni sindacali storiche e non pone problemi di efficienza regolativa, dato il carattere acquisitivo e incrementale della contrattazione collettiva del tempo e il carattere egualitario dei suoi contenuti.

Ma lo Statuto obbedisce anche a un nuovo modello di rapporto fra Stato e sindacato. Proprio in quel momento, agli inizi degli anni settanta, si creano le condizioni per un cambiamento dei rapporti Stato-sindacato, nel sen-

(24) Giugni 1956.

(25) Giugni 1960.

(26) Treu 2019, 8.

(27) Treu 1979, 187.

so di un rafforzamento degli assetti pluralistici. Non nel senso del pluralismo classico, come principio di autoregolamentazione sociale, ma del pluralismo descritto con efficacia da Einsfeld (28): come forma di governo (oltre che teoria) che presuppone l'eterogeneità e il conflitto degli interessi, la partecipazione, l'intervento dello Stato nei rapporti sociali, il carattere speciale della legislazione, il compromesso di interessi in Parlamento. Un pluralismo che può aprire la strada, come effettivamente avvenne, ad assetti neocorporativi. Così può dirsi, con una buona dose di approssimazione, che i primi germi del neocorporativismo e della concertazione dei primi anni novanta siano stati posti proprio dallo Statuto dei lavoratori.

2. — *Il mondo dopo lo Statuto. «Sempre di più, sempre più in fretta»* — Cosa resta degli elementi strutturali su cui si fondava il modello statutario? Verrebbe da dire: ben poco. A cominciare dalla distinzione fra consumo e produzione. Il meccanismo che alimenta oggi la produzione e il consumo sulle piattaforme dei *social network* e della *sharing economy* è identico: chi produce mette a disposizione informazioni, conoscenze, servizi, lavoro, e al tempo stesso consuma quelli di altri. Ma anche fuori dall'economia delle piattaforme, il fatto di assegnare ai consumatori certe prestazioni produce una nuova divisione del lavoro fra chi lavora per mestiere, chi lavora perché consuma, chi progetta beni e servizi e crea nuove condizioni di dipendenza connotate da scarsa visibilità sociale (29). Per altro verso, se all'epoca del fordismo produzione, occupazione e reddito crescevano in parallelo, nel postfordismo la crescita della produzione è svincolata dalla crescita delle altre due variabili, e ciò non, come si è detto spesso in passato, a causa di regimi di protezione sociale eccessivamente vincolistici, ma per la natura stessa dell'economia digitale, in cui un numero pressoché infinito di servizi e beni può essere fornito a un numero pressoché infinito di clienti, nello stesso tempo e con un costo spesso vicino allo zero. Nuovi servizi e i nuovi consumi ispirati alla logica del *low cost* comportano minore occupazione e una minore remunerazione del lavoro.

A ciò si aggiunga che, nel caso italiano, le fonti che dovrebbero alimentare lo sviluppo economico si sono andate inaridendo e che la crescita dei salari reali dagli anni novanta in poi è stata quasi inesistente (30), sicché «le

(28) Einsfeld 1976.

(29) Dujarier 2009.

(30) Tra il 1995 e il 2016 i salari reali sono cresciuti in Italia del 4%, contro il 22%, il 48% o il 37% di paesi come, rispettivamente, la Germania, la Svezia e la Gran Bretagna (Baccaro 2019).

due figure – quelle del lavoratore e del consumatore – che Henry Ford aveva congiunto cento anni fa ora vengono di nuovo separate» (31).

Quanto alla nuova figura egemone di lavoratore, vent'anni fa Richard Sennett ne aveva descritto i tratti allora emergenti in un libro esemplare, *L'uomo flessibile*, che rifletteva non solo sulle trasformazioni della sfera produttiva, ma anche sui loro riflessi sulla vita e sulla personalità degli individui (32). Mentre stabilità e fedeltà all'azienda erano la forza del vecchio capitalismo, incertezza, perenne innovazione, flessibilità, traslazione del rischio sui lavoratori sono i fattori centrali del postfordismo. L'analisi di Sennett mette in luce come le caratteristiche centrali di queste forme moderne di flessibilità della produzione rispondano poco e solo per alcuni alla rivolta contro la *routine* alienante del taylorismo e alla ricerca di una maggiore libertà personale da parte dei lavoratori. Soltanto per fasce limitate di lavoratori il lavoro si arricchisce di autonomia e responsabilità grazie ai cambiamenti indotti dall'automazione e dalle innovazioni nei sistemi di gestione e controllo della qualità della produzione. Gli elementi centrali del processo di cambiamento – *reengineering* (ossia ristrutturazioni con riduzioni dei posti di lavoro ed esternalizzazioni), automazione e specializzazione flessibile della produzione, concentrazione di potere senza centralizzazione (ossia controllo per obiettivi e non piramidale) – ricreano nuove strutture di potere e di controllo e nuove gerarchie sociali, che si rivelano più difficili da combattere di quelle del passato, perché è arduo sviluppare strategie alternative di conflitto e di cooperazione con altri finché si vive immersi nel cambiamento.

«Nel presente flessibile e frammentato risulta possibile creare narrazioni coerenti solo a proposito di ciò che è già successo e impossibile creare narrazioni predittive su ciò che accadrà», osservava Sennett (33). Sarà per questo che oggi la situazione descritta da Sennett, dopo anni di analisi e di ricerche sulla precarizzazione e la crescita del lavoro atipico, risulta più facilmente leggibile di quanto non lo sia la fase successiva: il presente che stiamo ancora vivendo. Le altre ragioni della difficoltà di decifrare le trasformazioni in corso sono la rapidità dei cambiamenti, la loro diffusione su scala globale e la loro pervasività. Mentre l'innovazione descritta da Sennett aveva coinvolto all'inizio alcuni settori produttivi e alcune professioni e procedeva a un ritmo contenuto, oggi il cambiamento investe tutti i settori e procede a un ritmo accelerato. Il carattere esponenziale del cam-

(31) Berta 2016, 33.

(32) Sennett 1999.

(33) *Ivi*, 136.

biamento è uno dei caratteri salienti dell'innovazione tecnologica di oggi, il che rende instabili anche le previsioni sugli sviluppi futuri (34).

All'apparenza, il sistema alternativo che si è andato delineando dopo la crisi degli anni settanta e la transizione degli anni ottanta e novanta sembra avere i suoi capisaldi non più nel capitalismo manifatturiero, ma nel capitalismo finanziario e nel capitalismo della conoscenza e dei servizi. L'internazionalizzazione dell'economia ha trasformato l'organizzazione delle imprese, sempre più spesso inserite in reti globali che comprendono produzione, logistica e vendita e in *supply chain* le cui articolazioni si dislocano in varie parti del mondo (35).

In realtà, la potenza delle due grandi forze di cambiamento che hanno investito i modelli di produzione e i modi di regolazione – globalizzazione e innovazione tecnologica – fanno dimenticare che più modelli coesistono. In Italia, al tramonto delle grandi imprese si è accompagnata l'ascesa delle medie e piccole imprese, soprattutto di quelle dell'Italia del Centro-Nord che, dopo gli anni della crisi, hanno ripreso a crescere, spesso sulla base della valorizzazione di marchi di origine legati al territorio. Il settore dei servizi dovrebbe essere descritto al plurale, perché, accanto alla nuova terziarizzazione prodotta dall'innovazione tecnologica, continuano a esistere e si accrescono i servizi di sempre, come i servizi di assistenza e di cura.

Anche nei modelli produttivi e nel mercato del lavoro assistiamo a una doppia dinamica, sia a livello interno che a livello internazionale. Da un lato, in settori come quelli automobilistico e finanziario, vi è un processo di ibridazione di logiche produttive, con una compenetrazione di modalità di organizzazione neotayloristica e cognitiva, basata su livelli e tipi di competenze molto diverse (*high skilled* e *low skilled*); mentre nella piccola e media impresa, nella pubblica amministrazione, nei cantieri, nella logistica è ancora vigente una potente struttura gerarchica tradizionale (36). Dall'altro lato, vi è una polarizzazione fra attività ad alto tasso di conoscenza nei paesi più avanzati e attività poco qualificate in rapida crescita nei paesi della periferia.

L'immagine che ne risulta è quella di un dualismo che taglia i sistemi produttivi più avanzati e che si proietta su scala globale. La polarizzazione riguarda sia le imprese che riescono ad affermarsi sui grandi mercati digitali

(34) Barbera 2018.

(35) Sui problemi giuridici posti da questi nuovi scenari vd.: Brino 2019; Garofalo 2018.

(36) Vd. Bologna, Curi 2019, nonché il Quaderno *Logistica e Lavoro* che RGL (2018) ha dedicato al tema.

e globali (con un effetto di *winner takes all*) e quelle rimaste escluse dall'innovazione e dalla globalizzazione, sia i lavoratori, sempre più divisi fra fasce *low* e *high skilled*, a scapito delle fasce intermedie, con una tendenza all'incremento delle disparità salariali e professionali. Il dualismo si riproduce a tutti i livelli del sistema economico, secondo una dinamica che è stata definita di tipo «frattale»: ciò che si osserva a livello *micro* dell'impresa, si manifesta anche a livello *meso* del settore e a livello *macro* del sistema nel suo complesso (37).

La dimensione assunta dai processi di globalizzazione, infine, ci riporta all'indebolimento del modo di regolazione statutale di cui lo Statuto è stato espressione. Impossibilitati a usare gli strumenti tradizionali con cui affrontavano in passato gli shock asimmetrici, gli Stati hanno imboccato la strada della deregolazione e ri-regolazione competitiva, che nei paesi europei ha poi assunto le sembianze *soft* delle politiche di *flexicurity*. Il diritto del lavoro del nuovo millennio ha ridisegnato le responsabilità pubbliche di compensazione delle diseguaglianze in una direzione che tende a correggere i fallimenti del mercato rendendo egualmente competitivi i lavoratori, piuttosto che a tutelarli dai rischi del mercato, con un conseguente indebolimento delle forme tradizionali di protezione sociale – la norma inderogabile, l'azione del movimento sindacale – non compensato a sufficienza dalle nuove forme di sicurezza previdenziale e assistenziale e di attivazione che avrebbero dovuto assistere le fasi di transizione da un'occupazione a un'altra.

All'eclisse della norma inderogabile si è accompagnata, come si è detto, non la deregolazione pura, ma la ri-regolazione, con la sperimentazione di nuove tecniche giuridiche flessibili e articolate, in cui anche il contratto collettivo, in quanto forma adattabile e consensuale di regolazione, ha trovato nuovi spazi, dislocandosi però su una nuova dimensione transnazionale o rafforzandosi a livello decentrato a scapito del livello nazionale. Ciò non compensa però la perdita di centralità dei soggetti collettivi nei processi di organizzazione sociale e politica e nel mercato e nell'economia.

3. — *L'erosione interna ed esterna dello Statuto* — Per lungo tempo, lo Statuto ha retto a questi cambiamenti, e forse proprio la permanenza nel tempo della regolazione del lavoro standard ha favorito l'idea di cambiamenti limitati che toccavano a margine i lavoratori del nucleo fordista e riguardavano soprattutto i lavoratori precari e quelli delle catene di forniture.

(37) Rullani 2018, 168.

tura (38). Ancora dieci anni fa, celebrando i quarant'anni dello Statuto, la dottrina italiana rassicurava sul fatto che erano anni «ben portati» (39) e che «la permanente centralità dello Statuto» non poteva che essere interpretata come «un segnale di forza intrinseca di una normativa così risalente», che andava protetta da tentativi di «modernizzazione regressiva» (40).

A qualche anno di distanza da quell'anniversario sarebbe però diventato evidente che l'erosione di alcuni dei capisaldi dello Statuto, prima ancora che essere teorizzata e poi applicata dai fautori delle politiche di *flexicurity*, si era verificata nei fatti, per effetto di un duplice fenomeno di progressiva erosione interna ed esterna subito dalla legge.

«Il muro dell'inderogabilità si era via via eroso» (41), anzitutto per quel che riguardava l'art. 13, non solo in riferimento alla moltiplicazione delle ipotesi in cui la giurisprudenza riteneva possibile l'adibizione a mansioni inferiori, ma anche in virtù del depotenziamento a opera della Cassazione del principio di equivalenza, tradotto in un concetto dai confini sfumati quale quello di «affinità professionale» (42). A ciò si erano aggiunte le ipotesi di deroga previste dal legislatore, dapprima in forma specifica e poi, con l'art. 8 della l. 14 settembre 2011, n. 148 (che aveva assicurato alla contrattazione collettiva aziendale o territoriale la facoltà di derogare la legge, con i soli vincoli della Costituzione e di quelli derivanti delle normative sovranazionali), in relazione a una serie molto ampia e indeterminata di finalità. Anche la materia dei controlli sui lavoratori aveva da tempo rivelato problemi di ineffettività delle norme statutarie rispetto a un contesto tecnologico profondamente mutato da quello preso in considerazione dal legislatore dello Statuto (43). Ma era soprattutto in riferimento all'art. 18 che lo Statuto mostrava i segni più profondi di questo processo di erosione. Non perché, come è stato scritto, la lotta per la sua conservazione in una dimensione mitizzante fosse avvenuta «a costo di una latente destrutturazione del sistema del diritto del lavoro» (44), quasi come vi fosse stata una relazione di causa-effetto fra le due cose (45), ma perché il successo di quel-

(38) Pero 2013, 33.

(39) Napoli 2010.

(40) Rusciano, Zoppoli 2010, 556.

(41) Romei 2019, 264.

(42) Gargiulo 2010, 705.

(43) Bellavista 2016, 717 ss.

(44) Del Punta 2010, 755.

(45) Le spiegazioni per cui è a motivo delle rigidità di norme come l'art. 18 che si deve il dualismo del mercato del lavoro non reggono alla prova dei fatti, se è vero che l'atteso effetto antidualistico che avrebbe dovuto generare la riforma radicale della

la lotta non era riuscito a evitare che progredisse un processo di erosione esterna della legge.

Alla dispersione del lavoro insita nei processi di delocalizzazione, esternalizzazione e disarticolazione produttiva in corso da anni (46), si sono aggiunti fenomeni nuovi, come la crescita del settore dei servizi (molti dei quali esclusi dall'ambito di applicazione dello Statuto) e la crescita di forme di lavoro che sfuggono alla categoria fondante della materia – il lavoro subordinato – e sfuggono, dunque, allo Statuto.

La grande impresa ha cessato di essere il luogo delle relazioni di lavoro protette. Fianco a fianco, nell'impresa disarticolata, lavorano lavoratori stabili, lavoratori somministrati, lavoratori dipendenti da appaltatori, lavoratori autonomi e falsi autonomi. Attraverso le reti di produzione, le catene di valore fra produttori e fornitori, le imprese del «capitalismo molecolare» spostano sul piano orizzontale quell'integrazione dei fattori di produzione in precedenza realizzata sul piano verticale all'interno della grande impresa (47).

4. — *L'impresa immateriale: gerarchia o mercato?* — Queste tendenze sono presenti da tempo: da quando si è cominciato a discutere di postfordismo. La rivoluzione digitale le ha accentuate al massimo, tanto da far parlare spesso di «impresa dematerializzata». Rispetto alle dimensioni delle grandi multinazionali del passato, nelle imprese dell'economia *on demand* l'organizzazione produttiva interna è ridotta al minimo, e così lo è anche la forza lavoro.

L'idea, piuttosto diffusa nelle teorie economiche sui costi di transazione, che il contratto d'opera fosse un meccanismo primordiale di approvvigionamento della manodopera perché costringe a «comprare» le prestazioni di lavoro ogni volta che se ne ha bisogno e perché obbliga a rinegoziare i termini dello scambio originariamente stabiliti, si è rivelata un'idea che non fa i conti con la velocità e l'interconnettività degli scambi nell'economia digitale e con un ampliarsi virtuale dei mercati del lavoro tale da rendere facilmente fungibili anche lavoratori in possesso di conoscenze specialistiche, in particolare frazionando in microprestazioni lavorative compiti che prima erano propri di un singolo profilo professionale e allocandoli a *contractors* indipendenti geograficamente distanti fra loro. Un esempio è la

norma attuata a due riprese dalla legge Fornero e dal *Jobs Act* non sembra essersi verificato.

(46) Garofalo 2018.

(47) Lo Faro 2003, 12.

piattaforma *Mechanical Turk*, di proprietà di Amazon: in questo spazio, lavoratori disposti a svolgere microprestazioni (*data entry*, esecuzione di semplici operazioni su *set* di dati di proprietà di imprese e istituzioni, traduzioni di brevi testi) mettono a disposizione la propria capacità di lavoro per qualunque azienda o privato intenda comprare tali prestazioni.

In realtà, la stessa ricerca sociale ha incontrato notevoli difficoltà nell'interpretare il lavoro autonomo, perché la natura e l'articolazione interna dei lavoratori indipendenti sono difficili da identificare e perché questi sono impegnati in attività molto diverse nei vari settori e presentano un'elevata eterogeneità nei livelli di reddito e nelle condizioni di mercato. A dire il vero, manca persino una definizione condivisa di lavoratore autonomo, visto che quelle in circolazione in qualche caso includono anche i piccoli imprenditori e in altri no. È per questa ragione che i numeri dicono molto (e parlano in effetti di una crescita del lavoro autonomo, come documentano recenti studi condotti a livello comparato sulla base dei dati Eurostat) (48), ma non abbastanza, perché occorre poi indagare più da vicino quale sia la composizione interna di questa categoria (che in Italia corrisponde a circa un quarto della forza lavoro complessiva). È soprattutto tale composizione interna a essere profondamente cambiata nel corso di questi ultimi anni, il che rende poco utile parlare del fenomeno solo in termini di valori assoluti.

Le indagini di tipo qualitativo più recenti confermano l'ipotesi di estesi fenomeni di sostituzione, ma confermano anche la crescita del cd. lavoro autonomo di seconda generazione, ossia lavoratori impegnati in attività con contenuti intellettuali o creativi, la cui autonomia si basa sulle competenze tecnico-scientifiche e sulle capacità comunicative possedute piuttosto che su basi patrimoniali e proprietarie, come era il caso degli artigiani e dei commercianti (49). Il tasso di crescita dei lavoratori autonomi è attribuibile anche all'aumento dell'occupazione nei settori in cui essi sono più presenti (servizi alle imprese e servizi sociali): segnale del continuo spostamento dell'economia verso il settore Terziario.

L'altro fattore chiave nella crescita sia di lavoratori autonomi precari che di lavoratori autonomi professionisti è proprio l'innovazione tecnologica, non solo in termini di aumento dell'offerta di nuove competenze professionali, ma ancora di più attraverso i suoi effetti sulla domanda di lavoro. Rendendo il lavoro controllabile e valutabile a distanza e riducendo così i costi di transazione, l'innovazione tecnologica ha favorito l'approvvigionamento esterno della manodopera.

(48) Cfr. Semenza, Pichault 2019.

(49) Bologna, Fumagalli 1997.

Non sempre queste nuove opportunità occupazionali si accompagnano all'emergere di nuovi profili professionali qualificati. Spesso i percorsi professionali di questi lavoratori risultano associati a insicurezza del lavoro, discontinuità del reddito, *deficit* nello sviluppo delle competenze. In generale, questi nuovi mercati del lavoro sono caratterizzati da una grande porosità tra lavoro subordinato e lavoro autonomo e dal ricorso a schemi contrattuali ibridi che consentono di coniugare flessibilità e continuità (50). Una stessa prestazione, caratterizzata da un lavoro senza precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro, può qualificarsi come una prestazione di lavoro subordinato, parasubordinato o autonomo secondo un *continuum* di dipendenza-autonomia in cui risulta difficile distinguere dove finisce una tipologia e comincia l'altra. E questa possibilità regge anche ove l'affinarsi delle tecniche qualificatorie possa portare all'emersione dei «falsi» lavoratori autonomi, lasciando però senza risposta il problema dei veri lavoratori autonomi privi di tutela che continuano a non rientrare nelle maglie dell'operazione di qualificazione.

Ciò mostra quanto sia semplificante la dicotomia tra mercato e gerarchia proposta dalla teoria economica istituzionalista (51). Questa alternativa è stata messa in discussione perché non soltanto, come si è visto, non si tratta di un'alternativa binaria (le imprese possono ricorrere, per la gestione dell'organizzazione produttiva, sia a rapporti di tipo gerarchico sia al mercato), ma anche perché pure nelle relazioni di mercato possono darsi condizioni di dipendenza economica e organizzativa assai marcata e relazioni profondamente autoritarie, che però rimangono escluse dalla protezione del diritto del lavoro a causa della qualificazione come rapporti di lavoro autonomo (52).

Forse la dottrina stenta a prendere atto di questi processi perché persiste l'idea di fondo che il lavoro per l'impresa sia ontologicamente lavoro subordinato. La convinzione che occuparsi del lavoro e della sua regolazione significasse occuparsi di lavoro subordinato e che questo giustificasse il permanere del diritto del lavoro nei confini segnati dall'art. 2094 del c.c. è sta-

(50) Perulli 2017.

(51) I punti di vista dai quali la teoria economica e il diritto guardano a questa alternativa sono diversi, ed è ovviamente una differenza cruciale. Mentre secondo la teoria economica dei costi di transazione si tratta di scelte indifferenti rispetto alla ricerca della soluzione più efficiente, per il diritto, non tutte le soluzioni godono dello stesso giudizio (così Lo Faro 2003).

(52) In realtà, la stessa cooperazione tra imprese può cedere il posto a forme di supremazia giuridico-economica, tali da ricreare l'organizzazione di impresa al di fuori dei suoi confini (vd. Barbera 2010).

ta dovuta, a sua volta, alla convinzione che il lavoro subordinato fosse *immanente* all'impresa. In sostanza, che vi fosse un «vincolo strutturale e non meramente funzionale con l'impresa» (53), che non si potesse dare impresa, in quanto organizzazione produttiva gerarchica, senza lavoro subordinato (54). È in questo senso che la subordinazione ha costituito anche «il fondamento dell'autonomia del diritto del lavoro» e la ragione giustificatrice di una protezione offerta non a tutti i lavori, ma solo ad alcuni: quelli sottoposti a tale gerarchia (55).

Oggi che il diritto del lavoro ha riscoperto «i sentieri trans-tipici» (56) della dipendenza e della precarietà del lavorare per altri, ci si chiede se questa ridefinizione dei confini della materia porti a un adattamento del diritto del lavoro alla mutata situazione sociale – uno dei tanti attraverso i quali è passato nel corso della sua storia – o se invece sia in atto un mutamento più profondo nelle sue coordinate di fondo.

5. — *Il lavoro immateriale: società della conoscenza o capitalismo della conoscenza?* — Le stesse questioni si ripropongono se consideriamo l'altra grande trasformazione in atto: quella che vede coesistere due diversi modi di produzione. Al capitalismo basato sulla valorizzazione di capitale fisso materiale si va sostituendo un capitalismo basato sulla valorizzazione di capitale immateriale: di capitale-conoscenza. Ancora una volta, non si tratta di un processo lineare, e differenti modelli produttivi continuano a coesistere. Ma questo sviluppo del lavoro cognitivo riguarda ogni attività produttiva e ogni tipo di lavoro. Anche ai lavoratori delle imprese dei servizi e del commercio precari e malpagati si richiede costantemente di fornire idee per migliorare l'organizzazione del servizio e fidelizzare la clientela: di essere, insomma, creativi. Sia pure ancora non egemonica, la figura del lavoratore cognitivo è dunque una figura centrale nella rappresentazione delle mutazioni in corso.

La divisione del lavoro tipica dell'epoca fordista aveva sostituito la rigorosa specializzazione richiesta all'artigiano con una parcellizzazione del lavoro che spogliava i lavoratori dei loro saperi e delle loro capacità soggettive. Progettazione ed esecuzione del lavoro, lavoro e soggettività del lavoratore erano a tal punto separati dalla divisione del lavoro da far parlare del lavoro nel senso marxiano del termine come «lavoro astratto». Il lavo-

(53) Napoli 1995, 1139.

(54) Grandi 1989, 90.

(55) D'Antona 1989, 44.

(56) Perulli 2018, 66.

ratore postfordista, al contrario, entra nell'apparato produttivo con tutto il suo bagaglio culturale e le sue abilità, con la sua educazione, formazione e rete di relazioni; è costantemente incitato a essere soggetto attivo e coinvolto nel processo stesso, portando la propria cultura, le proprie esperienze, le proprie conoscenze «vernacolari» al servizio della produzione stessa e della sua incessante innovazione. Il soggetto è incitato a «prodursi producendo» (57). È questo che fa dire agli economisti e ai sociologi che il lavoratore non è più «capacità eteroprodotta» dalle prescrizioni dell'imprenditore e che fa parlare i giuristi di un «potere direttivo ascendente», in cui la dose di autodeterminazione del lavoratore diventa misura del suo adempimento (58).

La scelta dei termini con cui descrivere tali trasformazioni non è casuale. Alcuni parlano di società della conoscenza, altri di capitalismo cognitivo. Nel primo caso, gli aspetti positivi dei cambiamenti in atto sono considerati prevalenti e si pensa che i problemi che possono nascerne siano superabili attraverso la trasformazione dell'impresa in una rete cognitiva estesa, in una *learning organization* (59). Le imprese, in questa prospettiva, dovrebbero andare oltre il rapporto di mercato e oltre il comando proprietario della conoscenza, rinunciando in parte alla *leadership* e imparando a gestire in modo condiviso le risorse dell'impresa. Nel secondo caso, il termine capitalismo si riferisce alla permanenza delle variabili fondamentali del sistema capitalistico in cui la conoscenza può essere considerata una nuova forma di capitale, e l'accento è messo soprattutto sulle contraddizioni insite nella «mercantilizzazione della conoscenza».

Gorz aveva pochi dubbi su dove potesse portare tale contraddizione: alla negazione dell'economia capitalistica di mercato. Queste ricchezze «esterne» primarie, che nascono da processi di socializzazione, sono indispensabili al sistema di produzione, ma questo è incapace di produrle secondo la sua logica e i suoi metodi. Le nuove forme di capitale sociale vengono prodotte e accumulate originariamente per soddisfare bisogni sociali e non esigenze economiche; non possono essere contabilizzate con alcuna moneta; non possono essere scambiate contro alcun equivalente, e colui che le trasmette, come avviene per tutti i *commons*, non le perde socializzandole. L'economia della conoscenza, dunque, contiene nel fondo una negazione dell'economia capitalistica di mercato (60). Il riconoscimento

(57) Gorz 2000, 14.

(58) Corazza 2018, 1070.

(59) Rullani 2004.

(60) Gorz 2003, 55-57.

del primato di quest'«intelligenza collettiva» prodotta in modo comune implica un'inversione del rapporto fra produzione di valore mercantile e produzione di ricchezze intangibili, nel senso che la prima deve essere subordinata alla seconda.

Quest'idea visionaria e utopica della conoscenza immateriale è stata contestata dalla componente neooperaista del capitalismo cognitivo, che vede invece riapparire in forme nuove il vecchio dilemma del controllo del lavoro altrui. Se il capitale non solo è divenuto dipendente dal sapere dei salariati, ma deve ottenere una mobilitazione e un coinvolgimento attivo dell'insieme delle conoscenze e dei tempi di vita dei salariati, un modo per rispondere a questo problema inedito è quello di spingere verso un'interiorizzazione degli obiettivi dell'impresa, senza riconoscere e senza pagare il salario corrispondente a questo tempo di vita non integrato e non misurabile nel contratto di lavoro (61).

Quello che queste narrazioni del postfordismo rifiutano di considerare è che i processi in atto non sono deterministicamente stabiliti. I sistemi produttivi, così come i sistemi istituzionali e politici, sono sistemi eterogenei, e le ragioni che spingono verso il superamento del comando proprietario dell'impresa sono altrettanto forti di quelle che inducono a mantenerlo invariato, come si dirà nelle notazioni finali.

I problemi di cui discutono economisti e sociologici non sono molto diversi da quelli che impegnano da tempo i giuslavoristi che si interrogano sull'idoneità del contratto di lavoro a inglobare forme di conoscenza-prestazione spesso imprevedibili e utilizzabili e valutabili solamente attraverso l'interazione personale e sulla difficoltà di dare rilevanza direttamente al tempo di vita del lavoratore, al di fuori di specifici casi (62). La definizione dei termini dello scambio come scambio fra retribuzione ed «esplicazione di professionalità» (63), con l'inclusione degli obblighi di formazione fra gli obblighi datoriali (64), e la rilettura della diligenza in termini di sintesi di *duties of skill* e *duties of care* (65) sono state alcune delle risposte date dalla dottrina a questo problema. Sul versante di una rilettura dell'art. 2103 che asseconi le nuove forme di organizzazione del lavoro si pongono, invece, i tentativi di dare rilievo giuridico alle nozioni sociologiche di «ruolo»

(61) Negri, Vercellone 2007, 6.

(62) Nogler 2015, 353; Bavaro 2018.

(63) Napoli 1995, 1116 ss. Nello stesso senso: Alessi 2004; Guarriello 2000. Dissentono da questa impostazione Carabelli 2004 e Loy 2003.

(64) Caruso (2007, 66), che parla della formazione come di un «bene condiviso» fra lavoratore e datore di lavoro.

(65) Viscomi 1997, 34 ss., 142 ss. e *passim*.

o «posizione», ritenute capaci di includere i comportamenti e le abilità richiesti dalle innovazioni tecnologiche (66). Altri hanno provato a contrastare la «de-oggettivazione» del tempo-lavoro sostenendo che la sua soggettivazione implica quantomeno il riequilibrio dei poteri sul tempo del datore di lavoro e del lavoratore (67). Alle stesse esigenze risponde anche il ricorso alla figura del contratto relazionale, connotato da un sistema di transazioni complesse, ispirate ai canoni della collaborazione e della fiducia, che consente l'adattamento flessibile della relazione contrattuale in presenza dell'impossibilità di predeterminare interamente il contenuto delle prestazioni.

Quello che è cambiato rispetto a questo dibattito, anche in questo caso, è l'impatto moltiplicatore della digitalizzazione. Finora la potenza della conoscenza era stata frenata dalla barriera della distanza fisica; con lo sviluppo delle reti digitali, questa barriera cade. L'altro elemento di traino è la complessità tecnologica, la compresenza delle diverse forme di innovazione tecnologica – l'automazione industriale e l'*Innovation and Communication Technology* (ICT) – nello stesso luogo di lavoro che richiede la conoscenza, il controllo e il coordinamento di diverse conoscenze.

Nessuna delle modifiche da cui è passato lo Statuto dei lavoratori al tempo della *flexicurity* è in grado di dare una risposta soddisfacente ai dilemmi regolativi del postfordismo. Le riforme più recenti hanno riguardato questa volta proprio i capisaldi dello Statuto relativi al rapporto individuale (controlli, mansioni, licenziamenti), sommando nuova flessibilità funzionale a nuova funzionalità numerica, con ricadute indirette anche sul ruolo della regolazione collettiva, talvolta privata di rilievo nel solco dei processi di disintermediazione in atto, talvolta deputata a un ruolo chiave di flessibilizzazione della disciplina vigente. Paradossalmente, le riforme giungono quando la filosofia della *flexicurity* era stata messa in discussione anche a livello europeo, tanto che risulta difficile leggerle come parti di una legislazione «contingentemente attuale» (68); ma a parte ciò, quel che più importa è che nessuno dei cambiamenti introdotti sembra confrontarsi con i temi cruciali prima richiamati. Non lo fa la riforma dell'art. 18, che ignora il ripensamento delle politiche di *flexicurity* in termini di *job retention*, e non lo fa la riforma dell'art. 13, che si limita ad ampliare la possibilità per l'impresa di ridefinire i compiti del lavoratore anche dopo la conclusione del contratto, riducendo i costi dell'incertezza e assecondando la

(66) Ne discute criticamente Carabelli (2004, 57 ss.).

(67) Bavaro 2008.

(68) Caruso 2018, 88.

necessità di ampliare la flessibilità funzionale (69). È vero che questa possibilità è mediata dalla contrattazione collettiva, ma tale delega si pone nel solco di un modello di relazioni industriali non partecipativo, connotato da una permanente asimmetria di informazioni: esattamente il contrario di quello che un efficace esercizio della delega da parte dei soggetti collettivi presupporrebbe. Solo nelle disposizioni relative all'obbligo di formazione in caso di assegnazione a nuove mansioni è possibile intravedere il riflesso della necessità di valorizzare le capacità personali dei lavoratori – fuori e dentro le nuove forme di lavoro cognitivo – e, in generale, una concezione della formazione come «bene privato condiviso» (70). Sono sfortunatamente anche le disposizioni meno incisive della riforma, lontane dalle soluzioni sperimentate in altri ordinamenti che conoscono gli obblighi formativi quali elementi immanenti al contratto di lavoro e oggetto di prassi di concertazione.

6. — *Il ruolo dello Statuto oggi nella universalizzazione dei diritti. Oltre lo Statuto* — Queste riflessioni hanno preso avvio dalla figura di lavoratore che lo Statuto sottintendeva: una figura che era debitrice della nozione di «classe», e nello specifico di «classe operaia», di origine marxiana. Come osservava Accornero anni fa, del pensiero di Marx non si è mai apprezzato abbastanza che quella nozione non fosse «frutto del suo serrato ragionamento sui concetti dell'economia classica, bensì di una tensione emotiva e di una scelta di valore: la classe operaia era semplicemente il suo “tipo ideale” di classe» (71), e non coincideva affatto né con la separazione del lavoro dai mezzi di produzione né con la produzione di plusvalore. Né con l'alienità dei mezzi, né con l'alienità del risultato, direbbero i giuslavoristi, seguendo l'interpretazione più marxiana di sempre della subordinazione, sorprendentemente elaborata dal giurista più liberal-solidaristico di sempre. Questa nozione politica di classe, sostiene Accornero, costituì in classe gli operai più di quanto non lo fece la divisione tecnica e sociale del lavoro (72).

Il fatto è che «non le idee ma gli eventi cambiano il mondo» (73), anche se spesso sono le idee a metterli in moto. È stato non il dubbio cartesiano

(69) Tracce di un ampliamento della cooperazione che tocca anche l'esercizio del potere direttivo sono invece presenti in interventi settoriali, come quello relativo al lavoro agile, che demanda all'accordo individuale anche la specificazione delle forme di esercizio del potere direttivo.

(70) Caruso 2007, 66.

(71) Accornero 1997, 27.

(72) *Ivi*, 28.

(73) Arendt 2004, 202.

ma il telescopio di Galileo l'evento che ha cambiato praticamente la visione del mondo fisico, avverando la filosofia cartesiana (74). Che il tipo ideale di lavoratore immaginato da Marx si sia effettivamente materializzato nel lavoro di produzione di beni e servizi è stato l'evento che ha reso realmente gli operai (ma anche i tecnici e i progettisti) i protagonisti del secolo del lavoro. Allo stesso modo, non gli studi pionieristici sull'intelligenza artificiale ma l'evento che gli ingranaggi digitali sono ora abbastanza veloci ed economici da consentire il pieno ed esponenziale dispiegarsi della tecnologia digitale ha dato avvio alla «seconda età della macchina» (75). Infine, non sono state le previsioni di autori come Braverman sull'impoverimento professionale determinato dalla tecnologia della professionalità o come Gorz o Vardaro sul farsi attività immateriale del lavoro, o come Rifkin sulla disoccupazione tecnologica di massa, ma l'avverarsi del complesso di trasformazioni nel modo di produzione che si è cercato di descrivere nelle pagine precedenti che ha scomposto la figura di lavoratore in una «non classe», in innumerevoli figure situate lungo uno spettro che non conosce più distinzioni tipologiche nette e neppure confini precisi fra stabilità e precarietà. Il farsi realtà evidente della realtà preannunciata da studiosi inquieti, insomma, ha ormai assunto le sembianze di elementi strutturali del sistema (76), e questo richiede una riflessione su un riposizionamento complessivo del modo di regolazione di cui lo Statuto è stato parte e sul ruolo che lo Statuto può giocare in questo riposizionamento, avendo a mente i dualismi che tagliano i sistemi produttivi e il mercato del lavoro di cui si parlava all'inizio.

Lo Statuto può giocare anzitutto un ruolo di universalizzazione dei diritti. Si tratta di un ruolo non simbolico, ma *di sistema*, per essere lo Statuto l'emblema dei principi fondamentali intorno a cui continuare a organizzare l'impresa e la costellazione dei rapporti di lavoro che a essa fanno capo. Che l'impresa sia un'impresa «smaterializzata» da questo punto di vista cambia poco. Il concetto di organizzazione del lavoro come spazio dell'identità e dei diritti alla quale si accennava all'inizio, che ha trovato l'espressione massima durante la stagione dello Statuto, ha una tenuta diversa, meno labile, di quella di organizzazione del lavoro come luogo fisico e come insieme di beni materiali. Si tratta, infatti, di un concetto che non ha solo una valenza empirica o giuridica, ma anche politica, e rinvia al modello di stato liberal-democratico al quale si ispira la nostra Costituzione, all'idea guida che i diritti inviolabili possano trovare effettiva realizzazione

(74) *Ivi*, 203.

(75) Brynjolfsson, McAfee 2014, 33.

(76) Nogler 2015, 338.

solo all'interno delle organizzazioni sociali nelle quali la persona, nel significato di essere sociale, agisce (77).

In secondo luogo, lo Statuto è espressione di un certo modo di pensare e di pensarsi della società: un modo che non esclude il conflitto sociale, perché attribuisce al conflitto la funzione di costruire assetti sociali più avanzati, ma che implica anche la responsabilità verso gli altri. Anni di egemonia delle ideologie neolibériste si sono risolti in un processo di crescente deresponsabilizzazione del datore di lavoro nei confronti della sorte individuale del lavoratore (78), in un accentuarsi della solitudine del lavoratore innanzi ai rischi di mercato, nell'affievolirsi della dimensione solidaristica che ha contraddistinto il diritto del lavoro (79). Per i neoliberali, i soggetti che concorrono nel mercato non hanno bisogno di interessarsi scambievolmente l'uno dell'altro e il valore delle libertà si esaurisce per i componenti della comunità nel godimento della loro autonomia privata. Il modello di giustizia sociale è quello della «giustizia di scambio», secondo il quale sono solo i contraenti che determinano l'equità della transazione, secondo le loro preferenze. Una persona non ha bisogno di legami morali. In conseguenza, il neoliberalismo non è sensibile all'idea di responsabilità verso gli altri. Questo *deficit di solidarietà sociale*, come osservava Habermas qualche anno fa, ha un prezzo molto alto: se i cittadini non possono sentirsi inclusi in una società che protegge universalmente alcuni diritti e prestazioni fondamentali, vengono meno le ragioni per la coesione, e ciò produce un potenziale danno alla democrazia e alla sua legittimità (80). Il risorgere del populismo ci dice che quello che Sennett scriveva nelle ultime pagine dell'*Uomo flessibile* è una profezia che si è avverata sotto gli occhi di tutti: «Un regime che non fornisce agli esseri umani ragioni profonde per interessarsi gli uni degli altri non può mantenere per molto tempo la propria legittimità» (81).

Universalizzare i diritti fondamentali protetti dallo Statuto e rendere azionabili eguali diritti sociali per chi lavora alle dipendenze di altri significa non soltanto correggere differenze sociali ormai troppo divaricate, ma anche ridare credibilità all'idea di cittadinanza democratica. Ciò vale sicuramente per quanto attiene ai profili individuali del rapporto di lavoro, ma

(77) Barbera 2010.

(78) Ales 2017.

(79) A questi fenomeni la dottrina giuslavoristica ha attribuito anche la perdita della dimensione solidaristica che ha contraddistinto il diritto del lavoro e le norme che lo costituivano (Mariucci 2010).

(80) Habermas 1999.

(81) Sennett 1999, 148.

vale anche per i profili collettivi, per l'intreccio che lo Statuto impersonifica fra diritti individuali e diritti collettivi (82).

Non è detto che siano necessarie rivoluzioni copernicane per impostare una seria ed efficace base di protezione sul piano individuale e collettivo. Mentre la dottrina si impegna a conservare le grandi dicotomie del passato o a costruire un nuovo quadro generale che superi queste dicotomie, con l'individuazione di una nozione di lavoro capace di catturare la zona grigia tra subordinazione e autonomia costruita sul concetto di «dipendenza», legislatore e giurisprudenza sembrano poco interessati a operazioni di grandi levatura e si muovono invece nella direzione di soluzioni *ad hoc*, di tipo pragmatico e di natura funzionalista.

Se è vero che il legislatore non ha ascoltato neppure questa volta l'esortazione, più volte avanzata da una parte della dottrina, di istituire uno «Statuto del lavoro dipendente», non vi è dubbio che nel suo pragmatismo, nel suo rinunciare a intervenire sulla definizione di una nuova fattispecie fondamentale del diritto del lavoro, per orientarsi verso tecniche flessibili e articolate (83), si possa vedere un superamento di quella che Vardaro definiva «la bipolarità sussuntoria»: la svalutazione del problema qualificatorio ai fini dell'identificazione delle discipline applicabili (84). Ciò consente di affrontare, se non di risolvere, gli aspetti della regolazione legati a uno dei poli del dualismo, vale a dire l'esistenza di fasce di lavoro non standard ancora privo di una base universalistica di diritti. Più difficile è affrontare gli aspetti relativi all'altro polo, al «lato luminoso» del lavoro cognitivo, perché qui ci si muove su un terreno ancora poco conosciuto e sperimentato, che richiede cambiamenti sia nella cultura d'impresa che in quella sindacale (85) e richiede di andare oltre lo Statuto. Una gestione congiunta del capitale umano attraverso strumenti di partecipazione individuale e collettiva comporta, come si è osservato in altre occasioni (86), una diversa idea di impresa – l'impresa come bene comune e non come pura espressione della libertà economica dell'imprenditore – e la progettazione di nuove forme e istituzioni di democrazia partecipata nell'impresa, all'interno di un ripensamento del significato della libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 della Costituzione.

(82) A questa prospettiva si ispirano, oltre alla *Carta dei diritti* della Cgil, accordi territoriali come quello bolognese denominato «Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano» (Martelloni 2018).

(83) Tullini 2018, 8.

(84) Vardaro 1989, 107.

(85) Pero 2013, 39.

(86) Barbera 2016.

Riferimenti bibliografici

- Accornero A. (1997), *Era il secolo del lavoro*, il Mulino, Bologna.
- Ales E. (2017), *The European Employment Strategy as Enhanced Coordination: A Holistic Approach to the EU Social Commitment*, in *European Labor Law Journal*, 122 ss.
- Alessi C. (2004), *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Arendt, H. (2004), *Vita activa. La condizione umana*, IV ed., Bompiani, Milano.
- Baccaro L. (2019), *La traiettoria neoliberalista dei capitalismi europei*, in *Via Borgogna 3 – Il magazine della Casa della cultura*, 12 ss.
- Ballestrero M.V. (2007), *Il valore e il costo della stabilità*, in *LD*, 389 ss.
- Barbera M. (2008), *I soggetti antagonisti: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, in Nivarra L. (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 315 ss.
- 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 giuslavoristica*, in Perulli A. (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 671 ss.
- Barbera M. (2018), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele*, in *DLRI*, 357 ss.
- Bavaro V. (2008), *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo di lavoro*, Cacucci, Bari.
- Bavaro V. (2018), *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *RGL*, I, 35 ss.
- Bellavista A. (2016), *Il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 717 ss.
- Berta G. (2016), *Che fine ha fatto il capitalismo italiano?*, il Mulino, Bologna.
- Boyer R. (1986), *La théorie de la régulation. Une analyse critique*, La Découverte, Paris.
- Bologna S., Curi S. (2019), *Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare*, in *DLRI*, 125 ss.
- Bologna S., Fumagalli A. (1997), *Il lavoro autonomo di seconda generazione: scenari del postfordismo in Italia*, Feltrinelli, Milano.
- Brino V. (2019), *Lavoro dignitoso e catene globali del valore: uno scenario (ancora) in via di costruzione*, in *LD*, 553 ss.
- Brynjolfsson E., McAfee A. (2014), *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, Norton, New York.
- Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 1 ss.
- Caruso B. (2007), *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 1 ss.
- Caruso B. (2018), *Strategie di flessibilità funzionale dopo il Jobs Act: fordismo, post-fordismo e industria 4.0*, in *DLRI*, 81 ss.
- Corazza L. (2018), *Note sul lavoro subordinato 4.0*, in *DRI*, 1066 ss.

- D'Antona M. (1979), *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova.
- D'Antona M. (1989), *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, il Mulino, Bologna, 43 ss.
- Del Punta R. (2010), *La stabilità reale nell'epoca dell'instabilità*, in *DLM*, 753 ss.
- Del Punta R. (2020), *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, in Caruso B. et al., *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*, il Mulino, Bologna, 27 ss.
- Dujarier M.A. (2009), *Il lavoro del consumatore*, Egea, Milano.
- Einsfeld R. (1976), *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo*, il Mulino, Bologna.
- Fumagalli A., Lucarelli S. (2017), *La finestra di fronte: la théorie de la régulation vista dall'Italia*, in *Quaderni di Dipartimento*, Università degli studi di Pavia, 9-07, 201 ss.
- Gargiulo U. (2010), *Problemi attuali della mobilità interna del lavoratore*, in *DLM*, 693 ss.
- Garofalo D. (2018), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle Giornate di studio Aidlass, Cassino, 18-19 maggio 2017, Milano, Giuffrè, 17 ss.
- Giugni G. (1956), *Introduzione a S. Perlman, Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, La Nuova Italia, Firenze.
- Giugni G. (1960), *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano.
- Giugni G. (1961), *Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva delle condizioni di lavoro*, in *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo*, Feltrinelli, Milano, ora in Giugni G. (1989), *Lavoro leggi contratti*, il Mulino, Bologna, 121 ss.
- Gorz A. (2003), *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Grandi M. (1989), *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, il Mulino, Bologna, 77 ss.
- Guarriello F. (2000), *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Habermas J. (1999), *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano.
- Liso F. (1982), *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, Milano.
- Lo Faro A. (2003), *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Loy G. (2003), *La professionalità*, in *RGL*, I, 763 ss.
- Mancini F. (1970), *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie dell'autunno del 1969*, in *PD*, 57 ss., ora in Mancini F. (1976), *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino, Bologna, 187 ss.
- Mariucci L. (2010), *Ridare senso al diritto del lavoro. Lo Statuto oggi*, in *LD*, 5 ss.
- Martelloni F. (2018), *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *LLI*, 18 ss.

- Napoli M. (1995), *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1057 ss.
- Napoli M. (2001), *Elogio della stabilità*, in *DLRI*, n. 26, *I licenziamenti*, ora in Napoli M. (2002), *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 160 ss.
- Napoli M. (2010), *Lo Statuto dei lavoratori ha quarant'anni, ben portati*, in *LD*, 123 ss.
- Negri A., Vercellone C. (2007), *Il rapporto capitale/lavoro nel capitalismo cognitivo*, in *HAL Archives Ouvertes*, in <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00264147>.
- Nogler L. (2015), *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *DLRI*, 337 ss.
- Pero L. (2013), *Come cambia il lavoro in fabbrica*, in *La società degli individui*, 30 ss.
- Perulli A. (2017), *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *RGL*, I, 213 ss.
- Perulli A. (2018), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in Zilio Grandi G., Biasi M., *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer, Milano, 43 ss.
- Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* (2018), *Logistica e lavoro*, in *Quaderni di RGL*, n. 3, Ediesse, Roma.
- Romagnoli U. (1979a), *Sub art. 1. Libertà di opinione*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile. Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-13*, Zanichelli, Bologna, 1 ss.
- Romagnoli U. (1979b), *Sub art. 13. Mansioni del lavoratore*, in Romagnoli U. et al. (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna, 217 ss.
- Romei R. (2019), *La modifica unilaterale delle mansioni*, in *RIDL*, I, 233 ss.
- Rullani E. (2004), *Economia della conoscenza. Creatività e valore nel capitalismo delle reti*, Carocci, Roma.
- Rullani F. (2018), *Il lavoro nell'era digitale*, in Rullani F., Rullani E., *Dentro la rivoluzione digitale. Per una nuova cultura dell'impresa e del management*, Giappichelli, Torino, 163 ss.
- Rusciano M., Zoppoli L. (2010), *Non sempre il tempo la beltà cancella...*, in *DLM*, 555 ss.
- Semenza R., Pichault F. (2019), *The Challenges of Self-Employment in Europe. Status, Social Protection and Collective Representation*, Elgar Publishing, Cheltenham.
- Sennett R. (1999), *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, Milano.
- Treu T. (1979), *Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 167 ss.
- Treu T. (1982), *Modelli comparatistici nell'esperienza gius-sindacalista italiana*, in Balandi G., Sciarra S., *Il pluralismo e il diritto del lavoro: studi su Otto Khan Freund*, Ed. Lavoro, Roma, 173 ss.
- Treu T. (2019), *Maestro di metodo*, in *Mondoperaio*, 8 ss.
- Tullini P. (2018), *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, in *LLI*, 1 ss.
- Vardaro G. (1986), *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 75 ss.

- Vardaro G. (1989), *Subordinazione ed evolucionismo*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, il Mulino, Bologna, 77 ss.
- Viscomi A. (1997), *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Zoppoli L. (2012), *Flex/insecurity. La riforma Fornero prima, durante e dopo*, Esi, Napoli.

ABSTRACT

L'articolo analizza il progetto statutario di un'impresa medio-grande fondata sulla stabilità del lavoro subordinato e democraticamente aperta al conflitto collettivo e le trasformazioni attraverso cui tale modello è passato nel corso del tempo, per soffermarsi poi sul ruolo che lo Statuto può ancora giocare nella realtà odierna.

WORKERS' STATUTE, ENTERPRISE AND WORK FIFTY YEARS AFTER

The article analyses the Statute's project of a medium-large enterprise based on the stability of subordinate work and democratically open to collective conflict. The article analyses also the transformations through which this model has passed over time and it deals with the role that the Statute can still play today.

Roberto Voza (*)

STATUTO, POTERI DELL'IMPRENDITORE E TUTELE DELLA PERSONA DEL LAVORATORE

SOMMARIO: 1. Il lavoro nell'impresa tra contratto e organizzazione. — 2. La limitazione dei poteri imprenditoriali come questione sociale. — 3. La «modernizzazione» del diritto del lavoro e il *brushing up* delle tutele statutarie del Titolo I.

1. — *Il lavoro nell'impresa tra contratto e organizzazione* — La libertà dei moderni seppe fare del lavoro un bene oggetto di scambio senza ricorrere agli antichi vincoli di *status*, bensì avvalendosi del contratto e, quindi, della separazione tra l'oggetto (le energie psico-fisiche messe sul mercato) e il soggetto (la persona che contrae l'obbligazione di lavorare): fu così che la forza lavoro si separò dal corpo umano, diventando «un'entità economica amministrata da colui che può disporne» (1).

Per quanto banale, è inconfutabile che dove c'è subordinazione c'è – specularmente – sovraordinazione di un contraente sull'altro. E il contratto di lavoro subordinato è uno strumento giuridico utile all'organizzazione della produzione, perché legittima l'esercizio di poteri che consentono all'organizzazione stessa di funzionare.

Dall'altra parte, nella semplificazione concettuale che fu necessaria per far nascere la nostra materia, il lavoratore autonomo assumeva il rischio della proficuità della propria attività, incarnando – per principio – la facoltà di autodeterminazione, al riparo dall'alienazione che si profilava minacciosamente nel modo di organizzare il lavoro proprio della nascente società industriale.

Non conosceva l'alienazione del lavoro, ad esempio, il Figaro rossiniano. Era felice di essere il *factotum* della città e di arrivare «presto a bottega che l'alba è già». Servire i clienti era per lui un gesto di libertà. Erano le dame e i signori ad avere bisogno di lui: «tutti mi cercano, tutti mi vogliono»,

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

(1) Passaniti 2006, 37.

esclamava gongolante. Il barbiere di qualità si sentiva «pronto a far tutto, la notte e il giorno», esibendo l'orgoglio del «mestiere colla donnetta [...] col cavaliere». Maneggiava con destrezza «rasoi e pettini, lancette e forbici»: ogni attrezzo era al suo «comando».

Nel frattempo, il signor Ludd spaccava con rabbia il telaio a vapore.

Dunque, al cuore del concetto di autonomia troviamo la libertà, mentre al cuore del concetto di subordinazione troviamo la sottoposizione al potere. Non troviamo l'impianto delle tutele, che costituiscono un dato estraneo alla qualificazione della fattispecie, agendo sul piano degli effetti del contratto.

Nei suoi tratti qualificatori, la subordinazione nasce vestita del potere di direzione del lavoro altrui e delle altre prerogative che ne conseguono: tutte serventi al potere direttivo. In altre relazioni contrattuali, non aventi a oggetto il lavoro, può esservi una condizione di debolezza contrattuale, che genera la sottoposizione del soggetto debole al potere altrui: tendenzialmente, si tratta – però – di una condizione di fatto che nasce da variabili esterne al sinallagma (anche quando esse divengono caratteristiche strutturali del mercato), come – ad esempio – lo stato di bisogno, lo squilibrio economico fra le parti, le asimmetrie informative ecc.

Sul piano degli effetti, la subordinazione nasce nuda, prima della edificazione del suo Statuto protettivo; quando viene progressivamente vestita dalle tutele, queste servono a contenere un fascio di poteri già intrinsecamente legittimato dalla fattispecie madre: il contratto di lavoro.

Ma non solo. Anche sul terreno degli effetti che discendono dalla fattispecie «contratto di lavoro subordinato», la giuridificazione del potere procede di pari passo con la sua limitazione. Si può evocare la metafora del bicchiere mezzo pieno e mezzo vuoto per spiegare come la stessa norma che limita il potere imprenditoriale finisca per legittimarlo nella parte residua, nell'area non limitata.

Per di più, si tratta, almeno in parte, di poteri inediti per il diritto comune dei contratti, come si evince da quelle norme che si pongono in vera e propria antitesi rispetto alla logica del *favor*.

La specialità del diritto del lavoro è, infatti, ambivalente. Le deroghe alla disciplina generale dei contratti non hanno una valenza esclusivamente protettiva per il lavoratore: in alcuni casi, il diritto del lavoro garantisce al compratore della merce lavoro una posizione rafforzata rispetto a quella che deriverebbe dall'applicazione del diritto comune.

In fondo, il senso del discorso si condensa in una domanda apparentemente banale: in quale altro contratto – oltre a quello che ha a oggetto lo scambio tra lavoro subordinato e retribuzione – un contraente assume la qualità di «capo», così come si evince dall'art. 2086 c.c.?

È pur vero che la norma fa dell'imprenditore il capo dell'*impresa*, ossia di un'organizzazione che preesiste al contratto, ma poi – secondo una nota ricostruzione teorica – la posizione di autorità dell'imprenditore trova il suo riflesso nella «frazione della organizzazione complessiva nella quale il prestatore di lavoro si trova inserito» (2).

Nell'originario testo del codice civile, la parola «capo» ricorreva in una sola altra circostanza, ossia in materia di diritto di famiglia, ove l'art. 144 riconosceva al marito tale *status*, legittimando una fitta trama di disparità giuridiche fra i coniugi.

Agli occhi del regime fascista, impresa e famiglia erano i luoghi di un ordine sociale costruito sulla soggezione all'autorità. Anche dopo la caduta del fascismo, nel dibattito fra i giuristi continuò ad aleggiare «l'avvicinamento dell'impresa alla famiglia, occasionato dal rilievo dei comuni caratteri che distinguono i rapporti sui quali rispettivamente si fondano» (3).

E nella famiglia, per quasi trent'anni, la potestà maritale ha convissuto con il riconoscimento costituzionale della «eguaglianza morale e giuridica dei coniugi», in nome di quei «limiti» che lo stesso art. 29, comma 2, Cost., prevede siano posti «a garanzia dell'unità familiare». Per dirla con Francesco Santoro Passarelli: «la famiglia, come qualunque altro organismo, e più di ogni altro, per la sua particolare struttura, non vive senza un capo» (4).

A seguito della storica l. 19 maggio 1975, n. 151 (che, sopprimendo la potestà maritale, «ha portato la democrazia entro il rapporto coniugale») (5), la parola «capo» è rimasta nel solo art. 2086 c.c., benché epurata – in via interpretativa – della sua originaria incrostazione pubblicistica, propria dell'ideologia corporativa.

Per dirla in maniera altrettanto sbrigativa ma efficace, la ragione per la quale nessuno può pensare di riscrivere quella disposizione sta nel fatto che l'impresa «non potrà mai essere democratica: qui, l'inversione dei ruoli tra Governo e opposizione è inammissibile» (6).

Dunque, se l'impresa non vive senza il suo capo, la relazione contrattuale tra essa e il lavoro manifesta un'insopprimibile peculiarità, ossia quella di fondare e legittimare la supremazia di un contraente sull'altro e, quindi, una posizione di autorità o, se si preferisce, di potere privato.

(2) Liso 1982, 59.

(3) Sono parole di Balzarini 1955, 14.

(4) Santoro Passarelli 1953, 377.

(5) Branca 1982, 17.

(6) Romagnoli 1995, 156. L'affermazione risale a Dahrendorf (1967, 114-115).

Colui che cede le proprie energie lavorative, quando fa ingresso nel rapporto di lavoro, lascia il mercato ed entra nell'organizzazione altrui. Infatti, l'imprenditore assume la qualità di capo non solo nei confronti dell'organizzazione in quanto tale (nella dimensione consacrata dall'art. 2082 c.c.), ma anche in quel frammento organizzativo rilevante sul piano del singolo rapporto obbligatorio, in presenza di un interesse creditorio al comando sul lavoro altrui finalizzato a realizzare il risultato complessivamente perseguito dall'organizzazione.

E allora il contraente forte ha bisogno di una protezione che il diritto comune dei contratti non può garantirgli, perché non è pensato per regolare un rapporto giuridico che è – al contempo – il segmento in cui si esprime una nozione più ampia – quella di organizzazione –, bisognosa di funzionare secondo un principio di autorità.

La supremazia contrattuale, che si manifesta – *in primis* – nel potere di dirigere l'attività altrui, si insinua nell'*incompletezza* del contratto di lavoro, che consente al creditore della prestazione lavorativa la possibilità di iniettare quei contenuti di volta in volta necessari a specificarne i contorni rimasti indefiniti. Questa operazione di «completamento» toglie all'equilibrio tra le parti il velo della parità negoziale, dando al datore di lavoro più di quanto gli spetterebbe come creditore di una mera prestazione contrattuale.

Il potere direttivo rappresenta «lo strumento tipico di cui il datore di lavoro dispone per amministrare il rapporto di lavoro, ossia il mezzo tecnico attraverso il quale egli esprime la propria razionalità organizzativa adattando la prestazione lavorativa ai mutevoli assetti aziendali» (7).

Inteso – nella sua dimensione tecnica – come potere di impartire ordini e istruzioni, esso implica e presuppone l'ulteriore potere di controllare lo svolgimento dell'attività lavorativa, come «momento ineliminabile dell'organizzazione produttiva», in quanto «indispensabile per valutare la prestazione e per l'eventuale esercizio del potere disciplinare» (8). Il potere di controllo rappresenta «un potere di ingerenza *rafforzato* sull'operato della controparte» (9), volto a congiungere il potere direttivo a quello disciplinare.

A sua volta, il potere di infliggere «pene private» al lavoratore sublima la posizione di autorità del datore di lavoro. Per poterne avvalorare la matrice convenzionale (ripudiando le concezioni organicistiche dell'impresa), occorre evocare la dimensione organizzativa, anzi avocarla alla sfera del

(7) Perulli 2015, 83-84.

(8) Bellavista 1995, 7.

(9) Ingraio 2018, 10.

contratto di lavoro. È in relazione alle esigenze dell'organizzazione datoriale, mediate dal contratto, che si può giustificare l'attribuzione di tale potere: l'infrazione disciplinare è pur sempre qualificabile come inadempimento contrattuale, ma esige «rimedi più sensibili ed efficaci di quelli previsti dal diritto comune», perché in gioco c'è un interesse più ampio e complesso di quello proprio del comune creditore (10).

Si pensi, inoltre, allo *ius variandi* come strumento di modificazione unilaterale della prestazione contrattuale, con riferimento sia al contenuto dell'attività lavorativa, ossia alle mansioni, sia al luogo di esecuzione della stessa. Indubbiamente, tale potere modificativo costituisce «un istituto emblematico della specialità del diritto del lavoro rispetto all'area del diritto civile» (11), dotato di «una valenza non specificativa, ma costitutiva di obblighi nuovi e diversi rispetto a quelli riconducibili al contratto di lavoro e al suo oggetto» (12).

Si tratta, insomma, di una «offesa al principio dell'accordo e al principio del vincolo» (13), ossia alla «forza di legge» del contratto, sancita dall'art. 1372 c.c., dal quale discende – appunto – l'immodificabilità del regolamento contrattuale *ex uno latere*. E tale offesa è sempre stata percepita come necessaria alle esigenze dell'impresa capitalistica: le qualifiche – riconosceva Barassi – «non possono essere compartimenti stagni così da irrigidire l'andamento della produzione» (14).

Il discorso può essere facilmente esteso all'altro profilo contemplato dall'art. 2103 c.c., nel quale – pure – si estrinseca la mobilità del lavoratore all'interno dell'organizzazione produttiva, ossia il trasferimento, inteso come vicenda modificativa del rapporto di lavoro. Come è noto, secondo le regole comuni, il luogo di adempimento dell'obbligazione, vale a dire quello in cui la prestazione deve essere eseguita, deve esser indicato dal titolo oppure deve essere altrimenti determinabile, in base alla natura della prestazione o ad altre circostanze (art. 1182 c.c.). Una volta compiuta tale determinazione, ogni sua variazione deve passare dal consenso di entrambe le parti. Di contro, nel rapporto di lavoro lo spostamento del luogo di lavoro, se avviene all'interno della medesima unità produttiva o – comunque – è

(10) Persiani 1966, 274.

(11) Bini 2016, 234, ma già, fra gli altri, Gargiulo 2008, 46.

(12) Romei 2018, 236.

(13) Roppo 2001, 555.

(14) Barassi 1949, 373. Ancor prima, la giurisprudenza aveva considerato lo *ius variandi* coerente con i «principi generali del più comune buon senso» (C. App. Milano 13.2.1893, in *Monitore dei tribunali*, 1893, 349 ss.).

sorretto dalle «comprovate ragioni» di cui all'art. 2103, comma 8, c.c., è legittimo anche a prescindere dalla volontà del lavoratore, benché esso modifichi le condizioni iniziali dell'accordo.

Un altro esempio (meno considerato) attiene alla facoltà di cedere l'azienda, o anche solo un suo ramo, determinando la cessione dei contratti di lavoro senza bisogno della volontà del contraente ceduto (invece richiesta dall'art. 1406 c.c.), rispetto alla quale il diritto del commercio (art. 2558 c.c.) e il diritto del lavoro (art. 2112 c.c.) convergono nel facilitare la vicenda circolatoria, e – per questo – non tollerano gli impacci derivanti dalla sacralità del consenso.

Dunque, la preesistenza dell'organizzazione fornisce al contratto di lavoro subordinato una torsione «asimmetrica», inoculando quelle dosi di potere che si rendono necessarie al buon funzionamento della singola impresa (in un'ottica microeconomica) e alla razionalità in senso weberiano del mercato capitalistico (in un'ottica macroeconomica).

2. — *La limitazione dei poteri imprenditoriali come questione sociale* — Sociologicamente (o, se si preferisce, sul piano fattuale), il potere è come un gas: si espande fino a quando non trova un contenimento.

Nella sua «nudità» iniziale, la subordinazione del lavoratore provocava un assoggettamento integrale della persona al potere di comando altrui: infatti, senza una delimitazione del tempo di lavoro, un trattamento retributivo minimo, una protezione della salubrità dell'ambiente di lavoro ecc., il lavoro si fa merce e la persona si fa cosa.

Sin dalle origini, il diritto del lavoro ha accompagnato le varie rivoluzioni industriali per renderle socialmente sostenibili (volendo usare un'espressione oggi di gran moda). Inizialmente si trattò di proteggere il *corpo* di mondine, braccianti e carusi, e di tutti i lavoratori che furono protagonisti di quella che la storiografia chiama questione sociale, realizzando una duplice finalità: sottrarre la forza lavoro all'integrale applicazione della legge della domanda e dell'offerta e puntellare l'ordine giuridico del mercato, evitando che lo sfruttamento del lavoro potesse minare l'affermazione di valori primari, come l'integrità della persona, la coesione sociale e, persino, l'ordine pubblico. In un certo senso, si può anche dire che il diritto del lavoro è storicamente servito a salvare il capitalismo dai suoi eccessi (o a rendere il mondo più accettabile, per dirla con Umberto Romagnoli) (15), risparmiandogli una brutta fine.

(15) Romagnoli 1995, 24.

Insomma, il diritto del lavoro, se non è «capitalistico», non è neppure «anticapitalistico» (16), perché non nega certo l'economia di mercato, né sottrae integralmente il lavoro alla legge della domanda e dell'offerta: in questa ambivalenza risiede la sua specialità.

Molto prima che diventasse un ritornello di facile impatto mediatico (grazie al fortunato libro di Erich Fromm del 1976: *To have or to be?*), la dicotomia tra *avere* ed *essere* era stata assunta come chiave di lettura della specialità del diritto del lavoro. Nella «implicazione della persona del lavoratore nel lavoro prestato ad altri», Francesco Santoro Passarelli scolpiva la motivazione della peculiarità del diritto del lavoro rispetto alle altre «discipline giuridiche» e – in particolare – la ragione per la quale esso «si ribella» alla partizione del diritto «nei due rami del diritto pubblico e privato». E proprio questa implicazione consentiva all'insigne giurista di affermare che «tutto il diritto del lavoro è ordinato caratteristicamente a questo fine, alla tutela della libertà, anzi della stessa personalità umana del lavoratore» (17).

Ebbene, la limitazione ai poteri datoriali – a cui lo Statuto dei lavoratori fornirà poi un importante contributo – è indubbiamente ispirata alla tutela dei valori della persona, della sua dignità, che rappresenta una componente essenziale della libertà.

In nome della libertà, nella sua duplice declinazione – individuale e collettiva –, lo Statuto intese mettere in discussione quella quota di potere di cui l'imprenditore dispone non tanto in base al contratto, quanto piuttosto come capo dell'impresa-istituzione, per la soddisfazione del proprio interesse economico (funzionale – nella logica originaria del Libro V – alla prosperità dell'economia nazionale).

Lo Statuto dei lavoratori riconosce la dimensione sociale del luogo di lavoro, facendosi portatore di principi di civiltà giuridica, dai quali l'impresa provava a restare immune, quasi fosse una sorta di zona franca rispetto ai diritti fondamentali. Non è decisivo appurare in quale misura lo stato di subordinazione nasca dal fatto organizzativo o dal contratto, oppure «dal fatto organizzativo innestato su base contrattuale»: ciò che assume rilevanza è «la vischiosità dell'immagine dell'azienda come un minuscolo ordinamento autoconcluso con un proprio legislatore, un proprio giudice, proprie regole di comportamento» (18).

Tutti i diritti fondamentali del lavoratore possono essere letti come diritti di libertà al cospetto delle varie facce del potere imprenditoriale.

(16) Mi riferisco a una recente riflessione di Del Punta (2019, 10).

(17) Santoro Passarelli 1965, 11.

(18) Romagnoli 1979a, 4.

Infatti, essere esposti alla variabilità illimitata di ogni aspetto della prestazione – il tempo, il luogo, le mansioni, il controllo sulla propria attività ecc. – significa subire un deficit di libertà.

In definitiva, compiuta la giuridificazione del potere di comando sul lavoro altrui attraverso l'invenzione del contratto di lavoro, il diritto del lavoro è stato chiamato a somministrare dosi di libertà, certo nella misura storicamente data e storicamente reversibile. Ma è una missione, direi una tensione, a cui esso non può rinunciare.

Con lo Statuto dei lavoratori, «la formale difesa della sfera privata» entrò «per la prima volta nella legislazione italiana» (19), dando una forte spinta a praticare la dimensione cosiddetta orizzontale dei diritti fondamentali, esercitabili non più solo verso lo Stato, ma anche nei rapporti interprivati, dove erano concretamente minacciati dallo (stra)potere altrui.

Come è noto, il «germe» della legge n. 300/1970 nacque per reazione ai casi di discriminazione dei lavoratori per fini politico-sindacali: basti pensare alla celebre vicenda di Battista Santhià (1952).

Ex facto oritur ius: fu allora che si cominciò a discutere della necessità di tutelare i diritti fondamentali «non solo nei confronti della pubblica autorità ma anche nei confronti dei singoli individui, i quali pure possono offenderli» (20).

Orbene, non basta constatare che il diritto del lavoro si propone di contrastare un uso «feudale» dei poteri datoriali. Bisogna chiedersi perché ciò avviene e in che termini è giusto che ciò continui ad avvenire.

Con una battuta si può dire che l'arbitrio, in sé, non è una parolaccia. In altri campi del sapere, anche giuridico, il libero arbitrio è la massima espressione della natura umana.

Quando parliamo di un uso del potere che non deve sconfinare nell'arbitrio non possiamo genericamente invocare un principio di razionalità. La flessibilità – nelle sue varie declinazioni – è del tutto coerente con le esigenze dell'impresa, che ambisce – *fisiologicamente* – a traslare almeno una quota-parte del rischio d'impresa sul fattore lavoro.

Prendiamo, ad esempio, la stabilità del lavoro, tanto irrisa da coloro che la considerano l'anticamera del parassitismo o la negazione dell'efficienza del mercato.

Faccio alcuni esempi. Comprare le lenti a contatto mensili per usarle un solo giorno al mese è un comportamento inefficiente; molto meglio comprare le lenti *one-day*. Al netto delle esigenze di fidelizzazione e formazione

(19) Rodotà 1995, 301.

(20) Cesarini Sforza 1955, 38.

professionale, il lavoratore *one-day* soddisfa un bisogno ancestrale dell'impresa: comprare lavoro solo quando serve.

Oppure, se voglio avere un divano che – alla bisogna – possa anche essere usato per dormire, comprerò un divano letto, piuttosto che un divano e un letto, che sarebbero entrambi sottoutilizzati e più ingombranti. Fuor di metafora, anche il lavoratore polivalente – all'estremo il *factotum* – soddisfa un'esigenza ancestrale dell'impresa, ossia adattare il bene lavoro a qualunque finalità produttiva si presenti all'occorrenza, anche a costo di rinunciare al picco di rendimento garantito dallo specialismo della funzione (posto che, almeno per dormire, il letto è più comodo del divano letto). Il massimo, poi, sarebbe se alla polivalenza funzionale si potesse sommare l'onnivalenza temporale, ossia la disponibilità illimitata nell'arco della giornata: esattamente i due attributi di cui si vantava il Figaro rossiniano.

Insomma, voler ingaggiare e usare il lavoro solo se, quando e come serve non è espressione di un capriccio maligno: è un'esigenza comprensibilissima dal punto di vista economico, ma che il diritto del lavoro contiene in nome di quel principio – la tutela della persona – che lo ispira e lo innerva.

Nel Titolo I dello Statuto, la tutela della persona si articola nel duplice profilo della libertà e dignità del lavoratore, a cui si può ricondurre l'insieme dei limiti ivi costruiti dal legislatore.

I lavoratori sono, innanzitutto, liberi *di* manifestare il proprio pensiero (art. 1), e il datore di lavoro non può sottoporre a indagini ciò che dal pensiero (ovunque manifestato) promana sul piano politico, religioso o sindacale o ciò che – comunque – non attiene all'attitudine professionale del lavoratore (art. 8). Tale libertà è rafforzata dal divieto di atti discriminatori (art. 15), nel tempo esteso a fattori di discriminazione ulteriori rispetto all'originaria versione della norma statutaria.

I lavoratori sono, pure, liberi *da* quella dose del potere di controllo che il legislatore reputa lesiva della loro libertà e dignità, sia pure nel temperamento con le esigenze dell'impresa. Per questa ragione, è sottoposto a limiti il ricorso a guardie giurate (art. 2), personale di vigilanza (art. 3), impianti audiovisivi e altre apparecchiature con finalità di controllo a distanza (art. 4), accertamenti sanitari (art. 5) e visite personali (art. 6), così come lo è – sul piano procedimentale e sostanziale – il potere di sanzionare ciò che il controllo imprenditoriale accerta in termini di illecito disciplinare (art. 7). In particolare, costringere il datore di lavoro a muovere l'accusa nei confronti del lavoratore, prima di sanzionarlo, garantendo a quest'ultimo la facoltà di giustificare il proprio comportamento, «rappresenta uno stru-

mento di protezione della personalità morale del lavoratore» e – dunque – indirettamente della sua dignità (21).

Alla tutela della libertà e dignità del lavoratore fu pure dedicata la norma di chiusura del Titolo I (art. 13), concepita per punire – come fu detto da uno dei suoi più autorevoli commentatori – «il furto della professionalità» (22). Infatti, resosi «consapevole del difetto più vistoso della passata esperienza» (23), il legislatore statutario intese inibire la possibilità che il declassamento fosse legittimamente realizzato mediante il consenso espresso dal lavoratore in un accordo novativo o, addirittura, mediante comportamento concludente.

Sull'alveo dello Statuto è scorso – in cinquanta anni di vita – un imponente fiume di giudizi, analisi, encomi e critiche.

La via più breve per invocarne una revisione è stata quella che ha collegato la legge n. 300/1970 al contesto economico-produttivo in cui essa trovò luce. Da tempo, nel tramonto del fordismo si cercano le ragioni di una pretesa inadeguatezza dello Statuto a fronteggiare il mutamento di quel contesto, nelle sue molteplici componenti. La grande fabbrica, il primato dell'industria, la centralità dell'operaio massa ecc. colorano un affresco storico a cui abitualmente si attinge per spiegare ascesi e declino delle ragioni poste a fondamento della legge.

In verità, nulla hanno di specificamente fordista i valori a cui si ispira il Titolo I dello Statuto. Semplicemente, la linea di demarcazione tra i poteri imprenditoriali e i limiti a presidio della libertà e dignità del lavoro esprime un equilibrio tra le diverse istanze di politica del diritto avvicendatesi nel tempo.

La matrice convenzionale e reversibile di quell'equilibrio è sotto gli occhi di tutti, tant'è che da alcuni anni, nel nostro paese (come altrove), un nuovo *trend* normativo sembra muoversi verso una ri-espansione del dominio imprenditoriale sulle condizioni d'impiego della forza lavoro.

Ciò è avvenuto attraverso una combinazione di tecniche normative: la rimozione pura e semplice di alcuni vincoli; il contenimento della facoltà di valutazione del giudice (con conseguente dilatazione dei margini di discrezionalità datoriale nell'esercizio del potere); la sostituzione del ristoro monetario alla logica rimediabile della *restitutio in integrum* e del danno punitivo; l'affievolimento del regime di nullità dei patti individuali contrari alla norma inderogabile; il ridimensionamento interpreta-

(21) De Simone 2019.

(22) Secondo la vivace espressione di Romagnoli (1979b, 231).

(23) Brollo, Vendramin 2012, 524.

tivo di alcune norme a contenuto aperto o elastico, che vincolano sul piano causale il potere datoriale.

3. — *La «modernizzazione» del diritto del lavoro e il brushing up delle tutele statutarie del Titolo I* — Entrambe le «anime» dello Statuto dei lavoratori – quella promozionale delle prerogative sindacali (la legislazione di sostegno a favore di organizzazioni sindacali considerate maggiormente rappresentative) e quella «costituzionale» (improntata alle tutele delle libertà fondamentali del singolo lavoratore) – sono state investite da profondi cambiamenti.

Sul primo fronte, le vicende referendarie del 1995 relative all'art. 19 hanno innescato «un progressivo affievolimento del confederalismo a vantaggio dell'azionalismo» (24), al quale ha fatto seguito l'indebolimento del ruolo del contratto collettivo nazionale come baricentro del sistema di contrattazione, nella legislazione che va dall'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. n. 148/2011, all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 (è in voga, a tal proposito, il termine «aziendalizzazione»).

Sul secondo fronte, si è concretizzato in due mosse il tanto annunciato attacco all'art. 18: l'una ne ha modificato il testo (legge 28 giugno 2012, n. 92) e l'altra lo ha reso inapplicabile agli assunti da una certa data in poi, sostituendolo con un'altra disciplina (d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23).

Infine, il *trend* della «modernizzazione» ha investito gli artt. 4 e 13, attraverso una profonda revisione del loro testo originario.

Per la verità, il *restyling* di queste ultime due disposizioni non fa che raccogliere un'eredità «culturale» composta da frammenti normativi, interpretazioni giurisprudenziali, tendenze della contrattazione collettiva e prassi amministrative succedutesi nel tempo.

Del resto, la derogabilità degli artt. 4 e 13 St. lav. era stata prevista dall'art. 8, d.l. n. 138/2011, il quale – tra le materie affidate alla potestà regolatoria dei contratti collettivi di prossimità – menziona sia gli «impianti audiovisivi» (unitamente alla «introduzione di nuove tecnologie»), sia le «mansioni del lavoratore», nonché la «classificazione e inquadramento del personale».

Il legislatore del *Jobs Act* interviene direttamente sul contenuto delle due disposizioni, determinandone una incisiva riforma.

Come è noto, il nucleo più rilevante del nuovo art. 4 St. lav. (introdotto dall'art. 23, d.lgs. 14 settembre 2015) è legato all'innovazione «tec-

(24) Carinci F. 2016, 121.

nologica» e risponde all'accusa di obsolescenza più volte mossa all'originario testo della norma.

Pochi ricordano che lo stesso art. 4 rischiò di nascere (o, perlomeno, di diventare subito) vecchio, perché pensato sulla realtà che lo aveva preceduto, ossia l'installazione in fabbrica di telecamere a circuito chiuso con finalità di sorveglianza e controllo sui lavoratori. Il testo dell'art. 4 – come ha poi rivelato Gino Giugni –, in una prima versione circoscritto «all'uso della TV», fu modificato dopo che tre operai della Om di Brescia si recarono «un giorno all'ufficio legislativo del ministero del Lavoro», segnalandogli la questione (25).

Il riferimento alle «altre apparecchiature» è stato lungimirante, perché è «valso ad assicurare capacità di tenuta nel tempo alla medesima disposizione statutaria pur a fronte del sensibile incremento di strumenti, tecniche e possibilità di controllo a distanza dei lavoratori» (26).

Ciò nonostante, esso non è bastato a reggere l'onda d'urto della rivoluzione informatica, che ha diffuso l'utilizzo di dispositivi, quali computer, *smartphone*, *tablet* ecc., divenuti ordinari strumenti di lavoro, ma dotati di una intrinseca capacità di captazione, capillare e pervasiva, di dati inerenti all'esecuzione della prestazione lavorativa, se non addirittura di realizzazioni di vere e proprie «profilature» dei lavoratori, «utilizzabili ai più disparati fini, non sempre palesati dal datore» (27).

Conseguentemente, di fronte a dispositivi come – ad esempio – il braccialetto elettronico *wireless* o i cappellini e i giubbotti in grado di registrare finanche le reazioni nervose del lavoratore, insieme alla tutela della dignità e riservatezza del lavoratore, si pone addirittura un problema di tutela della sua integrità psico-fisica, per il quale vengono in rilievo limiti esterni allo stesso art. 4 St. lav., quali quelli desumibili dall'art. 2087 c.c. e, in ogni caso, dall'art. 41, comma 2, Cost.

Ne sanno qualcosa gli autisti *freelance* dell'ultimo film di Ken Loach (*Sorry We Missed You*): formalmente imprenditori di sé stessi, ma in realtà spietatamente controllati e diretti da congegni informatici che si impadroniscono del loro tempo.

Possiamo considerare inevitabile l'esclusione – sancita dal novello legislatore – degli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e di registrazione di accessi e presenze dai vincoli causali e procedurali delineati dalla norma. Si tratta, infatti, di dotazioni funzionali

(25) Giugni 1977, 102.

(26) Balletti 2016, 38.

(27) Trojsi 2016, 2. Sul tema, vd. anche Ziccardi 2016 e Nuzzo 2018.

all'adempimento della prestazione lavorativa, per le quali il filtro autorizzatorio è apparso – in concreto – una inutile pedanteria.

Il punto è che gli strumenti di lavoro (e, a volte, persino quelli di rilevazione delle presenze) spesso si rivelano «polifunzionali», consentendo forme di controllo sull'attività dei lavoratori. In tal caso, preoccupa la sanita utilizzabilità «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» delle informazioni raccolte. Entrambe le condizioni richieste dalla norma – l'adeguata informazione al lavoratore circa le modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e il rispetto del Codice della *privacy* (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) – sfuggono al controllo sindacale/amministrativo, come pure al consenso del singolo lavoratore.

Sembra, dunque, emergere «una regola di grande impatto che [...] amplia in maniera considerevole i poteri del datore di lavoro di conoscere e utilizzare i dati registrati dal dispositivo» (28).

Nell'economia del presente lavoro, non è possibile affrontare i tanti nodi interpretativi posti dalla novella legislativa, a cominciare dall'assenza di una «nozione ontologica» di strumenti di lavoro (29). Certo è che, sul piano metodologico, «tale previsione dovrà essere interpretata in modo alquanto rigoroso, trattandosi appunto di norma eccezionale, onde non determinare effetti arbitrari e irragionevoli» (30).

Ciò che più conta è comprendere se attraverso gli strumenti di lavoro o di registrazione di accessi/presenze si possa (legittimamente) esercitare un controllo sull'adempimento della prestazione lavorativa e – conseguentemente – raccogliere e utilizzare in tal senso le informazioni che essi sono in grado di captare e consegnare al datore di lavoro, ferma restando l'utilizzabilità (certamente ammessa) delle informazioni raccolte al fine di prevenire un «impiego scorretto e abusivo» di tali strumenti, perché lesivo delle modalità d'uso di cui il lavoratore è stato adeguatamente informato (31).

La presunta portata «liberalizzatrice» della norma verrebbe notevolmente mitigata se fosse accolta la tesi (niente affatto unanime) secondo cui l'uso di simili strumenti, per quanto oggi slegato dal vincolo autorizzatorio di natura procedurale, non sia sottratto a «un vincolo di scopo, che è quello che giustifica la deroga stessa, ovvero proprio l'essere stru-

(28) Alvino 2016, 28. La considerazione è condivisa da Carinci M.T. (2016, 13), secondo cui «è evidente che la prescrizione – specie se letta in connessione all'esenzione dall'autorizzazione degli “strumenti di lavoro” – determina un allargamento del potere di controllo datoriale».

(29) Marazza 2016, 10, nonché Zoli 2016, 3.

(30) Arbore 2016, 162.

(31) Pinto 2017, 149.

mento (non di controllo, ma) di lavoro o di registrazione di accessi e presenze». Ciò – innanzitutto – per ragioni di coerenza sistematica con gli artt. 2 e 3 dello Statuto (da cui si ricava il divieto di controlli impersonali e occulti sui lavoratori), nonché con il primo comma dello stesso art. 4 (da cui continua a evincersi, sia pure indirettamente, un divieto di controllo a distanza sull'attività lavorativa), oltre che con la normativa – nel variegato intreccio tra le fonti che la compongono – in materia di *privacy* (che consente la raccolta dei dati solo per scopi legittimi) (32).

Di un ampliamento dei poteri datoriali (e, conseguentemente, dell'area del debito della prestazione lavorativa) si può parlare a proposito della nuova disciplina del mutamento di mansioni, per quanto anch'essa si sia mossa nella scia di un *trend* legislativo e giurisprudenziale almeno in parte anticipatore delle soluzioni accolte dall'art. 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (33).

Il novello legislatore innanzitutto riformula la stessa nozione di mobilità orizzontale, sostituendo l'equivalenza professionale con il nuovo limite legale rappresentato dall'appartenenza «allo stesso livello e categoria legale di inquadramento». In tal modo, nel conferire «maggiori certezze nella gestione dei rapporti di lavoro» (34), la norma consegna pure al datore di lavoro ben più ampi margini di flessibilità gestionale, soprattutto di fronte a un sistema di classificazione professionale «a banda larga», come quello accolto in alcuni contratti collettivi nazionali (35).

È poi legittimato il demansionamento (circoscritto nell'ambito della medesima categoria legale, senza effetti sull'inquadramento e sul trattamento retributivo in godimento) nell'ambigua ipotesi di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore. Qui, sul piano interpretativo, affiora il rischio di una torsione «tautologica»: in fondo, l'adibizione di uno o più lavoratori a mansioni diverse implica sempre una sorta di modifica degli assetti organizzativi e, dunque, la causa potrebbe trasformarsi nell'effetto (36).

(32) È la tesi che occupa la monografia di Nuzzo (2018; la citazione è tratta da p. 109). Efficaci argomentazioni in tal senso erano state già ampiamente esposte da Barbieri (2017).

(33) Sul punto, vd. Leone 2015, 1104-1106.

(34) Paolitto 2015, 163.

(35) Ferrante (2017, 35), il quale menziona l'esempio del capotreno adibito a mansioni di ufficiale di macchina nei collegamenti tramite *ferry boat* con le isole.

(36) Paventa questo rischio Ferrante (2017, 40). Anche secondo Liso (2015, 11) «la stessa modifica delle mansioni può di per sé integrare una modifica di assetti organizzativi».

Pur volendo escludere questa lettura estrema, appare evidente come tale previsione allontani definitivamente l'adibizione a mansioni inferiori dalla sua necessaria configurazione in termini di *extrema ratio*, ossia di «male minore» rispetto alla perdita del posto di lavoro.

Anche il riferimento normativo a un obbligo formativo quale corollario dell'adibizione a mansioni diverse (in senso orizzontale o *in peius*) risulta meno «acquisitivo» di come possa apparire. Infatti, da un lato, si adombra l'eventualità che la formazione possa non essere necessaria (secondo una valutazione, in prima battuta, rimessa allo stesso datore di lavoro) e, dall'altro, ci si limita a sancire cosa non accade se l'obbligo viene violato, disponendo che non vi sia la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

Posto che questa è «l'unica cosa certa» (37), si potrebbe addirittura pensare a «un precetto privo di sanzione, e come tale, appunto, di dubbia rilevanza giuridica» (38), anche se non manca lo sforzo di immaginare conseguenze quali il risarcimento del danno, l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento (almeno in casi estremi), l'attenuazione dell'obbligo di diligenza professionale del lavoratore (ai fini della rilevanza di un'eventuale imperizia nell'adempimento dei suoi obblighi contrattuali), la configurabilità di una giusta causa di dimissioni.

Se poi si guarda al rinvio operato nei confronti dell'autonomia collettiva in merito alla possibilità di individuare ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori (con lo stesso raggio d'azione di cui sopra), ci si accorge della portata innovativa della norma, non solo per la piena fungibilità (ormai sancita dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015) tra contratti collettivi di qualsiasi livello.

Nel merito, infatti, la delega all'autonomia collettiva non è ancorata ad alcun presupposto causale (come era, invece, nell'art. 4, comma 11, l. 23 luglio 1991, n. 223): quindi, è ammessa qualsiasi ipotesi, aggiuntiva rispetto a quella che giustifica l'adibizione a mansioni inferiori mediante *ius variandi* o accordo individuale. Pertanto, la contrattazione collettiva – senza più timori e «imbarazzi» – potrà valorizzare le esigenze di flessibilità organizzativa dell'impresa, dando solidità agli esperimenti negoziali sin qui praticati nell'incertezza interpretativa di un dato normativo rimasto intatto per più di quaranta anni.

(37) Amendola 2015, 514.

(38) Mariani 2016, 96. Secondo Gargiulo (2015, 628), «la carenza di sanzione annulla di fatto l'efficacia della parte precettiva della disposizione: un "obbligo" che non sia sanzionato finisce per non essere un obbligo».

Indubbiamente, la parte più dirompente della norma è quella che contempla la possibilità di declassamento «completo» (che include la categoria legale, il livello di inquadramento e la relativa retribuzione), per effetto di un accordo individuale sottoscritto innanzi a sedi «protette» e motivato da un «interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita».

Per garantire la fattiva operatività di un vincolo di natura teleologica (il perseguimento delle finalità testé indicate) bisogna considerare giudizialmente sindacabile il patto – benché concluso secondo la procedura voluta dalla norma – sul piano della sussistenza della motivazione perseguita dal lavoratore. Ma se si esclude l'interesse alla conservazione del posto di lavoro, le altre due motivazioni presentano una implicazione difficilmente valutabile sul piano oggettivo: si dovrà provare a considerare l'interesse perseguito attraverso il patto assistito di demansionamento come «particolare requisito integrativo della causa contrattuale intesa in senso concreto» (39).

Infine, anche nell'ambito della mobilità verso l'alto l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, incide sulle garanzie del lavoratore, ampliando i margini di manovra dell'autonomia privata (collettiva e individuale).

In primo luogo, il limite legale massimo, superato il quale tale assegnazione diviene definitiva, oltre a essere stato prolungato da tre a sei mesi continuativi, è reso pienamente derogabile da parte dei contratti collettivi, individuabili sempre grazie al rinvio contenuto nell'art. 51 del medesimo decreto.

La norma ora ha valenza meramente suppletiva in quanto l'autonomia collettiva può sostituire al termine legale un qualsiasi altro termine pattizio, inferiore ma anche superiore. La scomparsa di un tetto legale invalicabile *in peius* colloca la norma fuori dello schema del *favor*: la contrattazione collettiva può liberamente sostituirsi alla legge nella determinazione del livello di protezione del lavoratore.

L'altro aspetto su cui l'autonomia privata (questa volta a livello individuale) può inibire l'operatività della tutela legale attiene al superamento del predetto limite: oggi il legislatore prevede espressamente che il lavoratore possa evitare che l'assegnazione a mansioni superiori diventi definitiva. Si badi: non si tratta del rifiuto di essere assegnato a (e, quindi, di svolgere) tali mansioni, bensì della mancata accettazione di uno degli

(39) Perrone 2019, 509.

effetti legali che ne conseguono (oltre al temporaneo adeguamento del trattamento economico).

Non vi è dubbio che la reversibilità dell'adibizione a mansioni superiori anche oltre il limite prestabilito rappresenti un evidente vantaggio per il datore di lavoro in termini di flessibilità gestionale e organizzativa.

Per di più, la rinuncia a conseguire la promozione a seguito dell'avvenuto svolgimento di mansioni superiori per il periodo predeterminato costituisce un atto di disposizione di un diritto già entrato nel patrimonio del lavoratore. Ci si sarebbe aspettati, quindi, un esplicito richiamo al regime di cui all'art. 2113, ultimo comma, c.c., che condiziona la validità delle rinunzie e transazioni alla presenza (*rectius*: assistenza) dei soggetti ivi indicati.

Non è certo che il silenzio del legislatore, evidentemente poco sensibile al rischio che la volontà abdicativa del lavoratore subisca condizionamenti, possa essere colmato in via interpretativa (40): si potrebbe sostenere, infatti, che la disposizione in esame configuri quello alla promozione «come un diritto disponibile» (41).

Non si dimentichi – e valga come considerazione finale – che tutte le modifiche normative sin qui brevemente richiamate, nella logica del *Jobs Act*, convivono con la decrescente tutela in materia di licenziamenti (individuali e collettivi).

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2016), *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, vol. 2, n. 1.
- Amendola F. (2015), *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, in *Diritti Lavori Mercati*, 489 ss.
- Arbore A. (2016), *La nuova disciplina dei controlli ex art. 4 St. lav.*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Semplificazioni sanzioni ispezioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 157 ss.
- Balletti E. (2016), *I controlli a distanza dei lavoratori dopo il Jobs Act*, in Santoni F. et al. (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, 37 ss.
- Balzarini R. (1955), *Relazione*, in *Atti del Convegno su La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, 20-21 novembre 1954, Giuffrè, Milano, 4 ss.
- Barassi L. (1949), *Il diritto del lavoro. I. Le fonti. Il rapporto di lavoro. Le qualifiche*, Giuffrè, Milano.

(40) In senso affermativo, vd. Saracino 2016, 194.

(41) Zoli 2015, 352, nonché Faioli 2018, 121.

- Barbieri M. (2017), *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 183 ss.
- Bellavista A. (1995), *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino.
- Bini S. (2016), *Contributo allo studio del demansionamento del lavoratore in Italia*, in *DRI*, 211 ss.
- Branca G. (1982), *Politica legislativa e riforma in materia familiare*, in *Raccolta di scritti di colleghi della Facoltà giuridica romana e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Giuffrè, Milano.
- Brollo M., Vendramin M. (2012), *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e ius variandi. Mansioni, qualifiche, ius variandi*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, I, Cedam, Padova, 512 ss.
- Carinci F. (2016), *Licenziamento e tutele differenziate*, in Mazzotta O. (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 119 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il «Jobs Act» (art. 23, d.lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *LLI*, vol. 2, n. 1.
- Cesarini Sforza W. (1955), *Relazione*, in *Atti del Convegno su La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, 20-21 novembre 1954, Giuffrè, Milano, 34 ss.
- Dahrendorf R. (1967), *Sociologia dell'industria e dell'azienda*, Jaca Book, Milano.
- De Simone G. (2019), *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, in <https://www.aidlass.it/giornate-di-studio-aidlass-2019-relazione-prof-ssa-gisella-de-simone/>.
- Del Punta R. (2019), *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*.
- Faioli M. (2018), *Mansioni e macchina intelligente*, Giappichelli, Torino.
- Ferrante V. (2017), *Dal contratto al mercato. Evoluzioni recenti del diritto del lavoro alla luce del Jobs Act*, Giappichelli, Torino.
- Gargiulo U. (2008), *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, Soveria Mannelli.
- Gargiulo U. (2015), *Lo ius variandi nel «nuovo» art. 2103 cod. civ.*, in *RGL*, I, 619 ss.
- Giugni G. (1977), *Conclusioni*, in Aa.Vv., *Lo Statuto dei lavoratori: un bilancio politico. Nuove prospettive del diritto del lavoro e della democrazia industriale*, De Donato, Bari, 101 ss.
- Ingrao A. (2018), *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari.
- Leone G. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni: il sacrificio della professionalità «a misura d'uomo»*, in *LG*, 1101 ss.
- Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Giuffrè, 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.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 300.

- Mariani M. (2016), *Il nuovo ius variandi*, in Mazzotta O. (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 89 ss.
- Nuzzo V. (2018), *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Paolitto L. (2015), *La nuova nozione di equivalenza delle mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, Cacucci, Bari, 155 ss.
- Passaniti P. (2006), *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, Milano.
- Perrone F. (2019), *L'«interesse» del lavoratore nel nuovo art. 2013 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio*, in *RGL*, I, 493 ss.
- Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.
- Perulli A. (2015), *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, I, 83 ss.
- Pinto V. (2017), *I controlli «difensivi» del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 139 ss.
- Rodotà S. (1995), *Le libertà e i diritti*, in Romanelli R. (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Donzelli, Roma.
- Romagnoli U. (1979a), *Sub art. 1*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-13. Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A., Branca G., Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, II ed., 1 ss.
- Romagnoli U. (1979b), *Sub art. 13*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-13. Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A., Branca G., Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, II ed., 217 ss.
- Romagnoli U. (1995), *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, Bologna.
- Romei R. (2018), *La modifica unilaterale delle mansioni*, in *RIDL*, I, 233 ss.
- Roppo V. (2001), *Il contratto*, Giuffrè, Milano.
- Santoro Passarelli F. (1953), *Il governo della famiglia*, in *Iustitia*, V, 377 ss., ora in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 399 ss.
- Santoro Passarelli F. (1965), *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- Saracino M. (2016), *Le mansioni superiori*, in Ghera E., Garofalo D., *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, Cacucci, Bari, 187 ss.
- Trojsi A. (2016), *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, in *VTDL*, vol. 4, 667 ss.
- Ziccardi G. (2016), *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *LLI*, vol. 2, n. 1, 46 ss.
- Zoli C. (2015), *La disciplina delle mansioni*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 333 ss.
- Zoli C. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, in *VTDL*, n. 4, 635 ss.

ABSTRACT

Ricostruite le premesse fondative del concetto di lavoro subordinato, quale strumento giuridico funzionale al governo del lavoro nell'organizzazione d'impresa, il saggio si sofferma sulla limitazione dei poteri imprenditoriali realizzata dallo Statuto dei lavoratori a tutela della libertà e dignità del lavoratore e sulle recenti modifiche legislative introdotte dal cosiddetto Jobs Act.

WORKERS' STATUTE, EMPLOYER POWERS AND WORKER PROTECTION

Once having reconstructed the founding premises of the concept of subordinate work, as a legal instrument functional to the governance of work in business organization, the essay focuses on the limitation of entrepreneurial powers created by the Workers' Statute to protect worker freedom and dignity and on recent legislative changes introduced by the so-called Jobs Act.

Marco Barbieri (*)

**STATUTO E TUTELE CONTRO I LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI.
EROSIONE E NECESSITÀ DELLA REINTEGRAZIONE**

SOMMARIO: 1. Statuto dei lavoratori ed effettività della tutela. — 2. Le oscillazioni concettuali della giurisprudenza costituzionale prima della sentenza n. 194/2018. — 3. La fase dell'erosione delle tutele: il tramonto della tutela in forma specifica tra legge Fornero e *Jobs Act*. — 4. C'è una inversione di tendenza? Il licenziamento illegittimo nel cd. decreto Dignità e nella sentenza costituzionale n. 194/2018. — 5. L'oscillazione della tutela tra risarcimento e sanzione. — 6. Il licenziamento illegittimo tra tutela civile e disciplina speciale. La necessità giuridica della tutela in forma specifica.

1. — *Statuto dei lavoratori ed effettività della tutela* — Quando fu approvata la l. n. 604/1966, il sistema sanzionatorio prevedeva una tutela assai minore di quella che l'applicazione dei principi civilistici avrebbe comportato: una volta stabilito che il licenziamento potesse aver luogo solo per giusta causa o giustificato motivo (art. 1), il legislatore si limitò a riprendere all'art. 8 i contenuti dell'Accordo interconfederale sui licenziamenti individuali del 29 aprile 1965 (1), che prevedeva una penale da cinque a dodici mensilità (2) per il caso di licenziamento ingiustificato, sia pure qualificando la somma dovuta come indennità e specificandone

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

(1) Erede degli Accordi 7 agosto 1947 e 18 ottobre 1950 (quest'ultimo recepito nel d.P.R. 14 luglio 1960, n. 1011, dichiarato incostituzionale, con sentenza 26.5.1966, n. 50, per la parte in cui disciplinava l'intervento di conciliazione delle organizzazioni di categoria), ma più ampio nelle tutele (la penale nel 1950 era da cinque a otto mensilità, dimezzata per le aziende da trentasei a ottanta dipendenti, ma raddoppiabile in caso di licenziamento in tronco che il Collegio di conciliazione e arbitrato ritenesse dovuto a ragioni non valide), anche perché Confindustria sperava di bloccare l'elaborazione del d.d.l.

(2) Otto mensilità massime per chi avesse anzianità inferiore a trenta mesi o quattordici per chi avesse anzianità superiore a venti anni e dimezzamento per le imprese che occupassero sino a sessanta lavoratori.

la funzione di risarcimento del danno (3). La conseguenza di questa scelta era ritenere il licenziamento ingiustificato comunque idoneo a risolvere il rapporto. Faceva eccezione il licenziamento discriminatorio, fulminato di nullità.

Quando si discusse lo Statuto, la relazione al d.d.l. Brodolini propose la reintegrazione nel posto di lavoro affermando che «molto frequentemente il datore di lavoro preferisce non riammettere il lavoratore, con il solo onere rappresentato di corrispondergli a titolo risarcitorio quanto dovutogli in virtù del rapporto di lavoro». La previsione della «effettiva reintegrazione» era dunque «una innovazione di grande importanza, perché con essa il diritto del lavoro italiano supera le strozzature costituite da un'applicazione rigida e ortodossa del principio dell'incoercibilità delle prestazioni di fare in forma specifica» (4).

Fu in sede di Commissione senatoriale che emerse l'idea di superare in ogni caso, non solo per i licenziamenti di sindacalisti, la monetizzazione del licenziamento ingiustificato (5), ritenendo che «soltanto mantenendo il provvedimento che stabilisce sempre la reintegrazione del lavoratore [...] si attua un'effettiva tutela del posto di lavoro» (6).

Fu dunque in nome dell'effettività della tutela (7) che il Senato approvò (8) l'emendamento governativo che divenne il testo originario dell'art. 18 St. lav.

Da questo punto di vista – al di là delle circostanze che ne sollecitarono l'approvazione (la convocazione del referendum estensivo dell'art. 18 alle imprese minori) e della singolare maggioranza politica che la sostenne –, quando nel 1990 venne approvata la l. n. 108, l'indennità sostitutiva della reintegrazione, prevista nel nuovo quinto comma, se dal punto di vista pratico intendeva scoraggiare comportamenti processuali dilatori del datore di lavoro che di fatto vanificavano la condanna alla reintegrazione se il lavoratore avesse reperito un'altra occupazione, dal punto di vista sistematico chiariva che i beni della vita tutelati nell'art. 18 erano due: le retribuzioni perse a opera del recesso illegittimo e la sussistenza stessa, nella sua proiezione futura, del rapporto di lavoro (il posto), la cui tutela in forma speci-

(3) Che si trattasse di una penale, come nelle previsioni dell'art. 11 dell'Accordo interconfederale del 1965, derivava dalla previsione di un minimo e un massimo: vd. Pera 1980, 155.

(4) Relazione al d.d.l. n. 738, in Senato della Repubblica 1974, 55 ss.

(5) Relazione del sen. Bermani 27.11.1969, in Senato della Repubblica 1974, 308.

(6) Seduta del 9.12.1969.

(7) Che è dunque un principio fondante, diversamente da quanto affermato da Razzolini (2017, 449). Una bella recente rivisitazione in Tullini 2016.

(8) Seduta pomeridiana dell'11.12.1969.

fica era rimessa alla volontà del soggetto interessato, ma il cui valore per equivalente era forfettizzato dal legislatore.

Si ponevano così le basi legislative per una interpretazione che troverà molti anni dopo la più matura espressione nella bellissima sentenza della Cassazione 18.6.2012, n. 9966, passata quasi inosservata nella dottrina lavoristica (9), nella quale si affermava che «reintegrare» significa «restituire in integro»: cioè riportare nella condizione di pienezza del diritto leso, comprensiva di tutti i profili, tanto economici che non economici», e che il lavoratore ha diritto, non solo a percepire la retribuzione, ma anche a lavorare. La Cassazione fondava questo concetto sui principi costituzionali, nel senso che il lavoro «non è solo strumento di sostentamento economico, ma è anche strumento di accrescimento della professionalità e di affermazione della propria identità a livello individuale e nel contesto sociale» (10).

Emergeva dunque nella giurisprudenza di legittimità la qualificabilità della tutela in forma specifica come regola ordinamentale (11), indipendentemente dall'impossibilità o difficoltà di attuarla nella fase esecutiva (12); peraltro, l'impossibilità materiale dell'esecuzione forzata non esisteva e non esiste nella reintegrazione, essendo l'ordine del giudice almeno parzialmente suscettibile di esecuzione forzata (13); a parte poi la possibilità di ricorrere a mezzi di coercizione indiretta, prevista dal 2009 dall'art. 614-*bis*

(9) Ma non in quella processualistica: vd. la nota di De Santis 2013, 117-121, nonché il riferimento di Pagni 2016, 403, nota 40.

(10) Il riferimento di questo ragionamento è stato la sentenza delle Sezioni Unite 10.1.2006, n. 141, nella quale si era già affermato che «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto a una somma. Da ciò la necessità [...] di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica». Non è corretto affermare si tratti di una «posizione isolata» (Razzolini 2017, 453), invocando la giurisprudenza costituzionale (si vedrà molto oscillante) e ancor meno quella della Corte di Giustizia, fondata su un quadro testuale e assiologico del tutto differente da quello costituzionale.

(11) Ho sinteticamente argomentato questa ricostruzione già in Barbieri 2013, 11-16. Per Dalfino (2006, 708 s.), «affinché il processo serva all'attuazione dei diritti e non semplicemente al mantenimento o al ristabilimento della pace tra i concittadini [...] la forma generale di tutela non può che essere quella che attribuisca, a chi è costretto a servirsi del processo, il bene della vita che alla stregua del diritto sostanziale aveva diritto di ottenere [...] mentre la tutela risarcitoria (o obbligatoria) deve essere relegata ai casi in cui sia praticamente impossibile o eccessivamente oneroso attuare quella specifica (o reale). Il rapporto tra le due forme di tutela va impostato, quindi, in termini di regola-eccezione».

(12) Ancora Cass. 10.1.2006, n. 141, S.U.

(13) Barbieri *et al.* 2004; de Angelis 2008, 50-53; Cannati 2012.

c.p.c. (14), ma non per le controversie di lavoro, con previsione «palesamente incostituzionale» (15).

2. — *Le oscillazioni concettuali della giurisprudenza costituzionale prima della sentenza n. 194/2018* — Meno limpida è stata, nel tempo, la posizione della giurisprudenza costituzionale.

Sin dal 1965 (16), la Corte osservò, in una sentenza di rigetto sull'art. 2118 c.c., che l'art. 4 Cost. «esige che il legislatore [...] adegui [...] la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia *erga omnes*, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione e applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti» (17).

Il bilanciamento di interessi – si badi: non in materia di limitazione del potere unilaterale di recesso del datore (18), ma di sanzioni contro il licenziamento illegittimo – venne affrontato espressamente, con la sentenza n. 181/1989, in relazione all'art. 4 Cost.: in quel caso la Corte ha ritenuto che fosse ragionevole sacrificare la tutela, non computando gli apprendisti ai fini dei limiti dimensionali per l'applicazione delle tutele contro i licenziamenti illegittimi, per incentivare l'apprendistato.

In altra forma, la questione era emersa nella giurisprudenza costituzionale che aveva scrutinato le scelte del legislatore a proposito del campo di applicazione delle tutele predisposte dalla l. n. 604/1966 e poi dallo Statuto dei lavoratori, ritenendo che «la diversificazione, per determinati effetti, a seconda delle dimensioni, maggiori o minori, che il datore di lavoro imprime alla organizzazione della sua attività è un dato aderente alla

(14) Già auspicata da Pagni (2004, 89) proprio per il licenziamento illegittimo.

(15) Proto Pisani 2010, 265. *Adde*: de Angelis 2011, 19-20; Dalfino 2010, 447-449; Cester 2017, 829 s.

(16) C. cost. 9.6.1965, n. 45.

(17) Il collegamento tra modifica dell'art. 2118 c.c. e art. 4 Cost. è stato ribadito poi nelle sentenze: 26.5.1966, n. 50; 28.12.1970, n. 194; 8.1.1986, n. 2; 12.4.1989, n. 181; 6.2.2003, n. 41; 8.11.2018, n. 194.

(18) Come era accaduto nella valutazione della legittimità costituzionale della recezione dell'accordo interconfederale, a proposito dell'arbitrato di equità, con la sentenza 26.5.1966, n. 50, dove si parla di «contemperamento del buon andamento dell'azienda e della sorte del lavoratore».

realtà economica, di comune esperienza», dal quale si poteva legittimamente ricavare una differenziazione di tutele per i dipendenti. Ciò in quanto «non è solo e non tanto il criterio della diretta fiducia che vale a qualificare il rapporto nell'ipotesi di un numero inferiore di dipendenti, quanto il criterio economico suggerito per regolare gli interessi delle aziende aventi un minor numero di dipendenti, pur senza trascurare gli interessi dei lavoratori» (19).

In seguito, la giurisprudenza costituzionale ha articolato meglio le ragioni della differenziazione delle tutele, trovando «il fondamento della disciplina differenziata [...] anche e soprattutto nell'esigenza di salvaguardare la funzionalità delle unità produttive intese quali articolazioni di una più complessa organizzazione imprenditoriale, fornite di autonomia dai punti di vista economico-strutturale e funzionale, nonché del risultato produttivo, e in specie di quelle con un minor numero di dipendenti nelle quali la reintegrazione nel medesimo ambiente del dipendente licenziato avrebbe potuto determinare il verificarsi di una tensione nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro» (20). E tuttavia, la stessa giurisprudenza ha notato come non si possa escludere l'applicazione della tutela reale anche ai dipendenti delle imprese minori (21).

Spesso, invece, la giurisprudenza costituzionale si è trincerata dietro la «discrezionalità del legislatore» (22) per coonestare una gradualità di applicazione del diritto al lavoro argomentata solo con il progresso che si realizzava rispetto alla libera recedibilità.

Un salto negativo in questo *self restraint* si ebbe con la sentenza n. 46/2000, in cui, ammettendo un referendum abrogativo dell'art. 18 St. lav., la Corte negò «che la disposizione che si intende sottoporre a consultazione, per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi [...] la garanzia del diritto al lavoro [...] risulta ricondotta [...] al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento»: si abbandonava così il terreno degli interessi e delle ragioni che avrebbero potuto portare alla legittima differenziazione delle tutele, ritenendo sufficiente alla garanzia del diritto al lavoro la motivazione del licenzia-

(19) C. cost. 14.4.1969, n. 81.

(20) C. cost. 14.1.1986, n. 2, che richiama C. cost. n. 55/1974, n. 152/1975 e n. 189/1975. Vd. anche C. cost. 23.2.1996, n. 44.

(21) C. cost. 23.11.1994, n. 398; C. cost. 23.4.1998, n. 143.

(22) A partire da C. cost. 28.12.1970, n. 194; vd. poi C. cost. 8.7.1975, n. 189; 26.5.1976, n. 129; 14.1.1986, n. 2; 7.2.2000, n. 46; 27.1.2017, n. 26.

mento. Scompare così dall'argomentazione della Corte, in questa infelice sentenza, il riferimento alla necessità costituzionale dell'effettività della tutela, che era stata la finalità del legislatore dello Statuto e il presupposto della giurisprudenza della stessa Corte sulla non specialità e la forza espansiva dell'art. 18 (23).

3. — *La fase dell'erosione delle tutele: il tramonto della tutela in forma specifica tra legge Fornero e Jobs Act* — Proprio quando l'assetto raggiunto sembra giuridicamente stabilizzarsi, in dottrina e in politica il tema delle tutele contro il licenziamento illegittimo diventa oggetto di scontri accessissimi.

Al referendum abrogativo del 2000 succede quello estensivo del 2003, entrambi privi di *quorum*, e quello ancora estensivo dichiarato inammissibile nel 2017 (24).

In dottrina, almeno due orientamenti differenti (25) hanno operato per l'erosione prima (26) e il superamento poi della tutela in forma specifica.

Il primo, che si espresse nel *Libro bianco* del ministero del Lavoro del 2001 (27), si riferì al panorama delle tutele esistenti in altri paesi (28) per propugnare una revisione della legislazione nell'idea che «alla nozione di sicurezza data dall'inamovibilità del singolo rispetto al proprio posto di lavoro occorr[esse] sostituire un concetto di sicurezza conferito dalla possibilità di scelta effettiva nel mercato del lavoro» (29).

Queste idee sfociarono nel d.d.l. Senato n. 848, che all'art. 10 prevedeva una delega al Governo «sperimentale» per introdurre il risarcimento al posto della reintegrazione (salvo che in alcuni casi, quali discriminazione, matrimonio, maternità e malattia), al quale seguirono vaste reazioni, che culminarono il 23 marzo 2002 nella maggiore manifestazione popolare della storia nazionale e nello stralcio dal d.d.l. della parte sui licenziamenti.

(23) C. cost. 22.1.1987, n. 17, che richiama la precedente C. cost. 30.11.1982, n. 204, cui *adde* C. cost. 24.3.1988, n. 338, ord.

(24) C. cost. 27.1.2017, n. 26. La migliore ricostruzione di questa vicenda è in Ballestrero 2017, 495 ss.

(25) Pur se accomunabili sotto il profilo che Mariucci (2020, 2) ha chiamato «giuslavorismo liberista».

(26) L'espressione in Ballestrero 2016, 794.

(27) Opera di un gruppo di lavoro coordinato da Sacconi e Biagi, cui hanno partecipato Dell'Aringa, Forlani, Reboani e Sestito.

(28) Per la cui effettiva disciplina vd. Santagata 2012, 543-564, e *Id.* 2013, 101-142, nonché Pedrazzoli (a cura di) 2014.

(29) Ministero del Lavoro, *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, 63.

L'altra linea contraria alla tutela in forma specifica ripete dall'impostazione di *Law and Economics* la tesi dell'*efficient breach of contract*, per sostenere che la violazione del vincolo di giustificazione del licenziamento debba essere consentito a un costo prevedibile per il datore di lavoro (30).

Il primo approccio prevalse nella l. n. 92/2012, che ha scomposto le tutele nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. in quattro, di cui due a contenuto puramente patrimoniale: la reintegrazione di cui sinora si è parlato e la cd. reintegrazione attenuata, che vera reintegrazione non è, appunto perché non ripristina la situazione precedente, bensì, pur tutelando l'esistenza del rapporto, limita il risarcimento, in palese violazione del «principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione» (31). Non è questa la sede per riprendere l'amplissima discussione dottrinale e gli sviluppi giurisprudenziali che si sono prodotti (32).

Due anni dopo, la legge delega n. 183/2014, all'art. 1, c. 7, al dichiarato scopo di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione», ha previsto, alla lett. c, per i nuovi assunti, la sostituzione della tutela in forma specifica – se non per i licenziamenti nulli e discriminatori e specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare – con «un indennizzo certo e crescente con l'anzianità di servizio». Si faceva così un passo verso la tesi della prevedibilità del costo, anche se non si giungeva al superamento della giustificazione del licenziamento. In effetti, con il d.lgs. n. 23/2015, la reintegrazione è diventata marginale, mentre prevale la tutela indennitaria, centrata su un indennizzo miserabile nell'entità, dipendente unicamente dall'anzianità di servizio (e destinato a ridursi per effetto dell'indubbia convenienza del lavoratore ad accontentarsi dell'offerta conciliativa – praticamente non di molto inferiore – *ex art. 6*).

Quello che i due orientamenti *anti-labour* condividono è l'ideologia economica: l'idea che la flessibilità in uscita avvantaggi l'occupazione; e siccome è difficile estendere il potere di licenziare oltre quanto già abbia fatto in questi anni la giurisprudenza, soprattutto in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma anche di licenziamento disciplinare o di

(30) Il più coerente sostenitore, da molti anni, è Ichino. Si vd. almeno i *pamphlet* Ichino (1996, 90-102), in cui il *firing cost*, inteso come costo che il datore è disposto a pagare per liberarsi del rapporto, assorbe integralmente la giustificazione del recesso, e *Id.* 2015. Sull'approccio di *Law and Economics* vd. la ricostruzione critica di Denozza (2002).

(31) C. cost. 28.6.1985, n. 190 – Est. Andrioli.

(32) Vd. Barbieri 2013, ove riferimenti.

licenziamento discriminatorio (33), la soluzione è stata rendere meno punito (quasi impunito) il licenziamento illegittimo.

Tuttavia, l'adesione a questa ideologia non è affatto scontata (34), tanto che anche autorevolissime istituzioni di orientamento conservatore smentiscono che indebolire le tutele determini maggiori assunzioni: per esempio, il Fondo monetario internazionale, il quale, nel *World Economic Outlook 2015*, ha riconosciuto che «*labor market regulation is not found to have statistically significant effects on total factor productivity*» (35), per poi aggiungere l'anno dopo che «*the analysis shows that reforms that ease dismissal regulations with respect to regular workers [...] do not have, on average, statistically significant effects on employment and other macroeconomic variables*» (36); mentre l'Ocse ha rilevato che «*flexibility-enhancing reform of dismissal legislation are estimated to significantly lower employment in the short run*» (37).

Da giuristi, ne possiamo trarre l'improbabilità del fondamento delle scelte legislative.

4. — *C'è una inversione di tendenza? Il licenziamento illegittimo nel cd. decreto Dignità e nella sentenza costituzionale n. 194/2018* — In questa Legislatura, abbiamo avuto il modesto intervento del decreto legge 12 luglio 2018, n. 87 (cd. decreto Dignità), convertito in l. 9 agosto 2018, n. 96, il cui art. 3, c. 1, ha aumentato il minimo dell'indennità a sei mensilità e il massimo a trentasei.

Pur non rovesciando le scelte precedenti, il solo fatto che la modifica fosse volta a un limitato incremento delle tutele è stato sufficiente a *épater le bourgeois* (38).

Molto più rilevante è stata la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018.

Nell'ordinanza di rimessione, le censure sono state raggruppate in relazione a tre parametri: la violazione del principio di ragionevolezza (art.

(33) Rinvio a Bavaro 2019, 190-199.

(34) Vd. Tridico (2019, 257-263), per cui «il contratto a tutele crescenti dovrebbe in realtà e a rigore chiamarsi “contratto che permette alle imprese di licenziare illegittimamente con una sanzione moderatamente crescente”» (262).

(35) April 2015, chapter 3, box 3.5, *The Effects of Structural Reforms on Total Factor Productivity*, 105.

(36) April 2016, chapter 3, *Time for a supply side boost? Macroeconomic effects of labor and product market reforms in advanced economies*, 115.

(37) *Oecd Employment Outlook 2016*, 130. Vd. Senato della Repubblica, Ufficio valutazione impatto 2018.

(38) Giubboni 2018a.

3 Cost.); la violazione del principio di tutela del lavoro (artt. 4 e 35 Cost.); la violazione della normativa comunitaria e internazionale (artt. 76 e 117 Cost.). Sotto tutti i profili tornava la censura per la modestia della tutela indennitaria (39), oltre che per l'automatismo dell'indennità medesima, mentre la giudice *a quo* escludeva che vi fosse incostituzionalità nella cancellazione della tutela in forma specifica e definiva ragionevole la differenziazione di tutela a seconda del carattere del vizio che affetta il licenziamento (40).

Non è questa la sede per ripercorrere l'articolata argomentazione della sentenza, oggetto di una grandissima quantità di commenti dottrinali (41). Alcuni profili, però, devono essere qui esaminati.

È stato rilevato (42) che la Corte, respingendo la questione sulla differenziazione di trattamento fra gli assunti sino al 6 marzo 2015 e quelli assunti dopo, perché coerente con lo scopo del legislatore delegante («rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»), ha limitato il proprio controllo alla *coerenza interna* della legislazione, non verificando invece la congruità della correlazione tra lo scopo (aumento dell'occupazione) e il mezzo (indebolimento delle tutele contro il licenziamento illegittimo), che come si è visto appare irragionevolmente posta (43).

Per quanto riguarda, poi, gli effetti del cd. decreto Dignità, la Corte ha affermato che l'ordinanza di rimessione non riguardava «il *quantum* delle soglie minima e massima entro cui può essere stabilita l'indennità al cuore delle doglianze, ma il meccanismo di determinazione dell'indennità, configurato dalla norma censurata», mentre l'oggetto fondamentale delle censure di costituzionalità era proprio l'inadeguatezza del *quantum* (44).

La Corte ha invece dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015: premesso il carattere omnicomprensivo della tutela indennita-

(39) «Misura così modesta», 5; «quantificazione tanto modesta ed evanescente», 7; mancata adeguatezza del ristoro, 8-9.

(40) I difetti dell'ordinanza di rimessione risultano anche dalle numerose dichiarazioni di inammissibilità seguite. Per l'analisi dell'orientamento ideologico della stessa ordinanza, e le conseguenze sulla sentenza della Corte costituzionale, vd. Ballestrero 2017, 509-513, ed *Ead.* 2019, 248-251.

(41) Tra i moltissimi, vd. i contributi su *LD*, 2019, n. 2, *DRI*, 2019, n. 1 e n. 2, *Speciale* 2019, e in Andreoni, Fassina 2019.

(42) Giubboni 2018b, 7 ss.; Ballestrero 2017, 253; Perulli, 2019, 6 ss.; *Speciale* 2019, 6-9; Bellavista 2019, 963.

(43) La sua precarietà era stata segnalata da Zoppoli A. 2015, 16 s.

(44) Carinci M.T. 2018, 5.

ria, riportato al «principio e criterio direttivo dettato dalla legge di delegazione di prevedere un indennizzo economico “certo”» (par. 10), ne ha rilevato il contrasto «con il principio di eguaglianza, sotto il profilo dell’ingiustificata omologazione di situazioni diverse».

Con cautela, la sentenza afferma (par. 11) che «non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia [che] si esercita, comunque, entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima. All’interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell’impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all’esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza».

Il maggiore acquisto teorico che la sentenza n. 194/2018 ci offre è dunque la smentita dell’applicabilità nel nostro ordinamento della teoria dei *severance costs* (45), di cui si era fatto sostenitore Ichino (46), per la quale l’indennizzo costituirebbe la misura del contenuto assicurativo del rapporto, con conseguente sostituzione di un automatismo alla valutazione discrezionale del giudice.

La Corte afferma anche che l’art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015, contrasta con il principio di ragionevolezza (par. 12), sotto il duplice profilo dell’inidoneità a costituire «un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito» per il lavoratore illegittimamente licenziato, e «un’adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente». Sotto il primo profilo, la sentenza conclude però, senza argomentazione (47), che «non contrasta con tale nozione di adeguatezza il limite di ventiquattro (ora trentasei) mensilità, fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento» (48). Viceversa, la Corte afferma l’inadeguatezza del ristoro del pregiudizio derivante dal licenziamento illegittimo «soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata», a causa della sua dipendenza dalla sola anzianità di servizio, aggiungendo «senza che a ciò possa sempre ovviare la previsione della misura minima dell’indennità di quattro (e, ora, di sei) mensilità».

(45) In questo senso: Mariucci 2019, 238 s.; Speciale 2019, 12; Perulli 2019, 12; Giubboni 2018b, 4 s.

(46) Vd. Ichino 2003, 435-441, e soprattutto *Id.* 2006.

(47) Carinci M.T. 2018, 6 e 17 s.

(48) Sulla elusione operata dalla Corte, vd. Carinci M.T. 2018, 4, e Ballestrero 2019, 246.

Peraltro, la sentenza afferma giustamente che «l'inadeguatezza dell'indennità forfettizzata [...] è suscettibile di minare, in tutta evidenza, anche la funzione dissuasiva della stessa nei confronti del datore di lavoro»: il che, però, avrebbe dovuto portare a uno scrutinio accurato, anche sotto questo profilo, della legittimità del tetto massimo, che, più del meccanismo di quantificazione, è il limite che si oppone a considerare anche la tutela indennitaria effettivamente compensativa, da un lato, e dissuasiva, dall'altro (49).

Per quanto riguarda la tutela in forma specifica, la Corte si è limitata (par. 9.2) a richiamare propri precedenti, trascurandone le oscillazioni (50), per concludere che «il legislatore ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011), purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza». Ma la sentenza n. 303/2011 ritenne legittima un'indennità forfettizzata *in quanto aggiuntiva* alla «tutela fondamentale della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato».

Il punto cruciale è l'affermazione (par. 12.1) che «l'adeguatezza del risarcimento forfettizzato richiede che esso sia tale da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto». Si fa così un cattivo uso della teoria del bilanciamento (51), giacché si contempera il diritto al lavoro *non* con l'iniziativa economica privata, ma con la violazione della *lex contractus* (52), mentre si sarebbe dovuto quanto meno argomentare che la tutela restitutoria comprometterebbe il *successivo* svolgimento dell'iniziativa economica privata, come fece la Corte a proposito dell'esonero delle imprese di minori dimensioni (53): cosa inimmaginabile dopo decenni di tutela in forma specifica (54). A parte che l'art. 41 Cost., come osservò Mancini, non garantisce il *quomodo*, essendo limitato dal secondo comma (55).

(49) E per queste ragioni il Comitato europeo dei diritti sociali ha accolto l'11.2.2020 il ricorso della Cgil, ritenendo il tetto massimo contrario all'articolo 24 della Carta sociale europea. In termini, Perulli 2019.

(50) Troppo sbrigativa perciò la lettura di Carinci M.T. (2018, 9). Albi (2013, 169) aveva parlato di «impostazione della Corte [...] eccessivamente semplicistica giacché sembra non avvedersi della trama sistematica in cui si colloca l'art. 18».

(51) Per la quale vd. la ricostruzione critica di Bavaro (2019, 175-201).

(52) Ballestrero 2017, 250 e 254 s.

(53) C. cost. 6.3.1974, n. 55, 19.6.1975, e n. 152, 8.7.1975, n. 189.

(54) Cester (2016, 1101), per il quale la tutela in forma specifica costituisce «lo strumento privilegiato di attuazione del diritto; non l'unico forse, ma certamente quello privilegiato».

(55) Mancini 1981, 89. L'Autore si riferiva all'utilità sociale, ma si dovrebbe *a fortiori* parlare della libertà e dignità umana della persona illegittimamente licenziata, come ha fatto D'Antona (1979, specie 73-92). La più approfondita indagine sul rap-

5. — *L'oscillazione della tutela tra risarcimento e sanzione* — Sin dal 1966 la tutela legale contro il licenziamento illegittimo ha avuto una componente patrimoniale. Nei decenni, la funzione di questa è stata oggetto di discussioni (56), anche in rapporto al *quid pluris* dell'ordine di reintegrazione (57), che sono molto attuali.

Va tenuto presente che l'indennità *ex art. 8, l. n. 604*, era stata qualificata come penale, e non risarcitoria, onde non sarebbe stata ammessa la detraibilità dell'*aliunde perceptum* (58).

Per quanto riguarda l'art. 18, si è discussa la previsione per cui l'ordine di reintegrazione era ed è accompagnato con un «risarcimento del danno» che in ogni caso non può essere inferiore a cinque mensilità. La Corte costituzionale ha ricondotto questo minimo alla discrezionalità legislativa, in quanto «configurat[o] in una misura realistica» rispetto alla durata dei processi (59) – una sorta di penale radicata nel rischio d'impresa (60) –, e ha argomentato dalla natura risarcitoria delle somme dovute la detraibilità dell'*aliunde perceptum*, come la giurisprudenza ordinaria (61).

L'art. 18 St. lav. distingueva infatti il risarcimento del danno dal diritto a percepire le retribuzioni dalla data della sentenza stessa fino a quella della

porto tra licenziamenti e principi costituzionali in Nogler 2007. Vd. anche Albi 2013, 198-211. Richiama l'attenzione sul c. 2 ai fini del bilanciamento anche Speciale (2015, 12).

(56) Un riassunto in Ballestrero 2012, 822-830.

(57) Manifestazione di questo *quid pluris*, in giurisprudenza, la tesi che, «per una insopprimibile esigenza di effettività dell'ordine giudiziale, non può non sottolinearsi, in via di principio, che, a fronte di un tale obbligo di reintegra, il datore di lavoro è tenuto anzitutto a ripristinare in concreto tutte le condizioni del rapporto di lavoro preesistenti con il dipendente licenziato [...]. Solo se questo adempimento non si renda possibile – per cause non imputabili allo stesso datore di lavoro – possono essere adottate quelle modifiche che – pur nel rispetto delle rispettive condizioni di liceità – assicurino comunque il ripristino del rapporto illegittimamente risolto» (Cass. 9.8.2002, n. 12126). In termini: Cass. 24.11.1993, n. 11578, Cass. 29.5.1995, n. 5993, e Cass. 7.2.1996, n. 976. *Contra*, Pera (1980, 185), che attribuisce all'ordine di reintegrazione «una portata essenzialmente etica». Per un esame delle tesi del primo decennio di applicazione, vd. Romagnoli 1981, 104-119.

(58) Cass. 6.7.1999, n. 7006.

(59) C. cost. 3.7.1975, n. 178, ripresa poi dalla sentenza C. cost. 14.1.1986, n. 7.

(60) C. cost. 23.12.1998, n. 420. Vd. già Cass. 21.9.1998, n. 9464. Critico Liebman (1999), osservando che non esistono elementi testuali che differenzino la funzione tra il minimo e la parte restante del risarcimento. *Contra*, Romagnoli (1981, 127) aveva sostenuto proprio questa differenza.

(61) C. cost. 14.1.1986, n. 7, e poi C. cost. 23.4.2018, n. 86. C. cost. 2.4.1992, n. 160, ord., ha ritenuto non irragionevole il bilanciamento con il recesso. Esclude si tratti di un «risarcimento aggiuntivo» C. cost. 22.7.1996, n. 291, ord.

reintegrazione. Vi fu un'amplessima discussione dottrinale (62), e proprio la qualificazione come risarcimento ha consentito alla giurisprudenza di inventare la detraibilità dell'*aliunde perceptum* (63).

Poi la legge n. 108/1990 ha indicato che il risarcimento del danno copre l'intera fase dal licenziamento alla effettiva reintegrazione, chiarendo che la reintegrazione non è il mero ripristino del vincolo giuridico, ma qualcosa in più: l'introduzione al c. 5 dell'indennità sostitutiva della reintegrazione forfettizzata dal legislatore in quindici mensilità (64) ha evidenziato che i beni della vita oggetto della condanna alla reintegrazione sono due: l'effettivo svolgimento della prestazione di lavoro (65) e il ripristino della posizione retributiva e previdenziale del prestatore per il periodo in cui tale prestazione non è stata eseguita per comportamento datoriale illegittimo.

Peraltro, anche l'indennità sostitutiva della reintegrazione è stata ritenuta costituzionalmente legittima, perché non ha «funzione di ristoro di un danno, né di pena privata» (66), e, «essendo un surrogato del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, spetta al lavoratore indipendentemente dalla circostanza che abbia trovato un altro posto di lavoro e dall'entità del reddito che nel frattempo ne abbia ricavato» (67).

Questa oscillazione tra risarcimento e sanzione – già la sentenza n. 7/1986 aveva parlato di «sanzione risarcitoria dotata di attitudine plurifunzionale» – è stata confermata quando la l. n. 92/2012 ha sfigurato l'art. 18 St. lav., da un lato, dall'espressa previsione legale della detraibilità dell'*aliunde perceptum* nella tutela reintegratoria cd. piena (c. 2) e in quella cd. attenuata [in questo secondo caso insieme all'*aliunde percipiendum* (c. 4)], e, dall'altro, nella tutela indennitaria piena (c. 5), dall'inserimento di criteri di quantificazione estranei al danno, come il numero dei dipendenti occupati

(62) Napoli 1980, specie 19-41.

(63) Cass. 29.4.1985, n. 2762, S.U. Dunque, non era condivisibile l'affermazione di Napoli (1980, 36) per la quale «la previsione della condanna al risarcimento [...] rappresenta [...] l'unico mezzo tecnico idoneo a permettere la piena reintegrazione del diritto leso per il periodo che va dal licenziamento alla data di emanazione della sentenza», pur negando la detraibilità dell'*aliunde perceptum* (38).

(64) Non mi è chiaro perché a parte della dottrina sfuggirono «le ragioni del dispo»: così Pera (1993, 72), che però ne parla a 74 s.

(65) Sull'esistenza di un interesse del prestatore, diverso da quello alla liberazione dal vincolo, all'esecuzione della prestazione, sinora sbrigativamente risolto in senso negativo dalla maggioranza della dottrina (per tutti, Ferrante 2012), vd. ancora Cass. n. 9966/2012, cit., o, in dottrina, Santoro Passarelli 2016, 177-181.

(66) C. cost. 2.4.1992, n. 160, ord. Esclude si tratti di un «risarcimento aggiuntivo» anche C. cost. 22.7.1996, n. 291, ord.

(67) C. cost. 15.3.1996, n. 77, ord.

o le dimensioni economiche dell'impresa (68). L'insistenza sulla qualificazione risarcitoria dell'indennità, peraltro, ha portato al *revirement* in tema di ripetibilità delle somme percepite in caso di riforma della sentenza di condanna alla reintegrazione (69), e, soggettivizzando l'illecito datoriale, ha aperto la strada alle differenziazioni di tutela previste dalla l. n. 92/2012 (70).

Il passaggio al cd. *Jobs Act* non ha solo marginalizzato la tutela in forma specifica, ma, pur continuando a richiedere la dichiarazione dell'illegittimità del licenziamento, e dunque non accogliendo la tesi dei *severance costs*, ha prodotto la quantificazione dell'indennità *unicamente* in relazione all'anzianità di servizio e con forfettizzazione automatica. Dunque, scompariva ogni profilo sanzionatorio dell'attribuzione patrimoniale, salvo forse che nella previsione di un minimo, che però poteva anche essere intesa come forfettizzazione del danno (71).

Su questo ha inciso la sentenza costituzionale n. 194/2018, che, pur ribadendo la «primaria funzione riparatorio-compensativa» dell'indennità forfettizzata, ha indicato anche «la funzione dissuasiva della stessa nei confronti del datore di lavoro, allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto» (par. 12.2) (72).

Ora, la Corte indica tra i parametri di quantificazione della tutela indennitaria proprio quelli già ricordati della dimensione economica dell'impresa e del numero dei dipendenti occupati (73), aprendo una contraddizione: il numero dei dipendenti nulla ha a che fare con il danno provocato dal licenziamento, e neppure con la funzione dissuasiva dell'indennità (74).

(68) In termini, Gambacciani 2018, 75 s.

(69) Sinteticamente, Ballestrero 2012, 825 s. Su questa base C. cost. 23.4.2018, n. 86, ha rigettato la questione relativa al carattere risarcitorio dell'indennità, con l'inconsistente argomento che «l'ordine di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato ripristina, sul piano giuridico, la *lex contractus*, ciò non è vero anche sul piano fattuale, poiché la concreta attuazione di quell'ordine non può prescindere dalla collaborazione del datore di lavoro, avendo a oggetto un *facere* infungibile».

(70) Peraltro, il riferimento esclusivo al bisogno di protezione del lavoratore, con cancellazione del profilo dissuasivo della tutela, caratterizza l'argomentazione di quanti quella protezione hanno lavorato a cancellarla (ad es., Ichino 2006, 369).

(71) Per Zoli 2017, 441, «la confusione tra tutela risarcitoria e indennitaria è palese».

(72) Ma si vd. anche i parr. 12, 12.3 e 13, ove si ribadiscono gli stessi concetti.

(73) Si vd. l'ampia, sebbene discutibile, disamina di Gambacciani 2018, 39-89. *Adde* Novella (2019, 299), che giustamente nota come si tratti di criteri «irrelati rispetto al danno».

(74) L'osservazione è tutt'altro che nuova: vd. in proposito Garofalo 1990, 181 s. *Contra*, Pera 1993, 14, «in termini di certezza».

In chiusura, si deve osservare che, se si conserva correttamente alla tutela la funzione dissuasiva-sanzionatoria (75), il passaggio alla tutela indennitaria con la fissazione di un massimo rende la dissuasività tendente a zero al crescere della dimensione economica del datore. Nessuna indennità potrà mai dissuadere da un licenziamento illegittimo una multinazionale, salvo che ci si orienti per l'introduzione – non auspicabile – dei cd. danni punitivi (76).

6. — *Il licenziamento illegittimo tra tutela civile e disciplina speciale. La necessità giuridica della tutela in forma specifica* — Concludendo, occorre esaminare il rapporto tra tutela civile generale e disciplina specifica per il licenziamento illegittimo (77).

Quando il principio di giustificazione del licenziamento è stato introdotto nel nostro ordinamento (art. 1, l. n. 604/1966), il legislatore, volendo recepire l'accordo interconfederale (78), ha predisposto un regime sanzionatorio speciale, che provoca la conseguenza di un atto negoziale privo dell'elemento di giustificazione e tuttavia idoneo a produrre l'effetto risolutivo del contratto al quale è finalizzato (79).

Peraltro, quando è stata introdotta la tutela reale si è creato, già nel 1970 e ancor più con le modifiche della l. n. 108/1990, un altro regime speciale, il quale – a differenza della tutela obbligatoria, che garantiva meno della tutela civilistica generale (80) – esplicitava i principi generali in tema di tutela in forma specifica (81), offrendo al lavoratore illegittimamente licenziato una tutela più forte di quella civilistica ordinaria (82), come dimostrano: la previsione di un minimo inderogabile di cinque mensilità per il risarcimento del danno; l'ordine di reintegrazione,

(75) Che «sembra tornare centrale» (Martelloni 2019, 276). Nello stesso senso Gambacciani 2018, 75; Bellavista 2019, 965 ss.

(76) Per tutti, Roppo 2017, 417-420.

(77) Cester 2017, 734 ss.

(78) Volendo limitarsi a generalizzare l'accordo: Pera 1980, 154.

(79) Mentre l'inefficacia e la nullità del licenziamento erano affidate alla tutela civilistica.

(80) Chiaro Pera (1993, 53 s.) nel sottolineare che non si tratta di risarcimento del danno effettivo, ma di «una sorta di *pena*». Tuttora fondamentale l'osservazione di Ghera (1979, 323), per cui «la tutela obbligatoria dei diritti del lavoratore [...] funziona come strumento di rafforzamento dell'effettività del potere dell'imprenditore».

(81) Albi 2013, 387.

(82) Crea equivoci l'espressione «tutela reale di diritto comune» talvolta usata (per esempio, da Vallebona).

parzialmente coercibile in forma specifica (83) e quindi munito di un *quid pluris* rispetto alla semplice nullità (84) – non una supertutela obbligatoria, come talvolta in giurisprudenza (85) – consistente in un «obbligo di fare che [...] si aggiunge all'obbligo di corrispondere le normali retribuzioni» (86); nonché il fornire al lavoratore un titolo esecutivo che gli consentiva (prima della l. n. 108/1990) di notificare il precetto per le mensilità di retribuzione successive alla sentenza anche in difetto di effettiva reintegrazione senza passare per procedure monitorie; e infine la duplicità dei beni della vita oggetto della tutela (87), di cui era segno la effettiva reintegrazione nel posto di lavoro oggetto di una obbligazione con facoltà alternativa del creditore (88), e l'aver gravato il datore di lavoro (in posizione di *mora credendi* dalla sentenza che ordini la reintegrazione) dell'onere di invitare il lavoratore a riprendere servizio, a differenza di quanto previsto dall'art. 1206 c.c.

Dunque, era discutibile l'idea che le tre situazioni previste dall'art. 18 nel testo previgente fossero state unificate nel regime sanzionatorio della nullità (89).

In realtà, cinquanta anni dopo l'introduzione della tutela in forma specifica, occorre riprendere le discussioni dottrinali della seconda metà degli anni sessanta e degli anni settanta, in particolare rispetto a cosa rappresenti la condanna alla reintegrazione rispetto alla tutela civilistica ordinaria o a quella indennitaria.

Se si fosse confrontato il rapporto esistente tra lavoratori soggetti alla tutela reale e lavoratori soggetti alla tutela obbligatoria *ex art. 8, l. n. 604/1966*, con il rapporto esistente tra il numero di controversie *ex art. 18 St. lav.* e quello di controversie *ex art. 8, cit.*, si sarebbe potuto verificare (90) che men-

(83) *Contra*, Pera 1980, 167-173. Ma vd. almeno gli Autori citati a nota 13, nonché D'Antona 1979, 184 ss., Garofalo 1975, 574-581, *Id.* 1979, 260-265, e Pagni 2004, 107-110.

(84) Cass. 12.4.1976, n. 1268, S.U., aveva osservato che «deve ritenersi stabile ogni rapporto che [...] affidi al giudice [...] la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo». Vd. Cester 2017, 821 ss.

(85) De Angelis 2008, 50. Ma vd. già D'Antona 1979, 7 e 9.

(86) Ghera (1979, 327), che pure è troppo scettico sulla eseguibilità in forma specifica.

(87) Sottolineata da D'Antona (1979, 6) e Napoli (1980, 47).

(88) Anch'essa passata al vaglio della Corte costituzionale: C. cost. 4.3.1992, n. 81, 2.4.1992, n. 160, 9.11.1992, n. 426, 15.3.1996, n. 77, e 22.7.1996, n. 291.

(89) Mazzotta 2013, 241.

(90) Avevo provato a farlo, alla vigilia del d.lgs. n. 23/2015, in Barbieri 2015, 141-143.

tre circa il 65% dei lavoratori dipendenti con contratto a tempo indeterminato fosse soggetto all'art. 18 St. lav. (91), l'art. 18 stesso ha dato origine a quasi il 90% delle controversie massimate in materia di licenziamenti individuali (92). Dunque, un regime sanzionatorio di natura puramente indennitaria comporta l'abbattimento della propensione a tutelare in giudizio il diritto.

Poiché è difficile pensare che al regime sanzionatorio più tenue corrisponda una maggiore propensione datoriale al corretto uso del potere di recesso, ne deriva che il diritto del lavoratore a non essere licenziato ingiustificatamente sia «meno effettivo» in regime indennitario, «con conseguente minore effettività anche delle altre previsioni legali che disciplinano il rapporto di lavoro» (93).

Non ci si può, dunque, stupire del ritorno della discussione sulla reintegrazione, che corrisponde al sistema costituzionale correttamente ricostruito dalla giurisprudenza di legittimità ricordata, oltre che a elementari esigenze di giustizia, e al principio di conservazione dell'obbligazione contrattuale (94) dalla quale è irragionevole che solo la parte forte (95) si possa liberare unilateralmente a prezzi molto modici. «Insomma, la tutela in forma specifica non è necessitata, come ha chiarito la giurisprudenza costituzionale, e nessuno lo afferma, ma neppure il legislatore è libero di prevederla o meno, dovendo sussistere ragioni costituzionalmente valide per escluderla» (96): altrimenti, non avrebbe avuto senso la ricordata giurisprudenza costituzionale che ha giustificato la limitazione del campo di applicazione dell'art. 18.

Del resto, se è vero che «il diritto alla stabilità del posto non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient'altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento» (97), è pure vero che proprio la reintegrazione come tutela ripristinatoria di una situazione soggettiva lesa dall'uso *contra legem* del «potere» datoriale (98) ha la funzione

(91) Il dato in Cgia Mestre 2014.

(92) Rispettivamente, a quella data (in *DeJure*).

(93) Così: Cester 2016, 1100; Carinci F. 2016, 120. Del resto, già Mancini (1970, 64) comprese l'art. 18 tra le norme volte alla «repressione delle “pratiche sleali”», attribuendo al Titolo II una «ispirazione chiaramente americana». Vd. invece le sfumature di Albi 2013, 163 ss.

(94) Ballestrero 2016, 795.

(95) Sul punto, Voza 2015a, 24-27.

(96) Nogler 2007, 671 s.; Zoppoli A. 2015, 14 s.; Pagni 2004, 117, e *Id.* 2016, 407. *Contra*: Magnani 2019, 3 s.; Cester 2017, 729 ss.

(97) C. cost. 30.6.1994, n. 268.

(98) Diversamente fra loro, ma convergenti su questo piano: D'Antona 1979; Ghera 1979; Napoli 1980.

di bilanciare il diritto al lavoro – *sub specie* di interesse alla conservazione del rapporto – con l’iniziativa economica privata: *sub specie* di uso contrario alla libertà e dignità della persona che lavora (99).

Come si è visto, poiché la giudice *a quo* ha ritenuto legittima la cancellazione della tutela in forma specifica, la sentenza n. 194 si è sbrigativamente liberata del tema imprescindibile dei limiti costituzionali alla discrezionalità legislativa: ma la questione tornerà, essendo ineludibile (100) e al momento non risolvibile per via legislativa (101). Può mai essere ritenuta conforme al principio costituzionale di tutela del lavoro una situazione nella quale il lavoratore sia «il debitore più penalizzato del nostro ordinamento giuridico» (102)?

Vedremo se una giurisprudenza sinora distratta, che ha affrontato poco i profili costituzionalmente problematici delle discipline dei licenziamenti della l. n. 92/2012 prima (103) e poi del d.lgs. n. 23/2015 (104), saprà approfondire le questioni qui richiamate; ma residua un problema.

Se non esiste più un art. 18 – norma né speciale né eccezionale (105), ma solo una incoerente pluralità di regimi sanzionatori (106), quasi tutti a carattere indennitario, *allora* appare indispensabile esaminare se la disciplina vigente presenti lacune tali da determinare una riespansione

(99) Si vd. D’Antona 1979, 73-92.

(100) «Le aspettative e gli aneliti anche ideologici verso l’effettività sembrano essere sopiti», scrive Zoli (2017, 441): ma sono, come detto, una necessità costituzionale, come il cd. principio di indisponibilità del tipo.

(101) Non so perché la Cgil, dopo C. cost. 11.1.2017, n. 26, non abbia proseguito sulla via referendaria, adeguando il quesito alle discutibili indicazioni della Corte, su cui vd. pungenti critiche in Ufficio giuridico Cgil 2017, 369-378.

(102) Nogler 2015, 508.

(103) A parte il rito, ci sono state solo le ordinanze che hanno dato origine a C. cost. n. 86/2018 e la recentissima T. Ravenna 7.2.2020, che ha investito l’art. 18, c. 7, per la previsione che il giudice possa, anziché debba, applicare la cd. tutela reintegratoria attenuata, ritenendo, sulla scia di Cass. 2.5.2018, n. 10435, impossibile una interpretazione adeguatrice, che aveva trovato consenso in giurisprudenza, anche di legittimità (Cass. 17.5.2017, n. 17528), e ha lamentato la disparità di disciplina tra il licenziamento disciplinare e quello per g.m.o.; nonché quelle che hanno affrontato il tema del licenziamento collettivo (T. Milano 5.8.2019 e C. App. Napoli 18.9.2019), rinviando la normativa alla della Corte di Giustizia europea, grazie alla norma di ingresso costituita dalla disciplina eurounitaria del licenziamento collettivo; in pari data, C. App. Napoli ha investito anche la Corte costituzionale.

(104) Variamente, si vd. almeno: Ballestrero 2015; Giubboni 2015; Nogler 2015, 518; Speciale 2015; Zoppoli A. 2015.

(105) C. cost. 22.1.1987, n. 17, e 24.3.1988, n. 338, ord.; in dottrina, per tutti, Garofalo 1979, 252.

(106) Tullini 2016, 302.

della tutela generale di diritto civile nei confronti del licenziamento illegittimo (107).

Si pensi anche solo al tema delle nullità virtuali, incluse nella tutela reintegratoria piena nella l. n. 92/2012 ed escluse invece, ma non regolate, nel *Jobs Act*: oggi, al licenziamento in violazione dell'art. 46, d.l. n. 18/2020. Credo si possa argomentare un'applicazione della tutela civilistica generale almeno rispetto al licenziamento disciplinare sproporzionato, al licenziamento per superamento del periodo di comportamento (108) e al licenziamento collettivo sia per il controllo causale, sinora ritenuto superfluo dalla giurisprudenza, sia per il caso di violazione dei criteri di scelta concordati con il sindacato: ma questo è discorso per altra sede.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2013), *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie per i diritti*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 381 ss.
- Andreoni A., Fassina L. (a cura di) (2019), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, Roma.
- Ballestrero M.V. (2012), voce *Licenziamento individuale*, in *ED, Annali*, V, 791 ss.
- Ballestrero M.V. (2015), *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *LD*, 39 ss.
- Ballestrero M.V. (2016), *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 761 ss.
- Ballestrero M.V. (2017), *A proposito di rimedi l'improbabile resurrezione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 495 ss.
- Ballestrero M.V. (2019), *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 243 ss.
- Barbieri M. (2013), *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in Barbieri M., Dalfino D. (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 11 ss.
- Barbieri M. (2015), *Il licenziamento nello schema di decreto del Jobs Act*, in *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, Atti del convegno di studio promosso da *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, Lavoro e Diritto, Diritti Lavori Mercati*, Camera dei deputati, 19 febbraio 2015, riprodotto in digitale dal Crd della Camera dei deputati, 141 ss.

(107) *Ivi*, 306-311; Scarpelli 2015, 13 s. *Contra*: Gambacciani 2018, 42; Cester 2016, 1109-1111.

(108) Carinci F. 2016, 126; Voza 2015b, 13. *Contra*, Santoro Passarelli 2016, 184.

- Barbieri M. *et al.* (a cura di) (2004), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del convegno di Foggia, 14-15 novembre 2003, Giuffrè, Milano.
- Bavaro V. (2019), *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in RIDL, I, 175 ss.
- Bellavista A. (2019), *Discutendo con Carlo Cester su alcuni profili delle tutele contro i licenziamenti illegittimi dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in Tremolada M., Topo A. (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa. Liber Amicorum Carlo Cester*, Cacucci, Bari, 957 ss.
- Cannati G. (2012), *Bisogno, rimedi e tecniche di tutela*, in DLRI, 129 ss.
- Carinci F. (2016), *Licenziamento e tutele differenziate*, in Mazzotta O. (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 119 ss.
- Carinci M.T. (2018), *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel «Jobs Act», e oltre*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 378.
- Cester C. (2016), *I licenziamenti fra passato e futuro*, in ADL, 1099 ss.
- Cester C. (2017), *Le tutele*, in Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Carinci F., Persiani M., V, Cedam, Padova, 725 ss.
- Cgia Mestre (2014), *Articolo 18: interessa solo al 2,4% delle imprese, ma tutela il 57,6% dei dipendenti italiani*, in <http://www.cgiamestre.com/2014/08/articolo-18-interessa-solo-al-24-delle-imprese-ma-tutela-il-576-dei-dipendenti-italiani/>.
- Dalfino D. (2006), *La prova del requisito dimensionale ex art. 18, l. 300/70, al vaglio delle Sezioni Unite*, in FI, I, 708 ss.
- Dalfino D. (2010), *Le novità per il processo civile del 2009 e il rito del lavoro*, in ADL, 417 ss.
- de Angelis L. (2008), *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in Mazzotta O. (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 27 ss.
- de Angelis L. (2011), *La nuova generale misura coercitiva (art. 614-bis c.p.c.) e le controversie di lavoro*, in FI, V, 17 ss.
- De Santis A.D. (2013), *La reintegrazione nel posto di lavoro dei sindacalisti interni: un esempio di effettività della tutela giurisdizionale*, in GI, 117 ss.
- Denoza F. (2002), *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano.
- Ferrante V. (2012), *Obbligo e diritto alla esecuzione della prestazione*, in Marazza M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II, *Diritti e obblighi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani M., Carinci F., vol. IV, Cedam, Padova, 1652 ss.
- Gambacciani M. (2018), *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, in MGL, 39 ss.
- Garofalo M.G. (1975), *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in RTDPC, 560 ss.
- Garofalo M.G. (1979), *Sub art. 18*, in Giugni G. (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 250 ss.

- Garofalo M.G. (1990), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *RGL*, I, 169 ss.
- Ghera E. (1979), *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, 305 ss.
- Giubboni S. (2015), *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 246.
- Giubboni S. (2018a), *Épater les bourgeois... col «decreto Dignità»*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 1 ss.
- Giubboni S. (2018b), *Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 379.
- Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, in Cicu A. et al. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2006), *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36, e su alcuni suoi precedenti)*, in *RIDL*, I, 353 ss.
- Ichino P. (2015), *Il lavoro ritrovato*, Mondadori, Milano.
- Liebman S. (1999), *Risarcimento del danno per illegittimità del licenziamento e responsabilità dell'imprenditore*, in *RCP*, 650 ss.
- Magnani M. (2019), *Il «Jobs Act» e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*, in *DRI*, 612 ss.
- Mancini G.F. (1970), *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *PD*, 57 ss.
- Mancini G.F. (1981), *Sub Art. 18*, in Ghezzi G. et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 14-18*, II ed., Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 79 ss.
- Mariucci L. (2019), *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 235 ss.
- Mariucci L. (2020), *Giuslavorismo e sindacati all'epoca del tramonto del liberismo*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 407.
- Martelloni F. (2019), *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *LD*, 263 ss.
- Mazzotta O. (2013), *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 239 ss.
- Napoli M. (1980), *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Nogler L. (2015), *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *ADL*, 507 ss.
- Novella M. (2019), *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 285 ss.
- Pagni I. (2004), *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, Milano.
- Pagni I. (2016), *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in Dalfino D. (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma Tre Press, 387 ss.
- Pedrazzoli M. (a cura di) (2014), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, FrancoAngeli, Milano.
- Pera G. (1993), *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Cedam, Padova.
- Perulli A. (2019), *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento del licenziamento illegittimo alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2019*.

- Proto Pisani A. (2006), *La prova del requisito dimensionale ex art. 18, l. 300/70: un grand arrèt delle Sezioni Unite*, in *FI*, I, 709 s.
- Proto Pisani A. (2010), *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *FI*, V, 257 ss.
- Razzolini O. (2017), *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno*, in *LD*, 447 ss.
- Romagnoli U. (1981), *Sub art. 18 (con Mancini G.F.)*, in Ghezzi G. et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 14-18*, II ed., Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 79 ss.
- Roppo V. (2017), *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, in *LD*, 407 ss.
- Santagata R. (2012), *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in *DLM*, 543 ss.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in Mazzotta O. (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 173 ss.
- Scarpelli F. (2015), *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 252.
- Senato della Repubblica (1974), *Lo Statuto dei lavoratori. Progetti di legge e discussioni parlamentari*, Segretariato generale – Servizio Studi – Ufficio documentazione e ricerche, Roma.
- Senato della Repubblica, Ufficio valutazione impatto (2018), *La flessibilità del mercato del lavoro aumenta l'occupazione? Cosa ci dicono teorie, studi e ricerche sulle riforme degli ultimi 20 anni*, documento di valutazione n. 7, consultabile in https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento/files/000/028/708/Valutazione_7_-_Flessibilit%C3%A0.pdf.
- Speziale V. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 259.
- Speziale V. (2019), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, II, 3 ss.
- Tridico P. (2019), *Economia del lavoro*, Mondadori, Milano.
- Tullini P. (2016), *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *DLRI*, 291 ss.
- Uffico giuridico Cgil (2017), *Nota dell'Ufficio giuridico a commento delle tre sentenze della Corte costituzionale sui referendum promossi dalla Cgil*, in *RGL*, I, 367 ss.
- Voza R. (2015a), *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, III, 13 ss.
- Voza R. (2015b), *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 248.
- Zoli C. (2017), *L'evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*, in *LD*, 425 ss.
- Zoppoli A. (2015), *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 260.

ABSTRACT

Il saggio analizza la disciplina dei licenziamenti di cui all'art. 18 St. lav. nell'ottica dell'effettività della tutela. In particolare, l'Autore esamina la giurisprudenza costituzionale formatasi intorno alla disposizione, poi la fase del tramonto della tutela in forma specifica a opera della legge Fornero e del Jobs Act, e da ultimo l'analisi della disciplina contenuta nel cd. decreto Dignità e nella sentenza n. 194/2018. Nella parte finale, il saggio evidenzia l'oscillazione tra risarcimento e sanzione, e si conclude sostenendo la necessità della tutela in forma specifica.

WORKERS' STATUTE, UNJUSTIFIED DISMISSALS
AND EFFECTIVENESS OF WORKERS PROTECTION

The present essay analyses statutory provisions about unjustified dismissals under Art. 18 of the Statuto dei lavoratori in view of the effectiveness for workers protection. The Author examines the Constitutional jurisprudence about the legal provision, secondly the sunset of specific performance caused by the Fornero Act and the Jobs Act and finally the provisions of the so-called «Dignity Decree» and the Constitutional Court judgment n. 194/2018. In the final part, the essay highlights the swing between compensation and sanction and concludes with the constitutional necessity for specific performance against unjustified dismissal.

Stefania Scarponi (*)

STATUTO, RAPPRESENTANZA E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

SOMMARIO: 1. Il modello «statutario». — 2. Le aporie dell'assetto statutario in relazione al criterio della rappresentatività sindacale. — 3. Referendum sull'art. 19, sovvertimento della logica statutaria e parziale correzione a opera della sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013. — 4. L'intervento legislativo nel sistema di relazioni sindacali e nelle competenze delle rappresentanze aziendali: art. 8, l. n. 148/2011, e art. 51, d.lgs. n. 81/2015. — 5. Il Testo Unico sulla rappresentanza sindacale e oltre. — 6. Le prospettive attuali della legislazione sulla rappresentatività e la rappresentanza.

1. — *Il modello «statutario»* — Andando a ritroso nel tempo e al dibattito che precedette e accompagnò l'approvazione dello Statuto dei lavoratori, si può ricostruire il clima dell'epoca e le caratteristiche della legge che proprio nella parte dedicata alla libertà sindacale e all'attività sindacale trovava il nucleo più forte. Occorre ricordare, come scrisse Federico Mancini (1), che esso fu concepito come strategia alternativa a quella della legge sindacale di attuazione dell'art. 39, seconda parte, sostenuta da una parte consistente dei giuristi dell'epoca – tra cui quelli facenti capo alla *Rivista giuridica del lavoro* – con l'obiettivo di creare sostegno al sindacato confederale rappresentativo perché si radicasse nelle fabbriche, ma senza trascurare il riconoscimento di altre forme di autotutela collettiva. Il Titolo II e il Titolo III dello Statuto, nonché l'art. 28, rappresentavano la parte più innovativa della legge, e la costituzione delle Rsa all'interno dei luoghi di lavoro era il fulcro della legislazione incentivante. Due profili critici emersero, tuttavia, nel periodo in cui la legge fu approvata: di tipo politico e di tipo giuridico.

Il primo dipendeva dalla crisi in cui versava il sindacato «storico» e dall'ingresso sulla scena di nuove forme di organizzazione spontanea a esso an-

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

(1) Mancini 1970.

tagoniste, al punto che, come ricorda ancora Mancini (2), «due noti giuristi come Ghezzi e Persiani espressero riserve sull'opportunità di puntellare un istituto che pareva già superato come il sindacato, e di rendere quest'ultimo garante di un movimento che viveva rispetto a esso innegabili momenti dialettici». In effetti, se così fosse stato, l'emanazione della legge avrebbe avuto un sapore autoritario nei confronti delle nuove formazioni, che negavano il metodo stesso del contratto collettivo e alle quali poteva interessare tutt'al più il diritto di assemblea. «Quel che salvò lo Statuto e ridette rilevanza all'ipotesi su cui era fondato fu il recedere dell'ondata eversiva e la crisi dei gruppi operai che l'avevano stimolata, e il ritorno in forze del sindacato tra la primavera e l'estate del 1969, [...] fino a dilagare nell'industria metalmeccanica, tessile, chimica delle fabbriche dell'Italia settentrionale, [...] una forza del tutto nuova e indiscutibilmente spontanea di esercizio dell'autonomia collettiva. Il movimento dei delegati non appariva congenitamente antagonista nei confronti del sindacato, anzi occupava quegli spazi che il sindacato lasciava vuoti o non riusciva a riempire» (3). Infatti, come è noto, fu la scelta delle maggiori confederazioni sindacali di riconoscere i delegati come proprie Rsa a far coincidere il *genus* autotutela con la *species* sindacato, saldando il movimento con l'organizzazione. Tale scelta permise che, mediante l'autoriforma organizzativa, il potere venisse sanzionato dal basso, cosicché l'egemonia sindacale trovò la sua legittimazione nella spontaneità (4) grazie alla formula «nell'ambito di» utilizzata dall'art. 19, che rinuncia a definire il tipo di legame organizzativo delle Rsa con le organizzazioni sindacali di riferimento (5).

Il secondo profilo critico riguardava la compatibilità del modello fondato principalmente sul criterio di maggiore rappresentatività confederale e nazionale, di cui alla lett. *a* dell'art. 19, con l'art. 39, primo comma, che dette avvio all'eccezione di incostituzionalità approvata alla sentenza della Corte costituzionale n. 54/1974 (6). Più in generale veniva contestato che

(2) *Ivi*, 65.

(3) *Ivi*, 66.

(4) Per un'analisi delle caratteristiche delle lotte operaie del 1968-1969 e dei documenti che sancirono l'emersione della figura del delegato si rinvia a Foa 1975, 154 ss. In tema, inoltre, Accornero 1992.

(5) Mancini 1972.

(6) L'ordinanza di rimessione – estensore Canosa – riguardava il caso di esclusione dalla titolarità dei diritti previsti dagli artt. 23 e 27 St. lav. di un sindacato aderente alla *Cisal*, e può leggersi in *Quale Giustizia*, 1971, n. 5-6, 49. La stessa Rivista dedicò allo Statuto i numeri 13-14, con i contributi di Treu, Mancini, Biagi, Carinci, Pedrazzoli, Borré, Martinelli, Romagnoli, Tosi, Balandi, Borghesi, Montuschi e Frediani.

il modello statutario delle Rsa fosse compatibile con quello costituzionale, tenuto conto della legittimazione a esse affidata di contrattare almeno in alcune materie come quelle di cui all'art. 4 e all'art. 6, che riguardavano tutti i lavoratori dipendenti dell'impresa, dal momento che non era rispettato il criterio del sindacato maggioritario quale agente negoziale. Tale obiezione era da respingere in quanto, pur essendo certamente fuori dal modello definito dall'art. 39, le Rsa non erano con esso incompatibili. Come fu puntualizzato, «il concetto di rappresentatività si articola lungo direttrici che non sono quelle della rappresentanza unitaria di stampo costituzionale, ma che tuttavia in prospettiva non la escludono. Vi è anzi omogeneità profonda tra il riconoscimento della maggiore rappresentatività di talune associazioni e il disegno costituzionale, volto com'è ad attribuire sempre maggior peso alle comunità intermedie» (7). Il problema di un trattamento differenziato tra organizzazioni sindacali era ritenuto superabile considerando che il diverso trattamento legislativo dipendeva dal diverso peso dalle stesse rivestito.

Tale principio, accolto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 54/1974, cit., si basa sia sulla garanzia della soglia minima di libertà sindacale, discendente dal Titolo II dello Statuto, sia sulla natura meramente definitoria dell'art. 19, che non impedisce ad altre organizzazioni di conquistarsi sul piano negoziale le stesse prerogative delle Rsa. La soluzione, tuttavia, non fu ritenuta appagante sotto molti profili, tra cui l'irrelevanza del grado di rappresentatività di ciascun sindacato, e fu alla base delle successive vicende che portarono al referendum (*infra*, par. 3).

Altro elemento rilevante del modello statutario era costituito dall'astensione da qualunque intervento che rendesse la contrattazione collettiva necessaria, come in qualche modo era invece emerso nel corso dell'*iter* del disegno di legge sull'esempio del *Wagner Act* nordamericano. L'impostazione prescelta, secondo la relazione di accompagnamento alla legge, rifugge dalla predisposizione di modelli normativi di contrattazione collettiva e di rapporti sindacali volendo evitare il pericolo dell'intromissione legislativa nella dinamica contrattuale (8). Di conseguenza, nello Statuto non è ravvisabile alcun obbligo generale a trattare, e solo in casi specifici è imposto

(7) Ghezzi 1971, 413.

(8) Illuminanti le parole di Mancini (1976, 178): «Il tipo di sostegno che lo Statuto assicura al sindacato è radicalmente diverso da quello che a esso offriva l'art. 39. La sua cornice di riferimento non è più la categoria, ma la fabbrica. Il suo oggetto non è la contrattazione ma l'attività che è a monte della stessa organizzazione, e il suo contenuto si articola nella previsione di privilegi e immunità che consentano ai sindacati di opporre al potere padronale un proprio potere».

un onere a trattare – come nel caso del controllo a distanza e delle visite personali di controllo – oppure un obbligo a trattare specifico, come nel caso della tutela dell'ambiente di lavoro non più lasciato alla competenza unilaterale del datore di lavoro, oppure per disciplinare istituti che riguardano direttamente l'organizzazione e l'attività sindacale, come nel caso degli artt. 12, 26, c. 2, 35 dello Statuto, comunque affidando all'ordinamento intersindacale l'individuazione dell'agente contrattuale (9).

In sostanza, l'incentivazione verso la contrattazione collettiva costituisce uno degli obiettivi centrali della legge, ma avviene in via indiretta e strumentale attraverso il rafforzamento della presenza sindacale in azienda e mediante la sanzione dell'antisindacalità nei confronti della violazione delle clausole obbligatorie e, a certe condizioni, delle clausole normative dei contratti collettivi. Nella stessa logica si giustificava il criterio di cui alla lett. *b* dell'art. 19 – pur essendo residuale rispetto a quello della lett. *a* basato sul collegamento con le confederazioni maggiormente rappresentative –, che, prevedendo come presupposto per la costituzione delle Rsa la sottoscrizione dei contratti collettivi a livello nazionale o provinciale, e dunque pur privilegiando la rappresentatività come «effettività», garantiva comunque l'impianto complessivo dello Statuto basato sulla promozione del sindacato sovraziendale affinché si radicasse nelle fabbriche.

2. — *Le aporie dell'assetto statutario in relazione al criterio della rappresentatività sindacale* — La razionalizzazione della materia mostra nel tempo le difficoltà di tenuta che emersero con riferimento sia alla questione della rappresentatività sindacale, sia a quella concernente la struttura delle Rsa data la loro natura bifronte, dovuta alla doppia legittimazione legale e contrattuale, e dunque esposta ai contraccolpi che hanno interessato entrambi i versanti.

In tema di maggiore rappresentatività, il criterio di essere «effettivamente e grandemente rappresentativi» formulato dalla giurisprudenza costituzionale nell'ambito dell'art. 19 dello Statuto per legittimare i sindacati privilegiati dalle norme del Titolo III corrispondeva, come è noto, più che a una ipostatizzazione di un particolare modello organizzativo del sindacato – quello confederale nazionale –, al riferimento a una particolare situazione cui era pervenuto «il sistema sindacale di fatto» caratterizzato dall'unità di azione tra le maggiori confederazioni (10) e dalla loro capacità di esprimere

(9) Treu 1974.

(10) La «genuinità» si basava sul corretto rapporto con le associazioni di categoria nel senso che solo una Confederazione diffusa fra molte categorie forti poteva a sua vol-

anche l'interesse dei non iscritti, nonché di autonoma organizzazione del pluralismo. In seguito, la difesa del modello confederale da parte della sentenza della Corte costituzionale 24.3.1988, n. 344, si radicava nei valori forti del modello statutario, quali la capacità di farsi carico dell'istanza solidaristica al massimo grado, riconducendo a unità interessi eterogenei a differenza del sindacato di mestiere, ma anche di far coincidere l'interesse operaio con quello nazionale. In realtà, tale sentenza sembrò adottare un approccio giudicato perfino più statutario dello Statuto (11), attribuendo alle tre Confederazioni compiti di carattere generale e costituzionalizzandone il privilegio per il ruolo politico istituzionale emerso anche attraverso il modello neocorporativo sviluppatosi nel corso degli anni ottanta.

Le ragioni di crisi di tale modello sono ben note: la diffusione del sindacato extraconfederale in aperta polemica con le tre grandi Confederazioni mediante la diffusione dei Cub e dei Cobas; la rottura del Patto federativo nel 1984 con le ripercussioni sui consigli di fabbrica; le situazioni di crisi nelle grandi aziende accompagnate da Cassa integrazione guadagni e licenziamenti collettivi che misero a rischio la tenuta della contrattazione aziendale. Nonostante l'importanza innegabile che quest'ultima rivestì in quella fase, si manifestò la difficoltà di mantenere le tradizionali categorie concettuali su cui si basava la tesi dell'efficacia tendenzialmente generale del contratto collettivo aziendale a fronte della rottura degli organismi unitari e della mancanza di regole di democrazia sindacale, che sollevarono un ampio dibattito sull'esigenza di «nuove regole» per gli organismi di rappresentanza nei luoghi di lavoro (12) che si accompagnava a quella di «ripensare il sindacato» (13).

Le trasformazioni complessive investirono i pilastri su cui si reggeva l'equilibrio precedente e incisero profondamente sul tessuto statutario, nonostante l'effetto stabilizzatore derivante dalla stipulazione del Protocollo Giugni nel 1993, che, tra l'altro, istituiva quale organismo di rappresentanza nei luoghi di lavoro le Rsu a formazione elettiva aperta anche ai non iscritti, legittimate a negoziare a livello aziendale, come risposta all'esigenza pressante di affrontare almeno in parte le questioni attinenti il rapporto fra rappresentanti e rappresentati, ovvero il «non detto dello Statuto» (14), mantenendo

ta essere maggiormente rappresentativa, ed evitare il fenomeno della rappresentatività «irradiata». Si escludeva, inoltre, l'uso della lett. *b* dell'art. 19 in funzione del recupero delle associazioni non aderenti alle Confederazioni maggiormente rappresentative.

(11) Suppiej 1991.

(12) Per tutti, cfr. Mariucci 1995.

(13) Lettieri 1989.

(14) D'Antona 1990.

la peculiare struttura di «canale singolo» delle rappresentanze aziendali. Il Protocollo, peraltro, lungi da fornire una regolamentazione esaustiva, auspicava una legge in materia di rappresentatività sindacale e di attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi conformi alla volontà della maggioranza dei lavoratori, in modo da conferire sanzione legislativa alle regole destinate a tutti gli interlocutori, oltre il campo di applicazione delle regole pattizie. Tale prospettiva, pur essendo stata coltivata (15), rimase senza esito, lasciando irrisolti molti interrogativi accentuati dall'avvio alla legislazione «devolutiva», iniziata nel corso degli anni ottanta con la «legislazione dell'emergenza» e poi della «flessibilità», che attribuiva ai sindacati maggiormente rappresentativi la legittimazione a stipulare contratti collettivi, anche aziendali, derogatori *in peius* a disposizioni di legge con efficacia, quanto meno indirettamente, generalizzata (16). In mancanza di regole precise, restavano aperte non poche questioni, tra cui quale soluzione applicare in caso di conflitto fra Confederazioni tutte maggiormente rappresentative, o quali criteri utilizzare per la valutazione della rappresentatività sindacale, affidata alla giurisprudenza senza garanzia di effettiva selettività; problema che si sommava a quello posto dai fenomeni di rappresentatività «presunta» e di rappresentatività «irradiata» in caso di adesione a una Confederazione maggiormente rappresentativa di sindacati pur privi di seguito in azienda e, non ultimo, al rischio di prassi di accreditamento datoriale. Proprio con riferimento a tale problema si verificò un'inversione di tendenza nell'approccio astensionista, dovuta alla sentenza della Corte costituzionale 26.1.1990, n. 30, che rivolse per la prima volta un monito al legislatore sollecitando l'introduzione di puntuali indici di riferimento per misurare la rappresentatività sindacale (17).

(15) Il d.d.l. Gasperoni, presentato nel corso della XIII Legislatura e approvato alla Camera nel 1999, definiva la soglia di rappresentatività necessaria per la legittimazione a negoziare, per la titolarità a eleggere le Rsu, nonché le condizioni per il conferimento dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, ovvero il superamento della soglia del 51% di rappresentatività come media fra iscritti e risultati elettorali (Cella Treu, 40).

(16) Benché la questione rimanga controversa, la tesi che esclude quest'ultima dall'applicazione della seconda parte dell'art. 39 non è convincente né sotto il profilo costituzionale, alla luce della lettura unitaria della norma da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale, né sotto il profilo concreto, dal momento che nessuna delle tesi avanzate per sostenere l'efficacia indirettamente *erga omnes*, pur accolta dalla giurisprudenza, è definitivamente appagante, tanto più in presenza di rotture dell'organismo unitario o di dissensi frequenti anche al suo interno e della progressiva diffusione dei contratti collettivi separati.

(17) La sentenza invocava, in tal senso, l'integrazione del quadro normativo mediante: «gli indici di rappresentatività, i modi di verifica del consenso, l'ambito in cui

L'esigenza di verifica della rappresentatività, quale valore immanente dell'ordinamento che conferisce razionalità al sistema di selezione dei sindacati onde evitare cristallizzazioni della loro capacità rappresentativa, è stata ulteriormente riaffermata dalla Corte costituzionale con la sentenza 22.11.1995, n. 492, all'insegna del «continuismo» pur dopo la modifica dell'art. 19 (18) (*infra*, par. 3). Nel ribadire il persistere di tale criterio selettivo nell'ambito della partecipazione istituzionale e in quello contrattuale collettivo, la sentenza lascia intendere che il riferimento al criterio della stipulazione dei contratti collettivi, pure importante (19), costituisca un mero «indice presuntivo» del possesso della rappresentatività sindacale. Tale approccio non è stato condiviso, tuttavia, dalla sentenza immediatamente successiva della Corte costituzionale n. 244/1996, sollecitata dall'esito referendario, mentre riaffiora nella sentenza n. 231/2013, pur senza approdare a un quadro definitivamente appagante.

3. — *Referendum sull'art. 19, sovvertimento della logica statutaria e parziale correzione a opera della sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013* — Il sovvertimento del modello statutario avvenuto mediante il referendum del 1995 sull'art. 19 è troppo noto per richiedere approfondimenti. L'eliminazione della lett. *a* – e dunque del riferimento alle Confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale – e il livello anche solo aziendale del contratto collettivo di cui alla lett. *b* dell'art. 19, presupposto per la titolarità dei diritti sindacali in azienda, hanno travolto sia il sistema fondato sul sostegno all'organizzazione confederale (20) sia la portata dell'assetto complessivo fondato sulla rappresentatività storica, oltre che sulla «effettività» dell'azione sindacale. Il problema di fondo, destinato a riemergere nel corso della vicenda *Fiat*, dipende dalla sovrapposizione di due dimensioni che lo Statuto aveva mantenuto consapevolmente separate: quella attinente ai diritti sindacali e quella attinente al conflitto per il riconoscimento al tavolo delle trattative. La necessità di un intervento legislativo è stata immediatamente sottolineata (21) per poter ripristinare l'equilibrio tra dimensione organizzativa e dimensione della rappresentanza negoziale.

questo deve essere effettuato, i criteri di proporzionalità della rappresentanza e gli strumenti di salvaguardia degli obiettivi solidaristici ed egualitari del sindacato».

(18) Ricci 1999, 229.

(19) Secondo la sentenza citata: «la firma dei contratti collettivi è genuina espressione del principio di effettività dell'azione sindacale desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa dell'autonomia collettiva» (p. 13).

(20) Giugni 1995, 366.

(21) Tra gli altri: Mariucci 1995; Romagnoli 1996.

Tale questione assume un'importanza cruciale che si riverbera sull'esercizio della libertà sindacale, e non può essere superata dalla tesi secondo la quale il contratto collettivo a efficacia soggettivamente limitata sarebbe comunque sottoposto alla validazione anche dei non iscritti, e dunque creerebbe la presunzione che il contratto costituisca la riprova dell'effettiva rappresentatività mediante l'esercizio della rappresentanza.

La Corte costituzionale, peraltro, con la sentenza n. 244/1996, cit., ha avvalorato la costituzionalità della norma di risulta accogliendo la tesi che l'opportunità delle scelte negoziali formi oggetto di una valutazione che fa parte esclusivamente degli *interna corporis* dell'organizzazione sindacale a salvaguardia della libertà di organizzazione, e respingendo l'idea di un controllo su eventuali condizionamenti alla sottoscrizione del contratto collettivo dettati dalla volontà di accedere ai diritti sindacali garantiti dallo Statuto. In sostanza, secondo la sentenza, il nuovo presupposto costituisce un «criterio ragionevole di differenziazione» tra le organizzazioni sindacali, stante la legittimità ed efficacia del riferimento al principio di «effettività» dell'azione sindacale consistente nella sottoscrizione dei contratti collettivi, avvertendo solo l'esigenza di garantire l'autenticità e importanza dell'azione sindacale mediante i correttivi concernenti la effettiva partecipazione alle trattative e il fatto che il contratto collettivo sottoscritto abbia contenuti normativi rilevanti, pur essendo stato esteso anche alla stipulazione dei contratti di gestione. Anche in questa occasione la Corte ribadisce, peraltro, l'opportunità di regolare più razionalmente la materia mediante criteri alternativi indicando al legislatore quello associativo oppure quello elettorale, «se realizzato in modo universalistico», con implicita critica al sistema del «terzo riservato» proprio delle elezioni delle Rsu, impendendo così un recepimento in legge delle regole del Protocollo del 1993.

L'inerzia legislativa, come è noto, ha lasciato irrisolte le contraddizioni in seguito esplose con la vicenda *Fiat* e la crisi del sistema di relazioni sindacali: la pretesa di applicare in modo letterale la disposizione dell'art. 19, distorcendo la logica alla base della norma, è avvenuta in concomitanza all'introduzione di un contratto collettivo denominato di «primo livello», stipulato dalla *new-co* del gruppo Fiat (Fca) dopo la cessazione del vincolo associativo con Confindustria, e conseguente uscita dal sistema contrattuale collettivo che ha comportato in primo luogo il disconoscimento dell'accordo sulle Rsu e successivamente l'ammissione in azienda delle sole Rsa dei sindacati firmatari del contratto collettivo aziendale.

Il cospicuo contenzioso che ne è derivato è approdato alla sentenza «ad-ditiva» della Corte costituzionale n. 231 del 2013, cit., che ha interpretato l'art. 19 nel senso che il termine «sindacati firmatari» debba essere inteso

come «sindacati partecipanti alle trattative» (22), secondo una tesi dottrinale avanzata immediatamente dopo il referendum (23). Come già rilevato in dottrina (24), l'interpretazione strettamente letterale dell'art. 19 avrebbe creato un contrasto palese con il primo comma dell'art. 39 quale sanzione del dissenso del sindacato non firmatario che «sia comunque forte di un effettivo consenso tra i lavoratori rappresentati, arrivandosi altrimenti a una eterogenesi dei fini della disposizione in oggetto» (25) con il rischio, poi, di favorire di fatto comportamenti manipolativi da parte delle imprese e collusivi da parte dei sindacati.

L'abbandono dell'approccio seguito dalla sentenza n. 244/1996, cit., è ampiamente argomentato sulla base del «mutato scenario di relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali» data la rottura consumatasi negli anni precedenti fra le maggiori organizzazioni sindacali, sia a livello confederale che di categoria, e la diffusione del fenomeno dei contratti collettivi separati con il conseguente venir meno del presupposto di fatto che reggeva l'utilizzo del criterio dell'effettività della rappresentanza di cui alla lett. *b* dell'art. 19. Valorizzare la partecipazione alle trattative è coerente, del resto, con il principio proprio dell'attuale assetto che regge il Titolo III dello Statuto, basato sull'atto di reciproco riconoscimento tra le parti al momento di inizio delle trattative, a nulla rilevando l'esito delle stesse. In sostanza, correggendo il testo letterale della disposizione, la Corte ha emesso una sentenza autodefinita additiva di principio ma in realtà a carattere «manipolativo/sostitutivo» non estraneo alla tradizione inaugurata da tempo in materia sindacale, pur con alcune non trascurabili specificità (26).

La natura complessa dell'operazione ermeneutica compiuta dalla Corte costituzionale è apprezzabile come unica soluzione possibile, per evitare il vuoto normativo che sarebbe derivato da una pronuncia di incostituzionalità, ma lascia senza soluzione l'ipotesi in cui manchi un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva per carenza di attività negoziale o per impossibilità di pervenire a un accordo aziendale. Né la senten-

(22) La Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 nella parte in cui «non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda».

(23) Garofalo 1995.

(24) Ghera 2013.

(25) C. cost. n. 231/2013, cit., 7.

(26) Pone in luce in chiave critica le differenze rispetto alla natura della sentenza n. 244/1996 Carabelli (2015).

za chiarisce quale sia la portata della rappresentatività sindacale in relazione alla partecipazione alle trattative per il rinnovo del contratto collettivo, pur riconoscendo il diritto di invocare l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori in caso di indebito rifiuto da parte del datore di lavoro ad ammettere al tavolo delle trattative un sindacato che sia in possesso di una rappresentatività provata «dai fatti e dal consenso raggiunto», recuperando l'approccio secondo il quale la partecipazione all'attività contrattuale costituisce solo uno dei modi di attestazione della rappresentatività sindacale, che può derivare, di conseguenza, anche dalla misurazione del consenso conseguito fra i lavoratori.

Anche in questa occasione la Corte fa rinvio al legislatore per apprestare la soluzione più compiuta delle questioni rimaste sul tappeto delineando una gamma di misure (27) che, tuttavia, non hanno trovato accoglimento. In merito, la proposta di recepire in legge le regole intersindacali che si andavano formando tramite successivi accordi è stata correttamente giudicata impraticabile (28) (*infra*, par. 5).

4. — *L'intervento legislativo nel sistema di relazioni sindacali e nelle competenze delle rappresentanze aziendali: art. 8, l. n. 148/2011, e art. 51, d.lgs. n. 81/2015* — Un ulteriore elemento di rottura con il modello statutario, basato sulla non interferenza del legislatore nel sistema della contrattazione collettiva, si è realizzato nei confronti della disciplina autonomamente definita degli accordi interconfederali dopo la vicenda *Fiat* sulla base della ritrovata unità di azione tra le maggiori Confederazioni. Tali accordi hanno mostrato capacità di autoregolazione del pluralismo sindacale, nonché di governo della struttura della contrattazione collettiva, mediante il riconoscimento controllato di margini di deroghe *in peius* ai contratti collettivi decentrati, la definizione delle procedure di approvazione dei contratti collettivi nel rispetto del dissenso, e l'introduzione di strumenti in grado di conferire stabilità ai frutti dell'autonomia collettiva. Fulcro di questa operazione, che ha condotto al «trittico» costituito dall'A.I. del 2011, dal Protocollo del 2013 e dal Testo Unico sulla rappresentanza del 2014 (*in-*

(27) Tra le ipotesi rientrano: l'individuazione di un indice di rappresentatività a partire dal numero degli iscritti al sindacato, connesso a un obbligo a trattare con i sindacati che superino una certa soglia di sbarramento; l'attribuzione al parametro di «firmatari del contratto collettivo» del carattere di rinvio generale al sistema contrattuale e non al singolo contratto collettivo applicato nell'unità produttiva vigente; il riconoscimento del diritto di ciascun lavoratore a eleggere rappresentanze nei luoghi di lavoro.

(28) Magnani 2014.

fra, par. 5), è la consapevolezza della necessità di strumenti di misurazione della rappresentatività sindacale.

In presenza dell'assetto definito negozialmente, ha assunto il segno di svolta epocale (29) la «vera e propria legge sindacale» (30) emanata dopo qualche mese dalla stipulazione dell'Accordo interconfederale del 2011, consistente nell'art. 8, l. n. 148 del 2011, che regola la cd. contrattazione di prossimità. Come è noto, il comma 2-*bis* della disposizione citata configura la possibilità di raggiungere «specifiche intese» derivanti da contratti aziendali o territoriali che a determinate condizioni assumono efficacia *erga omnes*, aventi contenuto derogatorio sia della disciplina legale sia di quella posta dal contratto nazionale di categoria in una gamma amplissima di materie, qualora le intese siano finalizzate a perseguire gli obiettivi indicati, peraltro in modo del tutto ampio e generico.

Il prevalere della dimensione aziendale anche indipendentemente dal coordinamento con la struttura contrattuale complessiva e la vasta competenza a derogare disposizioni di legge attinenti l'organizzazione del lavoro e il rapporto di lavoro, e non più specifici istituti, differenzia profondamente questo modello di rinvio legislativo all'autonomia collettiva dal precedente e consolidato modello di «flessibilità controllata». Inoltre, la tecnica di estensione dell'efficacia del contratto collettivo di prossimità solo apparentemente rispetta il criterio di maggioranza, essendo sufficiente che il contratto sia stipulato «da» sindacati comparativamente più rappresentativi, oppure dalle «loro Rsa», oppure «dalle Rsu», o addirittura che «sia approvato tramite referendum tra i lavoratori interessati». I consistenti dubbi di costituzionalità sollevati nei confronti di tale disposizione (31) non sono superabili neppure mediante l'interpretazione costituzionalmente orientata che intende la disposizione come rinvio al sistema delle regole definite dal sistema sindacale (32); tesi che appare una forzatura rispetto al contenuto letterale del testo normativo. Il suo uso finora contenuto da parte dei sindacati – che hanno ribadito l'intenzione di non voler dare applicazione che alle regole introdotte con l'A.I. – non diminuisce la gravità delle questioni sollevate sotto il profilo sistemico.

Sebbene appaia meno dirompente, anche la tecnica utilizzata per effettuare il rinvio alla contrattazione collettiva nella legislazione connessa al

(29) In tema, cfr. Perulli, Speciale 2011.

(30) Leccese 2012, 479.

(31) Data la vastità della bibliografia mi permetto di rinviare all'analisi di Scarponi 2016a.

(32) Al riguardo, Barbieri 2012.

Jobs Act è invasiva del sistema intersindacale (33). La tecnica di rinvio ai contratti collettivi in chiave non solo integrativa ma anche derogatoria della disciplina legislativa, ai sensi dell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, si rivolge «a» e non «ai» sindacati comparativamente più rappresentativi, e rende superflua la ricerca di unitarietà dell'azione sindacale che, al contrario, costituiva un elemento cruciale per il corretto funzionamento di questo modello di interazione fra legge e contrattazione collettiva. Inoltre, il rinvio è stabilito indifferentemente alla struttura nazionale e a quella aziendale in posizione di equivalenza, ignorando completamente sul punto le regole poste dagli A.I., che, essendo efficaci limitatamente agli iscritti, non impediscono a organizzazioni esterne di avvalersi delle prerogative ivi riconosciute quali soggetti della contrattazione aziendale con competenza derogatoria alle norme di legge e dei contratti nazionali innescando una potenziale competitività al ribasso delle condizioni di lavoro.

Le disposizioni descritte, tuttora vigenti nel nostro ordinamento, alterano in modo profondo la dialettica tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale, a maggior ragione a causa della diffusione di un elevato pluralismo sindacale non organizzato, ribaltando la logica che aveva ispirato l'emanazione dello Statuto dei lavoratori.

5. — *Il Testo Unico sulla rappresentanza sindacale e oltre* — Le questioni analizzate non sono state definitivamente risolte neppure dopo la sottoscrizione del Testo Unico sulla rappresentanza sindacale del 2014, nonostante l'ampiezza delle materie regolate che permette ai sindacati confederali di superare l'anomia del sistema precedente (34).

L'apprezzamento espresso da parte della dottrina (35) riguarda in primo luogo l'introduzione dell'obbligo a trattare i rinnovi dei contratti collettivi nazionali con i sindacati che raggiungano determinate soglie di rappresentatività, che risponde agli interrogativi sollevati dalla sentenza costituzionale sull'art. 19 ed evita il rischio dell'accreditamento di sindacati con scarso seguito. Inoltre, la regola della maggioranza per la sottoscrizione dei

(33) Cfr.: Bellardi 2016; Gottardi 2016.

(34) Oltre alle regole sulla partecipazione alle trattative sono previste le procedure per costituire le rappresentanze nei luoghi di lavoro definendo il rapporto tra Rsu e Rsa, e inoltre le condizioni per la stipulazione e l'efficacia del contratto collettivo nazionale e di quello aziendale, privilegiando il ricorso alla democrazia diretta. Altra parte del T.U. concerne le condizioni per «rendere esigibili» le clausole dei contratti sottoscritti.

(35) Tra gli altri da Scarpelli 2014, Caruso 2014, Tosi 2014, Liso 2014 e Carinci 2014.

contratti collettivi intende prevenire la stipulazione degli «accordi separati» accentuando il consolidamento della ricerca del consenso unitario fra le Confederazioni. In materia di rappresentanza nei luoghi di lavoro, il riconoscimento sia delle Rsa sia delle Rsu – con l'abbandono della quota associativa «riservata» nella costituzione di queste ultime e l'inserimento della «clausola di salvaguardia» di rinuncia alla costituzione delle Rsa – riflette il quadro oramai assestato nell'ambito delle relazioni industriali non solo in Italia; sotto altro profilo, la diversa procedura di approvazione del contratto collettivo aziendale a seconda dei soggetti firmatari corrisponde alla differente legittimazione e capacità rappresentativa propria di ciascun organismo, nonché all'importanza del ricorso alla democrazia diretta.

Altre soluzioni suscitano maggiore cautela. Il venir meno del «terzo riservato» nella costituzione delle Rsu, pur positivo per la maggior trasparenza del risultato elettorale e per la maggiore inclusività verso organizzazioni sindacali non aderenti alle Confederazioni, fa venir meno il coordinamento organizzativo tra i soggetti dei diversi livelli negoziali. Vi è dunque il rischio di maggiore aziendalizzazione delle relazioni industriali (36) che richiede soluzioni in grado di assicurare il raccordo con il livello nazionale di categoria. Altre riserve riguardano il ricorso al principio di maggioranza nella delibera di approvazione del contratto collettivo coniugato con il sistema delle clausole di «raffreddamento» e di «esigibilità» e relative sanzioni, che vincola comunque anche i sindacati dissenzienti (37).

In tema di rappresentanze nei luoghi di lavoro, un altro nodo controverso concerne il criterio adottato per individuare il sindacato che «partecipa alle trattative», dato che le regole intersindacali sono più restrittive di quelle emergenti dall'art. 19 dello Statuto secondo l'interpretazione della Corte costituzionale (38). La differenza fra modello legale e negoziale fa sì che persista un doppio canale nell'accesso ai diritti di cui al Titolo III, con il rischio di indurre fenomeni di concorrenzialità fra le Rsa di fonte legale e le Rsa di fonte esclusivamente contrattuale a seconda delle valutazioni di opportunità delle singole organizzazioni sindacali. Si configurano possibili riflessi anche sul versante della costituzione delle Rsu, dato che la clausola

(36) Fra gli altri, cfr. Maresca 2016, 144.

(37) Bavaro 2014.

(38) Non è sufficiente il raggiungimento della soglia minima del 5% a conferire alle organizzazioni sindacali che aderiscono al Protocollo il diritto a costituire proprie rappresentanze, in quanto i sindacati devono soddisfare altre due condizioni: aver «contribuito alla definizione della piattaforma» nonché «aver fatto parte della delegazione trattante dell'ultimo rinnovo del Ccnl definito secondo le regole del presente accordo».

di salvaguardia ha origine negoziale e non può oltrepassare i limiti di efficacia soggettiva obbligatoria che le sono propri.

Nonostante tali rilievi critici, sul piano del riscontro concreto è proprio la parte riguardante le rappresentanze nei luoghi di lavoro quella effettivamente attuata, mentre non ha trovato applicazione quella relativa alla misurazione della rappresentatività sindacale. In generale, il T.U. ha dimostrato capacità espansiva sia ricevendo adesioni anche da parte dei sindacati non firmatari del Protocollo, come i Cobas, sia proiettandosi sugli accordi interconfederali a contenuto simile sottoscritti in numerosi settori anche al di fuori dell'ambito industriale (39), molti dei quali hanno previsto la misurazione della rappresentatività pure sul versante delle associazioni datoriali come fattore oramai ineludibile delle relazioni industriali (40). Quest'ultimo dato è confermato altresì dal «Patto per la fabbrica» del 9 marzo 2018, sottoscritto dalle contrapposte organizzazioni sindacali con lo scopo di definire gli assetti e i contenuti della contrattazione collettiva. Esso riafferma, per un verso, la struttura bipolare del sistema negoziale e il valore del contratto collettivo nazionale quale «garante dei trattamenti economici e normativi comuni a tutti i lavoratori del settore, ovunque impegnati sul territorio nazionale», ma al contempo invita il Cnel a individuare un percorso in grado di contrastare il *dumping* sociale (41).

6. — *Le prospettive attuali della legislazione sulla rappresentatività e la rappresentanza* — La proposta di una legislazione sindacale all'epoca attuale si aggiunge a quelle emerse nel periodo immediatamente successivo al varo del T.U. sulla rappresentanza, che peraltro mostrano visioni diverse sui contenuti di una possibile legge in materia, pur essendo comune a tutte l'intento di abrogare, o quanto meno modificare, l'art. 8, l. n. 148/2011. L'esigenza di affrontare le anomalie dell'art. 19 si iscrive secondo alcune di esse nella prospettiva più ampia di attuazione costituzionale, in particolare degli artt. 39 e 46, come quella avanzata dal gruppo di studiosi facenti capo alla Rivista *Diritti Lavori Mercati* (42) e la proposta di legge di iniziativa popolare della Cgil (43). Quest'ultima è volta a rilanciare l'immagine di «sindacato dei diritti» a vocazione di rappre-

(39) Da ultimo, Lassandari 2019.

(40) Per tutti, cfr. Bellardi 2016.

(41) Lassandari 2019; Vitaletti 2019.

(42) Zoppoli *et al.* (a cura di) 2014.

(43) *Carta dei diritti universali del lavoro. Nuovo Statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori*, in RGL (a cura di) 2016, *Documentazione*, 233 ss.

sentanza generale dei lavoratori e, oltre a correggere gli aspetti meno convincenti del rapporto fra disciplina legale e negoziale in materia di rappresentanze nei luoghi di lavoro, intende preconstituire un quadro di supporto alle maggiori organizzazioni sindacali a fronte dell'indebolimento del loro ruolo di «contropotere», data l'ampiezza lasciata al potere unilaterale nella gestione delle imprese, regolando sia la contrattazione nazionale sia quella a livello aziendale. Ben diversa è la prospettiva che ha focalizzato esclusivamente sul tema delle relazioni sindacali a livello aziendale, rinunciando a intervenire in modo complessivo sulla contrattazione collettiva. In tale logica si colloca l'elaborazione presentata dal gruppo di studiosi denominati «Freccia Rossa» (Caruso B., De Luca Tamajo R., Del Punta R., Marazza M., Maresca A., Perulli A., Romei R., Scarpelli F., Speciale V.), che focalizza la disciplina della contrattazione aziendale e delle rappresentanze nei luoghi di lavoro, in particolare per ciò che concerne l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo sulla base di una pretesa differenza che sottrarrebbe quest'ultima ai vincoli dell'art. 39, seconda parte (44); questione che tuttavia, come si è già ricordato, è molto controversa (*supra*, nota 16). Altre caratteristiche evidenziano un allontanamento profondo dal modello statutario originario, se si considera che la dimensione aziendalistica assume una netta preponderanza rispetto a quella nazionale anche nel caso di deroghe *in peius* (45), allontanandosi dalla struttura tipica della contrattazione collettiva italiana organizzata su due livelli con «effetti snaturanti del sistema tipico di relazioni industriali» (46), a differenza di quanto avviene nelle altre proposte citate, sia pure con soluzioni più o meno stringenti (47).

Il dibattito è tutt'altro che risolto, come è noto, anche a causa del persistere delle obiezioni all'intervento legislativo proprie di chi ritiene la visione astensionista quale irrinunciabile categoria concettuale del diritto del lavoro e si oppone non solo all'idea della possibilità di attuare l'art. 39 della Costituzione, ma altresì a qualunque regolamentazione legislati-

(44) Caruso 2014.

(45) La soluzione in materia di rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro abbandona la compresenza delle Rsa e delle Rsu, affidando ai dipendenti con decisione a maggioranza la decisione su quale tipo di organismo scegliere quale titolare dei diritti sindacali in azienda e agente negoziale anche dei contratti collettivi derogatori *in peius* sulle materie di rinvio legislativo senza obbligo di rispettare quanto stabilito al riguardo dal contratto nazionale, pur essendo la gamma di materie più ristretta di quella attualmente prevista dall'art. 8, l. n. 143/2011, di cui si prevede l'abrogazione.

(46) Mariucci 2016, 13.

(47) Leccese 2016.

va che si sovrapponga a quella intersindacale (48). Si tratta di opinioni che tuttavia non tengono conto delle trasformazioni significative che hanno investito il sistema di relazioni industriali, ancor più accentuate rispetto a quelle apprezzate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 231/2013, cit., stante la concorrenzialità al ribasso che ha investito la sfera dei contratti nazionali di categoria, sia per la moltiplicazione dei contratti collettivi, in alcuni casi veri e propri contratti «pirata», posta in evidenza dai rapporti del Cnel (49), sia per la frammentazione delle associazioni datoriali e perdita di rappresentatività di molte di esse dovuta alla frequente fuoriuscita dei datori di lavoro. La presenza di una molteplicità di contratti collettivi nello stesso settore merceologico pone in difficoltà anche l'applicazione dell'art. 36, c. 1, della Costituzione, che in passato costituiva la via tradizionale per evitare di applicare la seconda parte dell'art. 39. Il mutamento che ne risulta è talmente profondo da giustificare l'assunzione di una prospettiva diversa da quella tradizionalmente basata sull'*abstention of law* nel campo delle relazioni sindacali, riportando in discussione il tema di una legislazione che possa sopperire alla difficoltà di tenuta del quadro dogmatico-interpretativo in materia di pluralismo sindacale, rappresentatività sindacale, efficacia del contratto collettivo (50).

La via recentemente imboccata dalle proposte legislative, come è noto, non riguarda il tema della costituzione e delle prerogative delle rappresentanze nei luoghi di lavoro, ma quello del salario minimo, che rilancia il ruolo fondamentale dei contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Essi precostituiscono il parametro cui dovrà essere raggugliato il salario legale, seguendo la tecnica già sperimentata nel settore degli appalti pubblici e in quello delle cooperative. Non è questa la sede per un adeguato approfondimento sotto il profilo costituzionale (51). Ci si limita a prendere in considerazione alcune questioni connesse all'uso dei criteri cui commisurare la rappresentatività dei sindacati stipulanti i contratti collettivi di riferimento, fermo restando che si tratta del metodo per individuare il peculiare contratto collettivo cui va rapportato il salario minimo, senza regolamentare direttamente i soggetti della contrattazione e dunque preservando la libertà sindacale. In merito è stata avanzata un'obiezione ad applicare il criterio

(48) Per tutti: Ferraro 2016; Gragnoli 2016.

(49) Treu 2019.

(50) Pascucci 2018; De Luca Tamajo 2018; Ballestrero 2019; Treu 2019.

(51) In tema, cfr.: Pascucci 2018; Ballestrero 2019.

misto che fa leva sia sul seguito associativo sia su quello elettorale, secondo gli indici di misurazione anche quantitativi stabiliti dal T.U. sulla rappresentanza del 2014 (52), a causa di un preteso contrasto con il modello associativo di sindacato menzionato dalla norma costituzionale (53). Essa è superabile, tuttavia, alla luce della costituzionalizzazione del parametro elettorale a opera delle citate sentenze n. 30/1990 e n. 231/2013, che lo hanno indicato fra le soluzioni percorribili da parte di un possibile intervento legislativo. D'altra parte, la costituzione elettiva delle Rsu è conforme all'esigenza di democraticità delle organizzazioni sindacali stabilita dal modello costituzionale, seppure non ne esaurisca il contenuto, essendo inoltre fondata su un modello aperto e inclusivo di partecipazione alla competizione elettorale (54).

Secondo la proposta attualmente in discussione, l'individuazione dei criteri di misurazione della rappresentatività è demandata a una Commissione presso il Cnel, cui spetta affrontare anche la questione cruciale dell'individuazione degli ambiti contrattuali cui commisurare la rappresentatività sindacale (55). In questa logica, la determinazione dei criteri potrà avvenire in modo non necessariamente coincidente con quelli definiti dal T.U. sulla rappresentanza e, di conseguenza, potrebbero essere accolti alcuni criteri qualitativi già elaborati dalla giurisprudenza o altri criteri propri dell'elaborazione in materia, quale, tra gli altri, la «propensione al conflitto», data la sua valenza positiva per contrastare il rischio di sindacati non genuini (56). È auspicabile che si eviti in ogni caso il rischio di valutazioni scarsamente selettive, come già emerso in passato nell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 19 dello Statuto.

La complessità del disegno politico-sindacale solleva interrogativi sugli effetti che potrebbero prodursi sul versante delle relazioni sindacali e

(52) Cui fa direttamente rinvio il d.d.l. Senato n. 658/2018, art. 3.

(53) Fra gli altri, Tosi 2014.

(54) Mi permetto di rinviare in merito a Scarponi 2016b.

(55) D.d.l. Senato n. 1132/2019, art. 2, «Norme in materia di retribuzione, rappresentanza e contrattazione collettiva». Si prevede la costituzione di una Commissione paritetica presso il Cnel con il compito di determinare i criteri di rappresentatività di tutte le organizzazioni, anche delle associazioni sindacali, nonché di individuare gli ambiti e l'efficacia della contrattazione collettiva, tenendo conto degli accordi interconfederali stipulati in materia dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. La Commissione procede anche alla determinazione degli ambiti della contrattazione collettiva di primo livello, tenuto conto dell'esigenza di riduzione del numero dei contratti collettivi e dell'esigenza di evitare sovrapposizioni.

(56) In tal senso Vitaletti 2019.

su quello costituzionale, alla luce della storia della mancata attuazione dell'art. 39 (57), e impone necessariamente cautela nelle valutazioni. In senso positivo, va sottolineato che l'attuale prospettiva si propone di mantenere e semmai accrescere lo spazio lasciato alle maggiori organizzazioni sindacali a difesa degli interessi collettivi nella logica di inclusività e solidarietà sociale propria del modello costituzionale, coinvolgendo gli istituti della rappresentanza al fine di ridurre le diseguglianze tra i lavoratori sul versante retributivo e il *dumping* sociale derivante dal pluralismo disorganizzato. Con tutte le differenze del caso, si può auspicare che ritorni la visione che ispirò le grandi lotte del 1969 per «l'egualitarismo salariale» che compattarono allora le masse dei lavoratori con le nuove forme di organizzazione sindacale conferendo anche ai maggiori sindacati potere e incisività sociale (58).

In relazione al Titolo III dello Statuto, l'assetto attuale dell'art. 19 resta insoddisfacente, dato che i paradossi derivanti dalla norma di risulta non hanno trovato soluzione. In particolare, è tuttora senza risposta l'esigenza di superare l'anomalia costituita dal riconoscimento dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro e dell'esercizio delle loro prerogative solo a condizione della partecipazione dei sindacati alle trattative negoziali. Il pieno rispetto della libertà sindacale esigerebbe che la titolarità venisse riconosciuta sulla base del livello di rappresentatività misurato di ciascuna organizzazione, attribuendo ai lavoratori il diritto individuale a eleggere le proprie rappresentanze cui affidare compiti sia partecipativi sia negoziali, il che renderebbe omaggio al criterio di democrazia sindacale e democrazia in azienda coerente con il disegno costituzionale. Tenuto conto del rilievo assunto dalla dimensione transnazionale di molte imprese multinazionali con sede sul territorio nazionale, sarebbe importante affrontare altresì il nodo del raccordo con i comitati aziendali europei, onde realizzare il coordinamento sistematico con gli organismi di rappresentanza dei lavoratori a livello aziendale. Problemi che si sommano all'esigenza di abrogare, o quantomeno modificare, le disposizioni sopra analizzate apertamente invasive del sistema intersindacale.

(57) Romagnoli 2019.

(58) Cfr. Accornero (1992), anche per la critica nei confronti dell'evoluzione successiva del sindacato.

Riferimenti bibliografici

- Accornero A. (1992), *La parabola del sindacato*, il Mulino, Bologna.
- Ballestrero M.V. (2019), *Retribuzione sufficiente e salario minimo*, in *RGL*, n. 2, I, 235 ss.
- Barbieri M. (2012), *Contrattazione di prossimità e art. 8, l. n. 148/2011*, in *RGL*, n. 3, I, *Opinioni a confronto*, 461 ss.
- Bavaro V. (2014), *Il principio di maggioranza nelle relazioni industriali*, in *LD*, n. 1, 3 ss.
- Bellardi L. (2016), *Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive*, in *LD*, n. 4, 939 ss.
- Bellocchi P. (2012), *Il caso Fiat davanti alla Corte costituzionale, osservazioni sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, II, 1020 ss.
- Carabelli U. (2015), *Rappresentanza e rappresentatività sindacale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013*, in *Studi in memoria di Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 165 ss.
- Carinci F. (2014), *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in *DRI*, n. 24, 309 ss.
- Caruso B. (2014), *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale. Se non ora quando?*, in Zoppoli L. et al. (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, Editoriale scientifica Napoli, 468 ss.
- D'Antona M. (1990), *Diritti sindacali e diritti del sindacato. Il Titolo III dello Statuto dei lavoratori rivisitato*, in *LD*, n. 2, 247 ss.
- De Luca Tamajo R. (2018), *Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano: è tempo di regolamentazione legislativa*, in *RIDL*, n. 2, I, 273 ss.
- Ferraro G. (2016), *Introduzione a L'attuazione degli artt. 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*.
- Foa V. (1975), *Sindacati e lotte operaie 1943-1975*, Loescher, Torino.
- Garofalo M.G. (1995), *Opinione su Rappresentanze sindacali e referendum*, in *DLRI*, 659 ss.
- Ghera E. (2013), *Sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *DLRI*, n. 2, 185 ss.
- Ghezzi G. (1971), voce *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *NDI*, Utet, Torino, 410 ss.
- Ghezzi G. (1996), *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda: le ragioni per un intervento legislativo*, in *DRI*, 38 ss.
- Giugni G. (1995), *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *DLRI*, 366 ss.
- Gottardi D. (2016), *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, 877 ss.
- Gragoli E. (2016), *La libertà organizzativa del sindacato e l'articolo 39, commi 2 e 3, della Costituzione*, in *L'attuazione degli artt. 39 e 46 della Costituzione*.
- Lassandari A. (2016), *Tre proposte per una legge sindacale*, in *L'attuazione degli artt. 39 e 46 della Costituzione*.
- Lassandari A. (2019), *Retribuzione e contrattazione collettiva*, in *RGL*, I, 210 ss.

- Leccese V. (2016), *Contrattazione a efficacia generale e sistema contrattuale: le proposte di legge Cgil, «Diritti Lavori Mercati» e «Freccia Rossa»*, in *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione*, 75 ss.
- Lettieri A. (1989), *Ripensare il sindacato. Democrazia e rappresentatività*, FrancoAngeli, Milano.
- Liso F. (2014), *Alcune osservazioni a proposito dell'Accordo del 10 gennaio 2014*, in *Opinioni a confronto*, in RGL, I, 641 ss.
- Magnani M. (2014), *Il Protocollo d'intesa e la sentenza sull'art. 19*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma.
- Mancini G.F. (1970), *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in PD, n. 1, 57 ss.
- Mancini G.F. (1972), *Commento sub artt. 17-19*, in Ghezzi G. et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 25 ss.
- Mancini G.F. (1975), *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in Mancini G.F., *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino, Bologna, 187 ss.
- Mariucci L. (1995), *Poteri del datore di lavoro, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in DLRI, n. 66, 218 ss.
- Mariucci L. (1995), *E ora una legge per la rappresentanza*, in LI, n. 12, 11 ss.
- Mariucci L. (2016), *L'attualità di un dibattito antico*, in *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*, 9 ss.
- Pascucci P. (2018), *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo?*, FrancoAngeli Milano.
- Perulli A., Speziale V. (2011), *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 132.
- Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale* (a cura di) (2016), *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*, Ediesse, Roma.
- Ricci M. (1999), *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, Bari.
- Romagnoli U. (1996), *L'inutile necessità di una disputa*, in DLRI, 9 ss.
- Romagnoli U. (2019), *Una Costituzione venuta dal futuro*, in *Inchiesta*, n. 206, 15 ss.
- Scarpelli F. (2014), *Dissensi e consensi sul T.U. sulla rappresentanza: un bilancio tra politica e diritto*, in RGL, I, *Opinioni a confronto*, 653 ss.
- Scarponi S. (2016a), *La dottrina giuslavoristica italiana di fronte al mutamento delle relazioni sindacali e alla questione della rappresentatività*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 295.
- Scarponi S. (2016b), *Modelli di rappresentanza associativa ed elettiva, partecipazione al tavolo negoziale, costituzione delle rappresentanze nei luoghi di lavoro*, in *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione*, 57 ss.
- Suppiej G. (1991), *Il diritto sindacale nell'impresa. Bilancio e prospettive*, in RIDL, I, 11 ss.
- Tosi P. (2014), *Le nuove regole fra rappresentatività e rappresentanza tra autonomia collettiva e legge*, in Carinci F. (a cura di), *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale*, Adapt University Press, in www.adapt.it.

- Treu T. (1974), *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Bologna.
- Treu T. (2019), *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 386.
- Vitaletti M. (2019), *Oltre la rappresentatività sindacale (anche datoriale) «quantificata». Una possibile circolazione del modello francese?*, in *QRS*, n. 4.
- Zoppoli L. (2014), *Una nuova Costituzione per il sistema sindacale italiano? Riflessioni introduttive*, in *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, in Zoppoli L. et al. (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, Editoriale scientifica, Napoli, 11 ss.
- Zoppoli L. et al. (a cura di) (2014), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, Editoriale scientifica, Napoli.

ABSTRACT

Il saggio analizza l'evoluzione storica del Titolo III dello Statuto dei lavoratori dalle origini all'epoca attuale, ponendo in luce le ragioni della crisi del criterio basato sulla maggiore rappresentatività sindacale. Inoltre approfondisce le trasformazioni del contenuto e del ruolo dell'art. 19, sottolineando i profili critici del quadro attuale, pur dopo la sentenza costituzionale n. 231/2013, alla luce delle anomalie che persistono anche tenuto conto del coordinamento con il Testo Unico sulla rappresentanza. Da ultimo, si sofferma sul quadro legislativo in materia di contrattazione aziendale e sul differente approccio che caratterizza le attuali proposte di riforma.

WORKERS' STATUTE, WORKERS REPRESENTATION AND COLLECTIVE BARGAINING

The essay analyzes the evolution of Workers' Statute, Title III, about the representation of workers at plant level, focusing on the transformations caused by the crises of the representativeness criteria for the selection of the Unions and by the change of the content and the role of Art. 19. The analysis points out that the present legal frame, coming from the Constitutional Court judgement n. 231/2013, and its coordination with the collective agreement on Testo Unico sulla rappresentanza, is unsatisfactory and deals with the new bill's proposals and their various approaches and contents.

Edoardo Ales (*)

LIBERTÀ SINDACALE VS PARTECIPAZIONE?
ASSENZE, PRESENZE E POSSIBILITÀ
NELLO STATUTO DEI LAVORATORI (**)

SOMMARIO: 1. Alla radice di un'assenza. — 2. La «partecipazione decisionale organizzativa»: presenze? — 3. La post-produzione e una speranza. — 4. Il nesso: pro e contro. — 5. *Concordia discors*: una conclusione.

1. — *Alla radice di un'assenza* — «Grande assente del diritto sindacale» italiano (1), la partecipazione non poteva che esserlo anche dello Statuto dei lavoratori (2).

Al di là di ciò che è stato – o che si è tentato – in passato (3), un interrogativo centrale da porsi *oggi* è quello relativo al se, o piuttosto al come, la natura sindacale della rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, esplicitamente predicata dagli artt. 14 e 19 dello Statuto, abbia contribuito alla «grande assenza».

Un simile ragionamento non può prescindere da una riflessione sulle disposizioni dello Statuto che limitano, o meglio procedimentalizzano, l'esercizio dei poteri del datore di lavoro, ovvero gli artt. 4, 6 e 9.

Per quanto riguarda i primi due (4), al di là delle incertezze relative all'individuazione dell'interlocutore concreto, la domanda è se essi, imponendo un confronto tra datore e rappresentanza sindacale, prefigurino un momento di codeterminazione o se, invece, costituiscano un'espressione della meno impegnativa contrattazione gestionale, la quale subordina la determinazione comune alla volontà delle parti. A tale proposito, mentre,

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Napoli «Parthenope».

(**) Il saggio costituisce una versione sintetica di un più ampio contributo destinato agli *Studi in onore di Francesco Santoni*.

(1) Zoppoli L. 2005, 376.

(2) Nel medesimo senso negativo, sebbene a distanza di molti anni: Santoro Passarelli 1976, 11; Treu 2011, 12.

(3) Ales 2020.

(4) *Ivi*.

ad esempio, nel caso della definizione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, l'accordo risulta meramente eventuale, tanto che il legislatore si premura di prevedere criteri di salvaguardia, negli articoli 4 e 6 al mancato accordo segue il ricorso all'autorità amministrativa, in funzione latamente arbitrare: soluzione che echeggia quella tipica della *Mitwirkung* tedesca (5). Appare, tuttavia, evidente come si tratti di disposizioni dall'efficacia circoscritta al controllo sui lavoratori, non tali, quindi, da affermare una presenza sistemica della partecipazione.

Un ragionamento diverso vale per l'art. 9 (6), che ha trovato la sua compiuta realizzazione nel d.lgs. n. 626/1994 e, più recentemente, nel d.lgs. n. 81/2008, i quali, come noto, hanno introdotto la figura del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. La chiara provenienza «comunitaria» dei due decreti appena citati, attuativi del complesso *corpus* normativo dell'Ue in materia di salute e sicurezza sul lavoro, e in particolare della Direttiva quadro n. 89/391/Ce, impone, infatti, di estendere la riflessione al concetto, non immediatamente intellegibile, di «partecipazione equilibrata».

Peraltro, già la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 richiamava, al punto 19, detto concetto, puntualmente recepito dalla Direttiva quadro all'art. 1, il quale, tuttavia, specifica che la «partecipazione bilanciata» si attuerà nel rispetto delle leggi e/o delle prassi nazionali, non fornendone, dunque, alcuna definizione.

Occorre tuttavia sottolineare come la Corte di Giustizia intenda il principio di «partecipazione bilanciata» quale diritto dei lavoratori a *contribuire* alla garanzia della propria sicurezza (7). Nella prospettiva della Corte, dunque, la «partecipazione bilanciata» si sostanzia nel *contributo concreto* che i lavoratori possono fornire all'imprenditore, in qualsiasi forma esso sia stabilito dal legislatore dell'Unione e/o da quello nazionale. L'affidamento interno del Servizio di prevenzione e protezione ne costituisce un esempio, così come l'informazione, la formazione e la consultazione dei lavoratori o dei loro rappresentanti. *Partecipare nel senso di contribuire*, quest'ultimo anche come vocabolo alternativo al più ideologicamente connotato *collaborare*, all'esito di un complesso processo di coinvolgimento che lascia impregiudicate le rispettive posizioni, ancorandole

(5) *Ivi*.

(6) *Ivi*.

(7) C. Giust. 22.5.2003, C-441/01, *Commissione c. Paesi Bassi*, ECLI:EU:C:2003:308, par. 40, confermata da C. Giust. 6.4.2006, C-428/04, *Commissione c. Austria*, ECLI:EU:C:2006:238, parr. 49 ss.

alle competenze professionali di ciascuno ma sintetizzandole nell'individuazione dell'imprenditore quale unico soggetto responsabile, almeno per ciò che concerne gli aspetti risarcitori derivanti dal danno differenziale eventualmente subito dal lavoratore.

Tuttavia, pur estremamente rilevante nel caso di specie, anche il riferimento alla «partecipazione bilanciata» non sembra contraddire l'affermazione circa l'*assenza sistemica* della partecipazione *tout court*, riportandoci, dunque, all'interrogativo di partenza.

In una simile prospettiva, è necessario in primo luogo sottolineare che la qualificazione come sindacale della rappresentanza dei lavoratori in azienda stabilisce un *nesso inscindibile* tra vicende del *sistema* di relazioni industriali e modalità di interazione tra lavoratori e impresa. Un'affermazione tanto scontata nell'essenza quanto non banale nelle conseguenze, soprattutto in considerazione della provenienza legislativa della scelta di non disegnare, mediante un *Betriebsverfassungsgesetz* italiano, un percorso distinto per la «partecipazione decisionale organizzativa». Un nesso a un sistema (8) non normato dal legislatore nella sua struttura (assolutizzazione del principio di libertà sindacale, salva correzione mediante il criterio di maggiore rappresentatività comparativa) e nella sua azione (autoregolazione della contrattazione collettiva, soprattutto per quanto riguarda i suoi livelli, e dello sciopero). In sintesi, un nesso a un sistema in *perenne divenire* che sottopone l'interazione delle parti a livello aziendale organizzativo (*micro*) alle fluttuazioni di rapporti *macro* non solo in senso economico, ma anche e soprattutto «politico».

La connessione al sistema di relazioni industriali conferisce alla rappresentanza dei lavoratori in azienda una dinamicità sconosciuta a qualsiasi modello direttamente regolato dalla legge; dinamicità che costituisce, al tempo stesso, pregio e difetto del *nesso*, in termini, rispettivamente, di estrema e immediata adattabilità ai mutamenti di contesto economico, sociale e politico, e di sostanziale instabilità legata a quegli stessi fattori, altrimenti potenzialmente esogeni, che accedono al sistema di rappresentanza attraverso il *nesso* stesso.

Tutto ciò, nel modello originario dello Statuto, da un lato, trovava un correttivo nella scelta del legislatore di ancorare, di fatto esclusivamente, alla maggiore rappresentatività esterna il sistema di rappresentanza interno (art. 19) (9). Dall'altro, avallava l'opzione allora operata dal sistema di relazioni industriali in favore del livello unico (categoriale) di contrat-

(8) Ordinamento originario: Giugno 1960.

(9) Ballestrero 2010, 21.

tazione, non riconoscendo (ma neppure inibendo) alle Rsa il ruolo di agenti negoziali, evitando, tuttavia, di attribuire loro, al di là di quelle tipizzate negli artt. 4 e 6, qualsiasi funzione *formale* di interazione con la parte datoriale. Gli stessi istituti di democrazia diretta (assemblea e referendum) risultano finalizzati a instaurare un dialogo con i lavoratori, evitando ogni riferimento alle relazioni con l'impresa, ed escludendo anzi, nell'interpretazione unanime della dottrina (10), il diritto del datore di lavoro o dei dirigenti di prendere parte all'assemblea se non richiesti dalla stessa.

La Rsa, quindi – strumento del sindacato maggiormente rappresentativo di per sé idoneo all'interazione –, costituisce un'interfaccia solo potenziale nel modello statutario, almeno sul piano formale, non disponendo di canali *istituzionalizzati*, anche dal semplice punto di vista dell'informazione e della consultazione, a testimonianza, dunque, di una scelta che esclude, a maggior ragione, quella che potremmo definire la «partecipazione decisionale organizzativa» (11) nei luoghi di lavoro.

D'altro canto, il ventennio successivo all'entrata in vigore dello Statuto è costellato di tentativi, da parte delle organizzazioni sindacali di categoria, di «passaggio da un modello d'impresa caratterizzato dalla prevalenza di moduli unilaterali e autoritativi di gestione dei rapporti di lavoro, ove l'informazione costituisce una risorsa strategica appartenente agli *interna corporis* dell'azienda, essenziale per l'individuazione dei programmi e delle opzioni di ogni politica imprenditoriale, a uno scenario di interferenza e controllo collettivo dell'esercizio delle prerogative manageriali, in cui il sistema informativo tende a porsi quale struttura comunicativa attivata endogenamente durante il continuo processo negoziale di formazione delle decisioni» (12).

La prospettiva concreta che si profila all'orizzonte è, tuttavia, più modestamente, quella dei diritti di informazione e consultazione (sebbene paritetica) che la contrattazione collettiva, con poche (fugaci) luci (13) e molte ombre, si affanna ad affermare con riferimento ai livelli *macro*, in una prospettiva eminentemente strategica, spesso distante dalle logiche e dai luoghi della «partecipazione decisionale organizzativa» (14).

(10) Per i riferimenti: Perone 2010, 132.

(11) Ales 2020.

(12) Perulli 1991, 52-53.

(13) Il Protocollo Iri: Pedrazzoli 1985b; Pessi 1986; Treu 1986.

(14) Perulli 1991, 53.

2. — *La «partecipazione decisionale organizzativa»: presenze?* — La dimensione organizzativa ritorna, invece, nell'attività legislativa impegnata su fronti critici specifici dell'esistenza dell'impresa, quali, in un primo tempo, le «procedure di consultazione sindacale» in caso di sospensione o riduzione dell'orario di lavoro, introdotte dall'art. 5, l. n. 164/1975 (15), seguite, a distanza di tempo, dall'attuazione, lungamente attesa, delle direttive sul trasferimento d'azienda (16) e sui licenziamenti collettivi (17), con particolare riferimento, per quello che qui interessa, alle procedure di comunicazione (informazione) ed esame congiunto (consultazione) previste, rispettivamente, dall'art. 47, l. n. 428/1990, e dall'art. 4, l. n. 223/1991.

Al di là del dettaglio delle disposizioni in questione, ciò che rileva ai fini dell'indagine è l'eventuale presenza di un «contenuto partecipativo decisionale organizzativo al loro interno» (18).

Prima di affrontare questo aspetto cruciale, occorre, però, riflettere sul profilo strutturale della rappresentanza che costituisce l'antecedente logico della sua dimensione funzionale. Un elemento, estremamente significativo, comune a tutte le disposizioni in esame è quello della valorizzazione della Rsa quale interfaccia primaria delle imprese che abbiano *adottato determinate decisioni e che si apprestino ad attuarle*. Si tratta di un investimento legislativo senza precedenti, il quale introduce, istituzionalizzandolo, l'elemento dialogico mancante nello Statuto, evidenziando l'importanza della «prossimità» dell'interlocutore sindacale in alcuni dei momenti che incidono maggiormente sul rapporto di lavoro, quali la modificazione del datore, la riduzione unilaterale dell'orario e il recesso. Emerge, tuttavia, proprio nel momento della sua massima valorizzazione, *l'intrinseca debolezza dell'impianto statutario* per quel che riguarda la rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro ovvero la mera eventualità della presenza di quest'ultima anche nelle unità produttive che superino la soglia numerica prevista.

L'inciso «ove esistenti» o «in mancanza di esse» che, riferito alle Rsa, ricorre in tutte le disposizioni in esame, oltre che introduttivo di una indispensabile clausola di salvaguardia che individua nelle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative il titolare alternativo dei diritti di informazione e consultazione, sembra costituire una rassegnata presa d'atto della plausibilità di un allontanamento della fase dialogica dai lavoratori e dai luoghi di lavoro ai quali la determinazione imprenditoriale si

(15) Ora abrogato e sostituito dall'art. 14 del d.lgs. n. 148 del 2015.

(16) Ora Direttiva n. 2001/23/Ce.

(17) Ora Direttiva n. 98/59/Ce.

(18) Ales 2020.

riferisce. Diverso, ovviamente, sarebbe ed è il ragionamento sul contestuale coinvolgimento della Rsa e del sindacato esterno, con le conseguenze positive che esso produce in termini di più ampia visione strategica e capacità di pressione.

Ci si trova qui in presenza di una delle conseguenze strutturali di maggiore portata del *nesso* che il legislatore ha voluto instaurare tra rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro e sindacato, che va ben oltre la controversa portata universalistica della Rsa quale espressione dei soli lavoratori iscritti. Mentre, infatti, le disposizioni antidiscriminatorie contenute nello stesso Statuto paiono in grado di escludere una disparità di trattamento rispetto alle determinazioni assunte dal datore in eventuale accordo con una singola Rsa (artt. 15, 16 e 28), il principio di libertà sindacale, nella sua accezione negativa, sembra costituire un ostacolo decisamente più arduo da superare laddove si voglia sostenere (19) la necessità della presenza della rappresentanza anche in assenza di una volontà «costitutiva» da parte dei lavoratori. La stessa preoccupazione nei confronti della libertà sindacale negativa sembrerebbe aver mosso il legislatore nel momento in cui questi ha ritenuto di configurare quale meramente eventuale il momento, determinante anche in una logica potenzialmente partecipativa, dell'esame congiunto che *può* seguire, su istanza di parte, la ricezione della comunicazione.

Il legislatore ha confermato indirettamente questa impostazione nel d.lgs. n. 25/2007 (20), tempestivamente attuativo della Direttiva n. 2002/14/Ce, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori (Direttiva quadro), nel momento in cui ha definito i «rappresentanti dei lavoratori» quelli qualificati tali «ai sensi della normativa vigente, nonché degli Accordi interconfederali 20 dicembre 1993 e 27 luglio 1994, e successive modificazioni, o dei contratti collettivi nazionali applicati qualora i predetti accordi interconfederali non trovino applicazione». Se, infatti, l'unitarietà della rappresentanza e la sua elettività, seppure su liste sindacali, contribuiscono a ridimensionare il problema della portata (non) universale della rappresentanza sindacale, il passaggio alla Rsu – organismo di pura derivazione negoziale – non aiuta a risolvere la questione dell'eventuale assenza di un interlocutore interno all'impresa. Anzi.

In tutto questo, il clamorosamente sottovalutato esito referendario del 1995 (21) e il brusco risveglio seguito all'effetto *boomerang* prodotto dal caso *Fiat* hanno inflitto al *nesso* tra rappresentanza nei luoghi di lavoro e

(19) *Id.* 2009.

(20) Zoli 2008.

(21) Sul punto, Gaeta 2010, 54.

sindacato, affermato nello Statuto e confermato dal legislatore successivo, un colpo durissimo che neppure l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 231/2013 ha potuto parare. Infatti, ammesso e non concesso che la riproposizione della Rsa sia un evento limitato alla galassia Fca e che la partecipazione alle trattative, pur interpretata con la massima generosità dalla giurisprudenza, costituisca un antidoto efficace contro pratiche di *closed shop*, non si può non sottolineare il fatto che essa rappresenti un ulteriore e decisivo incentivo per l'imprenditore *union free* a tenersi alla larga dal sistema di regolazione collettiva dei rapporti di lavoro, privando i propri dipendenti non solo di quest'ultima, ma anche della possibilità di costituire una Rsa.

Ancora e conclusivamente nella prospettiva strutturale, occorre interrogarsi sulla presenza nel diritto dell'Unione europea di elementi che potrebbero/dovrebbero orientare il legislatore italiano nell'attuazione, in quella prospettiva, delle direttive che contengono riferimenti ai diritti di informazione e consultazione. Confermata in tutte la scelta «agnostica» che rinvia alle legislazioni nazionali l'individuazione dei rappresentanti dei lavoratori e, dunque, l'opzione in favore della natura sindacale o non della rappresentanza stessa, un elemento di interesse emerge dall'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali Ue («Diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione *nell'ambito dell'impresa*»), laddove si afferma che l'informazione e la consultazione devono essere garantite «ai livelli appropriati». *Appropriatezza* che si potrebbe intendere non solo riferita alla corretta individuazione del decisore rilevante nel caso concreto, ma anche e soprattutto all'interlocuzione con i lavoratori o i loro rappresentanti «nell'impresa» che quelle decisioni subiscono. Se a ciò si aggiunge che, secondo il dato testuale, informazione e consultazione costituiscono, in realtà, un obbligo del datore di lavoro («devono essere garantite») o, se si vuole, del legislatore (22), ancor prima che un diritto dei lavoratori, si può arrivare ad affermare che la soluzione adottata dall'ordinamento italiano e, a onor del vero, da vari Stati membri dell'Unione non sia in linea con il nucleo essenziale dell'art. 27. E cioè con quelle prescrizioni minime l'efficacia diretta delle quali giustifica l'esistenza stessa della disposizione al di fuori dei casi e delle condizioni previsti dal diritto Ue e dalle legislazioni e prassi nazionali (23).

3. — *La post-produzione e una speranza* — Evidenziati gli elementi problematici sul piano strutturale, è ora possibile passare agli aspetti funzionali,

(22) Senatori 2018.

(23) Ales 2017.

ovvero all'indagine sull'eventuale presenza di un *contenuto partecipativo decisionale organizzativo* all'interno delle disposizioni in materia di comunicazione (informazione) ed esame congiunto (consultazione) sopra richiamate, le quali, nonostante il «quadro generale» introdotto dal d.lgs. n. 27/2005, mantengono una loro autonoma efficacia (art. 8, d.lgs. n. 25/2007).

Proprio la salvaguardia della specificità di quelle disposizioni consente di evidenziare una linea di demarcazione tra l'informazione e la consultazione in esse previste e il quadro generale, riconducibile, quanto a logica operativa, a quella già tracciata per i Comitati aziendali europei (di seguito, Cae) dalla Direttiva n. 94/45/Ce, così come rifiuta nella Direttiva n. 2009/38/Ce. Mentre nelle prime, infatti, l'informazione, per quanto preventiva e tempestiva possa essere, assume inevitabilmente la forma di comunicazione di un assetto di interessi specifico, unilateralmente predeterminato dalle scelte imprenditoriali, e mira a coinvolgere, attraverso l'esame congiunto, la rappresentanza sindacale nella gestione delle *conseguenze sociali* di dette scelte, corresponsabilizzandole, per usare un linguaggio cinematografico, in una sorta di *post-produzione* di immagini, spesso drammatiche, già definite, nella Direttiva quadro e nella Direttiva Cae l'intento, se non altro, appare diverso.

Ciò già a partire dalla definizione di «informazione», diligentemente «tratta» dal legislatore italiano dalla Direttiva quadro, consistente in «ogni trasmissione di dati da parte del datore di lavoro ai rappresentanti dei lavoratori, finalizzata alla conoscenza e all'esame di questioni attinenti alla attività di impresa» (art. 2, c. 1, lett. e, d.lgs. n. 25/2007), la quale ricorda quella, icastica, di «raccolta di *elementi di giudizio* il cui uso consenta di diminuire l'irrazionalità sociale dei calcoli solitamente eseguiti dalle imprese», occorrendo, però, verificare se il suo fine ultimo sia quello di aumentare «nel contempo la prevedibilità del conflitto industriale» (24). Una definizione ad ampio spettro, comunque, alla quale segue quella, altrettanto ampia, di «consultazione», intesa come «ogni forma di *confronto, scambio di opinioni e dialogo* tra rappresentanti dei lavoratori e datore di lavoro su questioni attinenti alla attività di impresa» (art. 2, c. 1, lett. f, d.lgs. n. 25/2007). Una definizione «aperta» e promettente, che, però, dal punto di vista operativo, delle modalità (*practical arrangements*), necessita di una puntuale attuazione, rimessa dal legislatore italiano, a ciò autorizzato da quello dell'Unione (art. 5, Direttiva n. 2002/14/Ce), alla contrattazione collettiva (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 25/2007).

(24) Romagnoli 1977, 1056.

Le modalità di informazione e consultazione, tuttavia, discostandosi dalla prospettiva evocata ai tempi della conflittualità permanente, devono essere stabilite «in modo tale da garantire comunque l'efficacia dell'iniziativa, attraverso il contemperamento degli interessi dell'impresa con quelli dei lavoratori e la collaborazione tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori, nel rispetto dei reciproci diritti e obblighi» (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 25/2007).

Qui bisogna fare molta attenzione a non confondere lo «*spirit of cooperation*», reso come «collaborazione» nella versione italiana, con la partecipazione decisionale, anche se in questo si potrebbe essere fuorviati dal riferimento alla «collaborazione alla gestione delle aziende» contenuto nell'art. 46 Cost. (25); a non scambiare l'*approccio cooperativo*, con il quale meglio si potrebbe rendere lo «*spirit of cooperation*», con la *coincidenza* necessaria di interessi, considerati, invece, *distinti* dallo stesso legislatore dell'Unione, ma non per questo «pregiudizialmente e necessariamente contrapposti» (26). Evidentemente, se la partecipazione decisionale può essere aiutata *nella sua pratica* dall'adozione di un approccio non necessariamente conflittuale, quest'ultimo non costituisce una condizione sufficiente per affermare la presenza della partecipazione.

D'altro canto, è sufficiente leggere le materie oggetto di informazione elencate nell'art. 4, c. 3, del d.lgs. n. 25/2007, anche in questo caso fedelmente «tratte» dalla Direttiva quadro, per rilevare come esse si concentrino, primariamente e prioritariamente, sulle «*decisioni* dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro, dei contratti di lavoro» (lett. c). La stessa impressione può trarsi dall'approccio eminentemente «procedurale» adottato dal legislatore nell'affrontare il tema della consultazione; approccio il quale, se, da un lato, ribadisce la necessità che essa si svolga tra livelli «pertinenti» («appropriati», nel linguaggio dell'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue) di direzione e rappresentanza, in considerazione dell'argomento trattato, dall'altro, esaurisce la consultazione nella formulazione di un parere da parte dei lavoratori, sulla base delle informazioni ricevute, al quale il datore è obbligato a opporre una risposta motivata, il tutto al fine di «ricercare un accordo sulle *decisioni* del datore di lavoro» (art. 4, c. 5, d.lgs. n. 25/2007).

Non è, dunque, difficile concludere che, anche nel caso della Direttiva quadro, non si sta parlando di «partecipazione decisionale» ma, come per la riduzione di orario, il trasferimento d'azienda e i licenziamenti collettivi,

(25) Ghezzi 1980.

(26) Santoro Passarelli 1985, 140.

di *post-produzione* di immagini girate sulla base di un copione scritto dall'imprenditore. Il tutto, tenendo presente che «il datore di lavoro non è obbligato a procedere a consultazioni o a comunicare informazioni che, per comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive, siano di natura tale da creare notevoli difficoltà al funzionamento dell'impresa o da arrecarle danno» (art. 5, c. 2, d.lgs. n. 25/2007). Una facoltà di secretazione (27) la quale si colloca all'estremo opposto della *trasparenza* tipica degli obblighi di informazione ma anche, e soprattutto, agli antipodi della «partecipazione decisionale», confermandone il rifiuto, e che viene ora temperata, infatti, dalla previsione per via legislativa di una commissione di conciliazione incaricata della concreta determinazione di dette esigenze e difficoltà, da istituirsi da parte della contrattazione collettiva (art. 5, c. 3, d.lgs. n. 25/2007).

Al tema del segreto quale limite al diritto di informazione si aggiunge l'altro, di non minore rilievo, della facoltà del datore di lavoro di qualificare come riservate informazioni fornite ai rappresentanti dei lavoratori, escludendo, dunque, che esse possano essere trasmesse agli stessi lavoratori rappresentati e che, quindi, possano contribuire alla «prevedibilità del conflitto industriale». Una simile facoltà, in qualche modo conciliabile con la prospettiva della *Mitwirkung* a-conflittuale, non sembra poterlo essere rispetto all'informazione e consultazione in chiave di *post-produzione*, prive di sbocchi partecipativi e, dunque, utili in chiave di sostegno dei lavoratori a un'azione collettiva decisa insieme ai loro rappresentanti all'esito della trasmissione dell'informazione.

A voler essere ottimisti, ferma restando la natura «difensiva» della Direttiva n. 2001/86/Ce sulla società europea (28), una timida apertura nella prospettiva della «partecipazione decisionale organizzativa» in azienda può cogliersi nella Direttiva n. 2009/38/Ce, la quale, nel definire la «consultazione», afferma che essa si riferisce «alle misure *proposte*» dalla direzione aziendale e non a decisioni già prese, sulle quali i rappresentanti dei lavoratori sono chiamati, comunque esclusivamente, a «esprimere un parere». Occorre, tuttavia, non sottovalutare che i Cae, ormai da tempo, sono assurti a veri e propri agenti negoziali all'interno delle imprese multinazionali, sviluppando un *continuum* tra informazione, consultazione, partecipazione e negoziazione decisamente promettente. Ciò nonostante la contrarietà delle organizzazioni sindacali di ordinamenti nei quali i Cae sono equiparati ai soggetti non sindacali della partecipazione istituzionalizzata

(27) Già Ichino 1977.

(28) Ales 2020.

(*Betriebsräte*), e dunque non sono considerati titolari del diritto di contrattazione e azione collettiva (29). In questa prospettiva, è, però, importante notare come la Corte di Giustizia (30) abbia avuto modo di affermare che anche il diritto di codeterminazione del *Betriebsrat* costituisce espressione del «diritto di negoziazione collettiva» sancito dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, aprendo, così, alla possibilità che la rappresentanza «legislativa» dei lavoratori goda degli stessi diritti riconosciuti alle organizzazioni sindacali, ivi incluso, ovviamente, il diritto di sciopero.

Quello che qui interessa più sottolineare, però, è proprio il *continuum* tra strumenti di democrazia industriale (31) che potrebbe consentire la realizzazione di quel «diritto sindacale possibile» (32), nel quale, in ordinamenti a canale unico di rappresentanza sindacale come quello italiano, la natura negoziale, comune a tutte le forme di interazione collettiva, consenta di scomporre le coppie contrattazione-conflitto e partecipazione-collaborazione che ne impediscono lo sviluppo, ove possibile, nello «*spirit of cooperation*», ora più correttamente reso come «spirito di cooperazione» nel d.lgs. n. 113/2012 (33), piuttosto che di «collaborazione», ancora non del tutto sdoganata dall'ingombrante retaggio organicistico-corporativo (34).

4. — *Il nesso: pro e contro* — Dall'analisi sin qui svolta su «assenze» e «presenze» emerge con chiarezza l'opzione del legislatore italiano in favore del canale unico sindacale, e dunque del *nesso* tra rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro e sistema di relazioni industriali, con tutte le conseguenze – positive e negative – da esso derivanti in termini di modalità d'interazione tra impresa e lavoro. Tra quelle positive, occorre qui evidenziare il riconoscimento della funzione negoziale alle Rsu da parte del Protocollo del 23 luglio 1993 (35). Un riconoscimento che ha il merito di far uscire la rappresentanza (sindacale) in azienda dal «limbo» al quale era stata destinata, almeno formalmente, dallo Statuto, inserendola nel sistema di contrattazione collettiva a doppio livello, e rendendo dunque possibile,

(29) *Id.* 2019.

(30) C. Giust. 4.4.2019, C-699/17, *Allianz Vorsorgekasse*, ECLI:EU:C:2019:290, par. 55.

(31) Pedrazzoli 1985a.

(32) D'Antona 1992.

(33) Attuazione della Direttiva n. 2009/38/Ce.

(34) Ghezzi 1980.

(35) Sull'impostazione latamente partecipativa del Protocollo del 1993 vd. Napoli 2002.

come più recentemente testimoniato dall'Accordo del 28 febbraio 2018, una declinazione partecipativa decisionale dell'interazione negoziale.

Nella prospettiva del *nesso*, non deve, quindi, sorprendere il già citato utilizzo da parte del legislatore italiano della possibilità offerta dalla Direttiva quadro (art. 5, Direttiva n. 2002/14/Ce) di affidare al «contratto collettivo di lavoro» il compito di stabilire le *modalità* di informazione e consultazione dei lavoratori, senza specificare, peraltro, a quale livello (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 25 del 2007). In assenza di specificazione, le parti sociali hanno optato per il contratto nazionale di categoria, come testimoniato dai riferimenti espressi all'attuazione del d.lgs. n. 25 del 2007 contenuti nei vari Ccnl, tra i quali spicca la soluzione adottata dal contratto dei metalmeccanici di consentire alle aziende di grandi dimensioni di adempiere gli obblighi di informazione e consultazione all'interno del Comitato consultivo di partecipazione, costituito su richiesta di una delle parti (36).

Tuttavia, nell'Accordo del 28 febbraio 2018 sembra emergere la consapevolezza della necessità di «un sistema di relazioni industriali più flessibile, che incoraggi, soprattutto, *attraverso l'estensione della contrattazione di secondo livello*, quei *processi di cambiamento culturale* capaci di accrescere nelle imprese le forme e gli strumenti della *partecipazione organizzativa*».

In realtà, la «partecipazione» regolata dal Ccnl metalmeccanici, che può assorbire l'informazione e la consultazione – laddove le parti lo decidano e nel caso in cui sia stato costituito il Comitato consultivo di partecipazione –, riguarda le scelte strategico-occupazionali dell'impresa piuttosto che l'organizzazione aziendale e del lavoro, la quale consentirebbe di sviluppare un'interazione capillare nelle unità produttive anche di dimensioni minori, seppure al di sopra delle soglie previste per la costituzione delle Rsu/Rsa. D'altro canto, esperienze di partecipazione sia strategica che organizzativa a livello di grande azienda o di gruppo non risultano sconosciute alle relazioni industriali italiane e sono anche state oggetto di studio approfondito (37), salvo poi concludersi senza produrre conseguenze di sistema.

Al di là delle riflessioni sulle ragioni dell'*assenza* o del *ritardo* (38), nel caso in cui si decidesse di continuare ad affidare alla contrattazione collettiva la definizione delle modalità di interazione tra lavoratori e impresa, è chiaro che un ruolo assolutamente decisivo nell'eventuale affermazione della partecipazione lo giocherebbe l'*aspirazione* (39) delle parti sociali alla

(36) Bavaro 2017; Carrieri 2019; Maresca 2017.

(37) Vd. i casi *Electrolux-Zanussi* (Perulli 1999) e *Tim* (Ricciardi 1999).

(38) Ichino 2013.

(39) Ales 2020.

condivisione dei momenti decisionali, e che quindi, ancora una volta, determinante risulterebbe il più volte citato *nesso*, nella sua funzione di *filtro direzionale*. Il che può determinare, anche semplicemente per prudenza o pigrizia (40), il permanere strutturato e strutturale delle coppie contrattazione-conflitto e partecipazione-collaborazione. In quest'ultimo caso, l'informazione e la consultazione, con i limiti loro imposti, *pour cause*, attraverso il segreto e la riservatezza, sembrano destinate, nonostante il loro formale riconoscimento come diritti, a essere guardate con sospetto dalla parte datoriale, potendo fungere da potenziali detonatori del conflitto, o quanto meno a essere da questa utilizzate quale merce di scambio, anche nella prospettiva di una limitazione negoziale del conflitto stesso (41).

Affidare, dunque, al sistema di relazioni industriali la realizzazione della «partecipazione organizzativa» vuol dire, abbastanza banalmente, puntare tutto sulle sue *aspirazioni* e sulla sue «capacità autopoietiche» (42) di un diritto sindacale che si auspica «nuovo». Al di là della fiducia che si può nutrire in un simile sviluppo, un punto dirimente è quello del futuro della disciplina legislativa della rappresentanza dei lavoratori in azienda, la quale, all'esito del *referendum* del 1995, da sostegno è diventata possibile via di fuga dal sistema di relazioni industriali, spada di Damocle sull'ordinamento intersindacale, «nel caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per *impossibilità di pervenire a un accordo aziendale*», per dirla con le parole della Corte costituzionale. Quest'ultima, peraltro, stando al dato letterale, sembrerebbe escludere che la semplice partecipazione a trattative *non concluse* possa legittimare la costituzione della Rsa.

Quale che sia la via prescelta nell'intervento, secondo la Corte compete al legislatore porre rimedio a questa situazione.

Questo per dire che, quand'anche il legislatore intendesse regolare la partecipazione decisionale, il punto di partenza dovrebbe essere un intervento sull'art. 19 dello Statuto (43). D'altronde, già in tempi non sospetti, si era conclusa l'analisi sul tema della partecipazione auspicando un riesame dei «contenuti di un intervento legislativo sulla rappresentanza collettiva, questa volta non limitato ai profili del sistema contrattuale», sottolineando come «il modello partecipativo richieda un certo tipo di scelte in ordine ai soggetti del sistema sindacale, scelta che non si può ritenere limi-

(40) Manghi 1999.

(41) De Luca Tamajo 2010.

(42) Lo Faro 1993.

(43) Nonché dell'intero sistema di relazioni collettive: De Luca Tamajo 2018.

tata a quella tra canale unico sindacale o canale doppio, ma che riguarda anche il grado di accentramento della rappresentanza e della contrattazione, l'articolazione delle forme organizzative degli interessi collettivi, la dialettica tra organizzazione extraziendale, rappresentanza aziendale e rappresentanza territoriale, il confine tra assetti organizzativi da riservare a decisioni unilaterali e poteri dei soggetti che contrattano e partecipano, l'equilibrio nelle tutele collettive tra diverse tipologie di rapporti di lavoro» (44).

In questa convincente prospettiva, che valorizza, saldandoli, i punti di partenza individuale (45) e collettivo (46) del discorso sulla partecipazione, un intervento legislativo come quello tentato e fallito dal legislatore italiano nel 2012 (47), al di là del confermare l'ennesimo ritorno di fiamma (48) in un fuoco di paglia, non si sarebbe rivelato soddisfacente anche se (o, meglio, proprio perché) ispirato alla pur pregevole tecnica dei quadri opzionali (49). Calata nella realtà del diritto sindacale italiano, quest'ultima, infatti, finisce per riproporre, sebbene all'interno di una logica promozionale e di sostegno legislativo, la *quaestio voluntatis* che connota l'approccio autopoietico, non costituendo, quindi, un valore aggiunto, soprattutto se si vuole «ragionare non del *bricolage* partecipativo ma di forme serie e strutturate di partecipazione» che abbiano a riferimento l'art. 46 Cost. (50).

5. — *Concordia discors: una conclusione* — La mancata attuazione dell'art. 46 Cost. rimane, insieme a quella dell'art. 39 Cost., evidentemente, una questione centrale e sistemica che, qualora lo si ritenga necessario, deve essere affrontata a «tutto tondo» (51), attraverso «una compiuta regolazione giuridica del potere collettivo-sindacale: intendendo, come tale, una regolazione certa e trasparente, su basi democratiche, del potere concernente la disciplina e la gestione degli interessi inerenti le relazioni di lavoro nella loro intrinseca e ineludibile dimensione collettiva. [...] Proprio l'intento di regolare un siffatto potere comporta un progetto normativo di *ampio respiro*» (52).

(44) Zoppoli L. 2005, 457.

(45) Pedrazzoli 1985a.

(46) D'Antona 1992.

(47) Art. 4, c. 62, l. n. 92 del 2012. Alaimo 2014.

(48) Zoli 2013.

(49) Ales 2014.

(50) Mariucci 2016, 16.

(51) Zoppoli A. 2016.

(52) *Ivi*, 154.

Una progettualità che coinvolga, quindi, gli artt. 39, 40 e 46 Cost., riuniti in una *concordia discors* di oraziana memoria (53), ispirata al *continuum* del nuovo «diritto sindacale possibile», quale quella rinvenibile nella Carta dei diritti universali del lavoro adottata dalla Cgil nel 2016 (54) o nella Proposta di legge della Rivista *Diritti Lavori Mercati* (55). Al contrario della Carta (56), la Proposta «non solo rafforza i diritti di informazione e consultazione [...], regola la partecipazione dei lavoratori negli organi societari e la partecipazione azionaria – corredandola di adeguati strumenti di esercizio collettivo – [...] ma introduce anche una vera e propria *partecipazione organica*, imperniata su diritti di codeterminazione» (57). Ciò nella prospettiva di «dare alla tendenza verso l'aziendalizzazione dei processi produttivi e delle relazioni di lavoro robuste e moderne basi» (58).

Lo sguardo rivolto all'esperienza germanica, oggetto di costante attenzione da parte degli studiosi italiani (59), costituisce un elemento qualificante della Proposta, la quale, tuttavia, adattandosi alla realtà nazionale, attribuisce alla Rsa/Rsu la titolarità dei diritti di codeterminazione (art. 7), operando, quindi, un ingresso del sindacato nel processo decisionale organizzativo che ne testimonia il passaggio *da contropotere a contributore* di decisioni condivise sul presupposto di interessi che rimangono, però, distinti. Tanto è vero che, in caso di disaccordo, essi vengono composti da un collegio arbitrale. Il sacrificio richiesto è, dunque, quello della rinuncia al conflitto, e non alla propria identità di soggetto altro rispetto all'impresa. D'altro canto, ciò non deve sorprendere, dato che, come è stato affermato, «le soluzioni arbitrali nei conflitti collettivi di lavoro sono presenti soprattutto in quei sistemi giuridici caratterizzati da esperienze partecipative dei lavoratori e nei quali il diritto di sciopero è garantito all'interno di una concezione organica della rappresentanza sindacale e della titolarità collettiva delle manifestazioni di autotutela» (60).

Peraltro, nella «partecipazione decisionale organizzativa», così come nella già citata «partecipazione equilibrata», a prevalere è l'elemento della *contribuzione alla decisione*, la responsabilità della quale, qui nella prospet-

(53) «*Quid velit et possit rerum concordia discors*», Quinto Orazio Flacco, *Epistole*, I, 12, 19.

(54) Angiolini, Carabelli 2016; *RGL* (a cura di) 2016.

(55) In *DLM*, 2014, 155.

(56) Angiolini, Carabelli 2016, 21.

(57) Zoppoli A. 2016, 162.

(58) *Ibidem*.

(59) Biasi 2013; Corti 2012.

(60) Santoni 2014, 371.

tiva del rischio d'impresa, rimane in capo all'imprenditore, titolare, a sua volta, delle scelte strategiche che determinano il destino dell'impresa stessa, in assenza di *socializzazione degli assetti proprietari*, sconosciuta persino al modello germanico.

La soluzione di innestare nel canale unico di rappresentanza (sindacale) i diritti di codeterminazione sortisce, quindi, l'effetto di consentire alla Rsu/Rsa di contribuire al raggiungimento dell'efficienza produttiva, escludendo per alcune tematiche predeterminate la «partecipazione conflittuale» (61) e affermando la partecipazione organizzativa dall'interno come soggetto *distinto* dall'impresa (62).

Si potrebbe, dunque, giungere alla conclusione che nell'esercizio dei diritti di codeterminazione la *libertà sindacale* assuma le sembianze di una *libertà economico-organizzativa* rivolta all'efficienza dell'impresa, mentre nell'esercizio dei diritti di contrattazione e azione collettiva essa mantenga quella natura «politica» (63) che, venuto meno l'obiettivo dell'*Umsturz* del sistema capitalistico (64) e consolidatisi i diritti sindacali, non rimane da intendere altro che nel senso bernsteiniano di progresso sociale della classe lavoratrice (65).

Neppure la Proposta di *Diritti Lavori Mercati*, tuttavia, si fa carico di affrontare il nodo della presenza meramente eventuale della rappresentanza sindacale in azienda, che rischia di rendere vani gli sforzi profusi in funzione dell'ampliamento dei diritti collettivi nel senso della «partecipazione decisionale». L'opzione in favore del canale unico sindacale di rappresentanza ripropone, ovviamente, le difficoltà sopra evidenziate circa il rispetto della libertà sindacale negativa. Tuttavia, verrebbe da dire, come la libertà di iniziativa economica privata incontra nell'utilità sociale il proprio «limite» (art. 41, c. 2, Cost.), così la libertà sindacale lo potrebbe incontrare nel rispetto del diritto fondamentale all'informazione e consultazione (art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue) e alla partecipazione che quella stessa utilità sociale persegue nella prospettiva «della elevazione economica e sociale del lavoro» (art. 46 Cost.).

(61) Ales 2020.

(62) Di interessi uniti, e dunque pare di poter dire distinti, parla Vallebona (2016, 510).

(63) *Funditus*, Rusciano 1985.

(64) Persiani 2019.

(65) Bernstein 1906.

Riferimenti bibliografici

- Alaimo A. (2014), *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in *DLM*, 295 ss.
- Ales E. (2009), *Informazione e consultazione nell'impresa: diritto dei lavoratori o dovere del datore di lavoro? Un'analisi comparata*, in *RIDL*, I, 221 ss.
- Ales E. (2014), *Quale futuro per il modello partecipativo in Italia*, in Zoppoli et al. (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, Es, Napoli, 37 ss.
- Ales E. (2017), *La dimensione «costituzionale» del Modello sociale europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in Carinci M.T. (a cura di), *L'evoluzione della disciplina del licenziamento*, Giuffrè, Milano, 159 ss.
- Ales E. (2019), *EU-Betriebsräte und transnationale Festlegung der Arbeitsbedingungen: Auf der Suche nach einem Kompromiss zwischen Tarifautonomie und Mitwirkung*, in *Soziales Recht*, 258 ss.
- Ales E. (2020), *La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei lavoratori: riflessioni intorno alle rappresentanze ex art. 9*, in *DLM*, in corso di stampa.
- Angiolini V., Carabelli U. (2016), *Le ragioni (di un Nuovo Statuto) dei diritti dei lavoratori*, in Cgil, *Carta dei diritti universali dei lavoratori*, 4 ss.
- Ballestrero M.V. (2010), *Quarant'anni e li dimostra tutti*, in *LD*, 19 ss.
- Bavaro V. (2017), *Il contratto nazionale dei metalmeccanici 2016: una prospettiva sulle relazioni industriali italiane*, in *DLRI*, 729 ss.
- Bernstein E. (1906), *Der Streik, sein Wesen und sein Wirken*, Rütten u. Loening, Frankfurt a. M.
- Biasi M. (2013), *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Egea, Milano.
- Carrieri M. (2019), *Come andare oltre la partecipazione intermittente*, in *DLRI*, 413 ss.
- Corti M. (2012), *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e pensiero, Milano.
- D'Antona M. (1992), *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in *RGL*, I, 135 ss.
- De Luca Tamajo R. (2010), *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiano*, in *RIDL*, I, 797 ss.
- De Luca Tamajo R. (2018), *Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano: è tempo di regolamentazione legislativa*, in *RIDL*, I, 273 ss.
- Gaeta L. (2010), *Che cosa è oggi lo Statuto dei lavoratori?*, in *LD*, 49 ss.
- Ghezzi G. (1980), *Art. 46*, in Branca G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici*, tomo III, *Art. 45-47*, Zanichelli, Bologna, 69 ss.
- Giugni G. (1960), *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (1977), *Diritto di informazione, diritto alla riservatezza e diritto al segreto nei rapporti di lavoro*, in *RGL*, I, 566 ss.
- Ichino P. (2013), *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. Le ragioni di un ritardo*, in *RIDL*, I, 861 ss.
- Lo Faro A. (1993), *Teorie autopoietiche e diritto sindacale*, in *LD*, n. 1, 125 ss.
- Manghi B. (1999), *Sindacato e partecipazione tra cautela e pigrizia*, in *LD*, 7 ss.

- Maresca A. (2017), *Il rinnov(ament)o del contratto collettivo dei meccanici: c'è ancora un futuro per il contratto collettivo nazionale di categoria*, in *DLRI*, 709 ss.
- Mariucci L. (2016), *L'attualità di un antico dibattito*, in *RGL*, I 9 ss.
- Napoli M. (2002), *Per un progetto legislativo sulla partecipazione*, in *Impresa Sociale*, 307 ss.
- Pedrazzoli M. (1985a), *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Pedrazzoli M. (1985b), *Sull'introduzione per via contrattuale di Comitati paritetici nel Gruppo Iri*, in *RIDL*, I, 218 ss.
- Perone G. (2010), *Lo Statuto dei lavoratori*, Utet, Torino.
- Persiani M. (2019), *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *RIDL*, I, 279 ss.
- Perulli A. (1991), *I diritti di informazione*, Giappichelli, Torino.
- Perulli A. (1999), *Il Testo Unico sul sistema di relazioni sindacali e di partecipazione della Electrolux-Zanussi*, in *LD*, 4 ss1.
- Pessi R. (1986), *Innovazione tecnologica e sistema di relazioni industriali: la «contrattazione della trasformazione» e il «Protocollo Iri»*, in *RIDL*, I, 732 ss.
- Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* (a cura di) (2016), *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*, Ediesse, Roma.
- Ricciardi M. (1999), *Il protocollo di partecipazione in Telecom Italia Mobile*, in *LD*, 17 ss.
- Romagnoli U. (1977), *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *RTDPC*, 1056 ss.
- Rusciano M. (1985), *Libertà di associazione e libertà sindacale*, in *RIDL*, I, 585 ss.
- Santoni F. (2014), *Quali regole per i conflitti collettivi di lavoro*, in Zoppoli et al. (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, 371 ss.
- Santoro Passarelli F. (1976), *Il sindacato nell'impresa*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, I, 5 ss.
- Santoro Passarelli F. (1985), *Autonomia collettiva e libertà sindacale*, in *RIDL*, I, 137 ss.
- Senatori I. (2018), *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e ordinamento europeo. La prospettiva dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino.
- Treu T. (1986), *Le relazioni industriali nell'impresa: il Protocollo Iri*, in *RIDL*, I, 395 ss.
- Treu T. (2011), *A quarant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 7 ss.
- Vallebona A. (2016), *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, in *RIDL*, I, 503 ss.
- Zoli C. (2008), *I diritti di informazione consultazione nel d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, in *RIDL*, I, 161 ss.
- Zoli C. (2013), *La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli*, in *DLM*, 557 ss.
- Zoppoli A. (2016), *Sulle ragioni, oggi, di una regolazione a tutto tondo (del potere sindacale e) della contrattazione collettiva (in particolare, sulla proposta di legge di «Diritti Lavori Mercati»)*, in *RGL*, I, 151 ss.
- Zoppoli L. (2005), *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *DLRI*, 373 ss.

ABSTRACT

Il saggio analizza il rapporto tra l'opzione in favore del canale unico sindacale di rappresentanza operata dallo Statuto dei lavoratori e l'assenza della partecipazione decisionale in Italia nella prospettiva della relazione tra art. 39, comma 1, e art. 46 Cost. alla luce della mancata attuazione di quest'ultimo.

TRADE UNION FREEDOM *VERSUS* WORKERS PARTICIPATION?
WHICH ROLE TO WORKERS' STATUTE

This essay analyses the link between the option for the single Trade Union channel of representation in the Workers' Statute and the absence of participation in the decision-making in Italy in the view of the relationship between Art. 39(1) and Art. 46 of the Italian Constitution in the light of the non-implementation of the latter.

Antonello Zoppoli (*)

STATUTO DEI LAVORATORI E LAVORO PUBBLICO:
UN INCONTRO, NEL TEMPO, FECONDO (**)

SOMMARIO: 1. Tra attualità e *consapevolezze storiche*. — 2. La lettura di Rusciano per i quarant'anni dello Statuto dei lavoratori. — 3. *Segue*: Le difficoltà della «privatizzazione» del lavoro pubblico e il nodo della dirigenza. — 4. Le *consapevolezze storiche* consegnateci dal *realismo* dello Statuto nella prospettiva della «privatizzazione»: le posizioni (di potere e soggezione) delle parti del rapporto di lavoro. — 5. *Segue*: Limiti «esterni» al potere datoriale-tutela *del* lavoratore *vs* potere funzionalizzato-tutela indiretta del lavoro. — 6. Equilibrio dinamico degli interessi in gioco e pluralità di tecniche normative nel *realismo* dello Statuto. — 7. *Segue*: La bussola per orientarsi nelle persistenti differenze tra lavoro pubblico e lavoro privato: gli eloquenti esempi del contratto a termine e della reintegra contro il licenziamento. — 8. Lo Statuto e il suo Titolo III: l'originaria impostazione *anomica* e la sua estraneità al «pubblico».

1. — *Tra attualità e consapevolezze storiche* — Se lo Statuto dei lavoratori, nello scorso ultimo decennale, dimostrava tutti i suoi quarant'anni (1), oggi non dovrebbe passarsela molto meglio. Lo scenario generale in parte è mutato, anche positivamente, ma quanto, nel 2010, faceva avvertire il peso degli anni non si è certo attenuato, anzi (2).

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

(**) Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Oronzo Mazzotta*.

(1) È il titolo del saggio di Ballestrero (2010: *Quarant'anni e li dimostra tutti*) nel numero 1 di *LD* del 2010, celebrativo del quarantennale dello Statuto.

(2) Ridefinizione della dimensione statale, estensione e trasformazione dei mercati, cambiamenti dei contesti produttivi, articolazione morfologica del lavoro, sviluppo delle tecnologie, mutamenti organizzativi, problema occupazionale, tendenza all'individualismo, e si potrebbe continuare (aspetti toccati, l'uno o l'altro, da pressoché tutte le riflessioni sullo Statuto: cfr., ad esempio, i relativi saggi nel menzionato numero 1 *LD* del 2010). Non c'è che da scegliere la visuale da cui osservare, ancora adesso, i segni del tempo sulla normativa statutaria, per poi soppesare e distinguere, con più precisione, cause ed effetti.

Eppure, per quanto inevitabile, questa prospettiva di analisi appare riduttiva e insoddisfacente.

Ne dà conferma la lettura del bel saggio di Mario Rusciano dal titolo *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, nel citato numero di *Lavoro e Diritto*. In quel saggio, la riflessione è tutta in chiave diacronica: intreccia «filosofia dello Statuto» (3) e sviluppo della concezione (più che della regolazione) giuridica dell'impiego pubblico nei decenni successivi al 1970, sfociata nella sua «contrattualizzazione» o, per meglio dire (considerata la più vasta portata del termine), nella sua «privatizzazione». La prospettiva, in punto di metodo, mi sembra assai più robusta e stimolante: in essa, l'attualità, ancorché di peso, non fa velo alla *portata storica* dello Statuto, come tra breve vedremo.

Ma andiamo per ordine.

La riflessione sullo Statuto dei lavoratori nell'impiego pubblico è, giocoforza, pressoché sempre partita dal suo art. 37 (di seguito, art. 37), che, con una formulazione tanto perentoria quanto ricca di insidie, dà avvio all'affiancamento del «pubblico» al «privato» (4). La norma, di primo acchito, sembra confermare l'applicazione solo residuale del modello e delle regole del lavoro privato al lavoro pubblico già prevista dal corrispondente articolo 2129 c.c. (5); ma – scrive Rusciano nel saggio menzionato – gli interpreti più sensibili, a fronte degli straordinari sommovimenti degli anni sessanta-settanta, non hanno difficoltà a cogliere quanto di «assai più incisivo e altrettanto complicato» nell'art. 37 vi sia. Lo Statuto – osserva sempre Rusciano – «fissa limiti al potere datoriale, a tutela della libertà e dignità dei lavoratori, e prevede la presenza del sindacato nei luoghi di lavoro: due materie che, nella legislazione dell'impiego pubblico, non sono *diversamente* regolate, ma sono completamente ignorate, perché distanti anni luce dalla logica dello statuto giuridico di natura pubblica» (6).

(3) Come scrive Rusciano 2010, 107.

(4) *Ivi*, 105. Come si rammenterà, l'art. 37 prevede l'applicazione dello Statuto ai dipendenti da enti pubblici non economici «salvo che la materia sia diversamente regolata dalla legge». Non accennerò neppure al relativo dibattito, vivace per anni, poi superato dall'evoluzione legislativa (in proposito, cfr., tra gli altri: Cerbone 2010, 920; Carinci 2004, 197; Saracini 1999, 1387).

(5) Si ricorda, per comodità del lettore, che, secondo l'art. 2129 c.c., le disposizioni della Sezione III, del Capo I, del Titolo II, dedicata al rapporto di lavoro, si «applicano ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici, salvo che il rapporto sia diversamente regolato dalla legge».

(6) Rusciano 2010, 106.

Parole dense di significato. In modo molto sintetico, ma eloquente, se da un lato riportano alla profonda differenza culturale tra la concezione tradizionale del pubblico impiego e il lavoro privato, dall'altro lato invitano a valorizzare il superamento di quella differenza nella successiva evoluzione normativa e, soprattutto, le sottese *significantive consapevolezze*: nel loro carattere strutturale, ardue da rimuovere, come arduo è portare indietro le lancette della storia.

Allora, ritornare oggi a riflettere sullo Statuto dei lavoratori nell'impiego pubblico vuol dire, a mio avviso, anzitutto riflettere su queste consapevolezze. Inevitabile sarà farlo, qui, essenzialmente per schematizzazioni.

2. — *La lettura di Rusciano per i quarant'anni dello Statuto dei lavoratori* — Le difficoltà interpretative dell'art. 37, come già accennato, saranno negli anni superate. Il quadro normativo sull'applicazione dello Statuto nel pubblico impiego, dopo la tappa intermedia della l. 29.3.1983, n. 93, che pure lo aveva già non poco modificato, sarà mutato in radice dalla «privatizzazione», con gli artt. 2, c. 2, e 51, c. 2, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165 (7). A seguito della «privatizzazione», l'applicazione dello Statuto al lavoro pubblico segue logica e tecnica di tutte le norme del lavoro nell'impresa: è un'applicazione diretta, per espressa previsione normativa, «salve le diverse disposizioni contenute» nello stesso decreto n. 165.

Da questa visuale è d'obbligo intrattenersi ancora sul saggio di Rusciano, considerandolo nel merito, ossia soffermandosi sulla «filosofia» dello Statuto: esempio di «moderna legislazione» delle relazioni di lavoro nell'impresa, dagli anni settanta in poi lentamente calato nella realtà delle pubbliche amministrazioni (8).

Rusciano muove da una condivisibile premessa (9). Lo Statuto limita i poteri datoriali: in tal modo, per un verso, ne riconosce la legittimità, in quanto «coessenziali» al rapporto di lavoro subordinato; per altro verso, prende pienamente atto dell'asimmetria di questo rapporto, superabile solo andando al di là della sua struttura, per investire di un ruolo centrale la dimensione collettiva. Lo Statuto — scrive Rusciano — delinea un assetto sintetizzabile nella formula della «partecipazione conflittuale», che «sembra un ossimoro, ma in realtà costituisce un proficuo modello di relazioni sindacali». Attraverso la sua estensione alle pubbliche amministrazioni — osserva ancora Rusciano — si mira anzitutto a far emergere, anche in esse, come

(7) In cui confluiscono gli artt. 2, c. 2, e 55, c. 2, del d.lgs. 3.2.1993, n. 29.

(8) Rusciano 2010, 110.

(9) Le citazioni contenute in questo cpv. sono tutte in Rusciano 2010, 107 e 110.

nelle grandi imprese private, «una limpida alterità di interessi»: finalizzata a rimuovere patologie e disfunzioni organizzativo-istituzionali (confusione e sovrapposizioni di ruoli tra soggetti politici, amministrativi e sindacali). Donde, nell'impianto della «privatizzazione», spicca, da un lato, la *dirigenza*, che incarna il datore di lavoro, dall'altro, il *sindacato*, o meglio il sindacato più rappresentativo: entrambi volti a dar vita a «un sano e trasparente confronto sindacale», al fine di mantenere «l'equilibrio tra l'interesse dell'organizzazione (che incorpora l'interesse generale) e la tutela dei dipendenti».

Non c'è che dire: nel modello statutario, la cesura con il passato è netta (sul punto tornerò).

Questo nitido quadro diventa però opaco nel momento in cui si passa a verificarne l'attuazione. Siamo all'indomani del d.lgs. 27.10.2009, n. 150 (la cd. riforma Brunetta), e Rusciano, tra i molti concreti problemi rilevati (10), pone l'accento sulla persistente assenza di «una *vera parte datoriale*» (11). Di qui, la brusca frenata della riforma Brunetta, che, per un verso, dà corpo a una contraddittoria «imposizione legale della managerialità» e, per altro verso, riduce gli spazi della contrattazione, con il sindacato «nuovamente accompagnato, con modi non troppo garbati, fuori dalla stanza del dirigente» (12).

3. — Segue: *Le difficoltà della «privatizzazione» del lavoro pubblico e il nodo della dirigenza* — L'analisi è convincente, tanto nella ricostruzione del modello quanto nella rilevazione delle criticità.

Sin dagli anni novanta, secondo una diffusa (per non dire unanime) opinione, la dirigenza è il nodo scorsoio dell'intera operazione di riforma del lavoro pubblico: per il suo cruciale ruolo organizzativo-istituzionale, costituisce, nel concreto della gestione delle amministrazioni, il delicatissimo crocevia delle relazioni, da un lato, con il soggetto politico e, dall'altro, con il soggetto sindacale.

Invero, la «questione dirigenza» è, ormai, ineludibile da qualsiasi angolazione si guardino le nostre pubbliche amministrazioni e qualsiasi siano le

(10) Dei quali ritiene comunque responsabili pressoché tutti gli attori: legislatore, politica, amministrazione, sindacato: Rusciano 2010, 111 ss.

(11) Rusciano (*ivi*, 118), che scrive: la «verità è che [...] l'adozione del modello privatistico [...] richiede, per funzionare concretamente, la presenza di una dirigenza vera».

(12) *Ivi*, 119 e 120 (qui, in particolare, con riferimento alle modifiche apportate all'art. 9 del d.lgs. n. 165/2009).

terapie ipotizzate per i relativi problemi. E infatti, per quanto concerne la «privatizzazione», essa incrocia una tra le componenti decisive dell'intervento riformatore – probabilmente quella dalle maggiori implicazioni –: cioè il sistema di valutazione dell'attività delle pubbliche amministrazioni. Da tale sistema non si può prescindere, se vuol darsi compiutezza, teorica ed empirica, alla «privatizzazione» del lavoro pubblico: a cominciare proprio dal ruolo della dirigenza, che solo in un'effettiva valutazione – come tale, terza e imparziale – della struttura e della sua attività può sperare di trovare la propria identità (13). Al riguardo, ancora oggi, nonostante i progressi compiuti, si registrano criticità importanti (14). La cd. riforma Madia (15) – ultimo intervento legislativo sul punto –, se ha riaperto qualche spazio per la contrattazione (16), poco o nulla di significativo ha introdotto (17). È, in sostanza, il motivo ultimo per il quale l'analisi di Rusciano risulta, tuttora, attuale.

Tornando al nostro tema, questa analisi presenta però un rischio: rinvenire, nello Statuto, tanto, forse finanche troppo, distraendo da altri suoi non marginali contenuti (18). E quanto rilevato su dirigenza e sistema di valutazione è prova dell'estrema ampiezza della prospettiva. Beninteso – giova ribadirlo –, siamo nel cuore della «privatizzazione», e non v'è dubbio che il suo esito, ancora oggi, passi attraverso la soluzione di quei nodi problematici: altre soluzioni credibili, all'orizzonte, non si vedono. Proprio in questa logica, tuttavia, lo Statuto, sul piano delle consapevolezze giuridiche, può probabilmente dire altro di storicamente assai significativo: in quanto tale, di indirizzo anche per l'attualità.

(13) Sul punto vd., *amplius*, Zoppoli A. 2018, 317, anche per i necessari riferimenti bibliografici.

(14) Cfr.: D'Arcangelo 2019, 774; Mastrocinque 2017, 203; Monda 2016, 58.

(15) Decreti legislativi 25.5.2017, n. 74 e n. 75.

(16) Vd.: Delfino 2018; Natullo 2018.

(17) In proposito – come sull'ennesima riscrittura della disciplina della dirigenza prevista nell'ambito della stessa riforma Madia, non giunta in porto ma comunque per nulla convincente –, cfr. Zoppoli A. 2018, 320. A considerazioni analoghe induce la più recente l. 19.6.2019, n. 56, che, in particolare, ha istituito presso il dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri il «Nucleo della concretezza»: cfr., al riguardo, le condivisibili osservazioni critiche di Zoppoli L. (2019).

(18) Non a caso, nell'avviare la sua riflessione, è lo stesso Rusciano (2010, 104) a osservare come, dopo la «privatizzazione», il discorso sullo Statuto nell'impiego pubblico porti ad affrontare la più generale problematica dell'applicazione del diritto del lavoro nel suo complesso ai dipendenti pubblici.

4. — *Le consapevolezze storiche consegnateci dal realismo dello Statuto nella prospettiva della «privatizzazione»: le posizioni (di potere e soggezione) delle parti del rapporto di lavoro* — È il caso di ripartire dal valore aggiunto dell'art. 37 rispetto all'art. 2129 c.c.

Si rilevava prima come l'art. 37, rispetto alla norma codicistica, estenda all'impiego pubblico le regole attinenti sia al rapporto di lavoro sia al versante sindacale. Questa novità passa, a ben vedere, attraverso un'altra precedente e assai rilevante innovazione dello Statuto, dalle molteplici conseguenze: un nuovo modo di considerare e rapportarsi, in generale, al potere datoriale.

Non dico certo nulla di nuovo ricordando come lo Statuto capovolga definitivamente, e in maniera giuridicamente robusta, l'approccio del codice civile al contratto di lavoro subordinato, ispirato a un'integrale razionalità liberista (19): sollevando il velo del debolissimo impianto di tutele apprestate dal legislatore codicistico, le parti non sono più considerate, secondo un'ottica formalistica, in una posizione di parità, bensì nella loro *effettiva* situazione, di indubbio e marcato squilibrio (20).

È, questa, una prima fondamentale consapevolezza che lo Statuto ci ha consegnato. La situazione delle parti di un contratto di lavoro subordinato va considerata, in tutti suoi profili, per ciò che *realmente* è, nella sua effettiva dimensione di «potere-soggezione» (21). Lo Statuto dà così anzitutto corpo a una nota lettura dell'art. 1 della Costituzione, secondo la quale il Costituente ha assunto a riferimento «l'essere reale, visto nella concretezza dei bisogni che ricercano nuovi strumenti di soddisfazione» (22).

Tornare oggi su tale assunto, acquisito da tempo alla riflessione lavoristica, è interessante e utile.

Dunque, è proprio in virtù del «realismo» dello Statuto che l'art. 37 prevede l'applicazione al pubblico impiego delle regole «privatistiche» inerenti tanto al rapporto di lavoro quanto al versante sindacale.

(19) Vd., per tutti: Liso 1982, 17; Mengoni 1985a, 378.

(20) Come tante volte e da tanti ripetuto, l'istituto del licenziamento, in proposito, è eloquente: in una delle più lucide e classiche analisi giuslavoristiche (D'Antona, 1979, 67) esemplarmente visto non solo come atto negoziale, bensì anche quale esercizio di potere privato, si da rendere la reintegra *ex* art. 18 dello Statuto, in emblematica distanza dall'art. 2118 c.c., «consapevole intervento riequilibratore dei rapporti d'impresa». Ancora di recente, sia pure in relazione a un diverso quadro, lo ha ricordato la Corte costituzionale, nella famosa sentenza n. 194 dell'8.11.2018, in www.cortecostituzionale.it: «i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro».

(21) «Il tratto più eterodosso dello Statuto è dunque quello dell'effettività», scrive Mazzotta (2010, 33).

(22) Mortati 1975, 10.

Continuando (per il momento) a riflettere sulle prime, lo Statuto evidentemente, nel considerare l'effettiva posizione delle parti, prende molto sul serio già i poteri datoriali nell'impresa in un'economia di mercato: li riconosce e legittima come «coessenziali» al rapporto di lavoro subordinato; e sì, perché senza potere non c'è subordinazione, ossia non v'è lavoro funzionale per l'organizzazione (23). Tuttavia, la relazione, se è giocoforza di potere in funzione dell'organizzazione, non può essere *legibus soluta*. A farne le spese sarebbe, inevitabilmente, chi – lo Statuto lo sa bene – è in posizione di soggezione e quel potere subisce: il lavoratore subordinato, con la sua persona. A differenza del legislatore del codice, decisamente sensibile all'istanza liberista, per il legislatore statutario potrebbe, al massimo, essere *legibus soluta* l'impresa «illuminata», ma questa è non più di una possibilità: al legislatore statutario lo ha indicato la Costituzione, in modo espresso nell'art. 41, dove – come si sa – ha accompagnato la piena legittimazione dell'iniziativa economica con limiti molto significativi.

Sicché il potere in funzione dell'organizzazione – dice lo Statuto – va preso sul serio, ma esige limiti al suo esercizio, in tutte le sue fasi, a tutela del lavoratore (24). Questi limiti, tuttavia, per ormai unanime pluridecennale opinione (25), non potranno riguardare profili «interni» al potere datoriale, come il «cosa» o il «perché» produrre, altrimenti risulterebbe intaccata la libertà d'iniziativa economica. Si tratta, dunque, riprendendo una classica distinzione, di limiti cd. esterni.

5. — Segue: *Limiti «esterni» al potere datoriale-tutela del lavoratore vs potere funzionalizzato-tutela indiretta del lavoro* — Volgiamo ora l'attenzione al «pubblico».

Nello Statuto tradizionale dell'impiego pubblico, quindi prima della «privatizzazione», il quadro – è noto – si presenta diversamente. E questo quadro è sotteso all'impostazione codicistica espressa dall'art. 2129 c.c. In esso, la struttura del potere datoriale segue la struttura del potere attribuito, in generale, alle amministrazioni pubbliche per lo svolgimento della propria attività istituzionale. Il potere del datore di lavoro pubblico è «funzionaliz-

(23) Scrive Carabelli (2004, 25 e 28), sulla scia «di una lunga e articolata elaborazione concettuale»: «il potere direttivo (per effetto dello specifico richiamo, di cui all'art. 2094 c.c., alla “direzione” del datore di lavoro) va considerato come un *effetto necessario ed essenziale* del contratto», e «la soggezione a esso si configura come elemento strutturale dell'obbligazione di svolgere un'attività lavorativa».

(24) Vd., tra i tanti: Grandi 1989, 328; Treu 1989, 26; Mengoni 1985b, 400.

(25) D'obbligo il riferimento a Minervini (1958, 618).

zato»: in quanto correlato a un preciso fine, comunque d'interesse generale, che ne conforma, sul piano giuridico, nascita, svolgimento, esito (26). Tutte fasi soggette a limiti, ma nell'interesse generale. Ovviamente con ripercussioni sul legittimo esercizio del potere, sempre in tutte le sue fasi.

Questa fisionomia del potere del datore fa aggio sulla tutela della persona del lavoratore alle dipendenze dell'amministrazione. Non è qui il caso di intrattenersi sui tratti del rapporto in cui essa in concreto si esprime (27). Piuttosto, tornando allo Statuto dei lavoratori, è da sottolineare come l'impostazione statutaria appaia incompatibile con la descritta fisionomia del potere datoriale pubblico. In estrema sintesi, l'introduzione di limiti «esterni» al potere datoriale, a tutela del lavoratore, propria dello Statuto è incompatibile con l'esistenza di un potere funzionalizzato per un fine che tale tutela assorbe. Se questo dovrebbe essere evidente, la ragione che sta dietro merita attenzione.

Lo Statuto muove dall'assunto che il potere del datore è *immanente* al rapporto di lavoro subordinato: lo esige l'organizzazione, per la quale il potere opera. Più precisamente, nell'impostazione statutaria, il fondamentale potere datoriale-organizzativo conferma la prestazione del lavoro, che è strutturalmente «altro» rispetto all'organizzazione (benché a essa necessaria) e indissolubilmente legata alla persona del lavoratore. Sicché, tra chi dirige l'organizzazione e l'individuo alle sue dipendenze c'è, sempre, una contrapposizione strutturale: è anzitutto qui che si radica un'ineludibile «alterità d'interessi» (28). Ed è questa che va necessariamente regolata. Anzi, va regolata non soltanto delimitando (dall'esterno) il potere, ma anche mettendo la persona del lavoratore nelle condizioni *effettive* per far valere i limiti previsti e per dare, più in generale, sostanza dinamica alla sua tutela durante la vita del rapporto di lavoro. Di qui l'inedita e grande at-

(26) Secondo il concetto di «funzionalizzazione analitica»; così, in modo esaustivo: Orsi Battaglini, Corpaci 1999, 1098; Orsi Battaglini 1993, 461.

(27) Vale a dire, in sintesi: a) prevalenza del rapporto organico, d'immedesimazione del soggetto nel *munus publicum* – in cui appunto spicca l'interesse pubblico – , sul cd. rapporto di servizio, concernente invece lo scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione, con la posizione di supremazia speciale dell'amministrazione; b) conseguente negazione dell'alterità delle posizioni delle parti del rapporto di lavoro – assorbita dall'interesse generale preminente – e della natura contrattuale dello stesso rapporto, con tutte le relative implicazioni sul piano sindacale; c) tutela solo indiretta del lavoratore, quale riflesso della tutela dell'interesse generale, e configurazione delle sue situazioni soggettive in termini d'interesse legittimo. Classiche, in proposito, le citazioni di Rusciano 1978; Giannini 1970.

(28) Secondo un noto insegnamento: cfr. Giugni (2014, 14), sulla scia degli studi sul conflitto di Dahrendorf (1963; *Id.* 1988).

tenzione alla dimensione collettivo-sindacale da parte dello Statuto: posta «al servizio dell'“individuale”, anche senza la mediazione associativa, in una dialettica diretta con l'antagonista» (29).

A questo punto, non occorrono troppe parole per mettere bene a fuoco l'enorme distanza esistente tra logica tradizionale del pubblico impiego e logica dello Statuto. L'assorbimento della tutela del lavoratore subordinato nella tutela dell'interesse generale, tipica della prima, è, per la seconda, improponibile: la tutela è *del* lavoratore, non solo nel senso che riguarda la sua persona, ma anche nel senso che *a lui appartiene*: è lui a doverne seguire e decidere le sorti.

Ritornando alla tormentata esegesi dell'art. 37 negli anni settanta-ottanta o, se si preferisce, alla incisività e complicatezza della norma, è possibile scorgervi, alla base, questo realismo: tratto di indiscutibile modernità. Così come rispetto alla concezione del lavoro nell'impresa, anche nei confronti del tradizionale Statuto del pubblico impiegato, lo Statuto dei lavoratori muove dall'effettiva situazione dei soggetti del rapporto, nelle loro «posizioni di potere e di soggezione» (30), con tutto quanto ne consegue. Ciò, per il lavoro pubblico, segna una radicale distanza dall'art. 2129 c.c.

Dopo che la «privatizzazione» ha posto fine alla tormentata questione dell'applicazione della normativa statutaria nel lavoro pubblico, anche in quest'area del lavoro dipendente il descritto approccio può considerarsi acquisita consapevolezza giuridica, di rilievo teorico e pratico: l'equilibrio tra l'essenziale potere datoriale-organizzativo e il lavoratore-persona, strutturalmente antitetici, non può passare attraverso un potere funzionalizzato per un fine terzo.

Questo è da considerare un punto ormai fermo, che si apprezza appieno quando, in presenza delle menzionate difficoltà che tuttora in generale incontra la «privatizzazione», o dinanzi alle più o meno specifiche incertezze e ambiguità legislative di questi anni, o, ancora, di fronte a espresse nuove (opportune o no) differenze tra pubblico e privato, si propone un ritorno al passato, cioè a una regolazione incentrata sull'interesse generale

(29) Mazzotta 2010, 33. Sotto questo profilo, il carattere complementare delle due linee di tutela dello Statuto, individuale e collettiva, risulta molto evidente (cfr., tra i tanti: Mariucci 2010; Mengoni 1985b, 398): entrambe ispirate a un'idea di lavoratore che nel lavoro ritrova la sua dimensione di persona, secondo la migliore lettura del dettato costituzionale, ripresa di recente da C. cost. n. 194/2018, cit. (sull'argomento vd., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Zoppoli A. 2011 e, da ultimo, Mariucci 2020).

(30) Mengoni 1985a, 378.

(nel senso prima illustrato), oppure si sostiene la fine della «privatizzazione», senza magari delineare alternative.

Come prima si diceva, portare indietro le lancette della storia non è possibile.

6. — *Equilibrio dinamico degli interessi in gioco e pluralità di tecniche normative nel realismo dello Statuto* — Piuttosto, data per acquisita la «privatizzazione», lo Statuto può aiutare a capire se e come differenziare «pubblico» e «privato», fornendo una bussola per orientarsi.

È opportuno anzitutto ritornare ancora, brevemente, al «privato».

Lo Statuto segna una decisa svolta verso l'alto nel livello di tutela della subordinazione. Questa è, però, un'inevitabile conseguenza della presa d'atto della effettiva condizione contrattuale del prestatore di lavoro: nel 1970, è una fondamentale acquisizione. Ma non è sul livello di tutela raggiunto con lo Statuto che, oggi, in chiave storica, si può concentrare, né tanto meno fermare, l'attenzione (31). Sarebbe una prospettiva – occorre rendersene conto – riduttiva, incline a sopravvalutare profili storicamente determinati, appartenenti a una fase della legislazione lavoristica. È altro che lo Statuto invita a cogliere, al di là del suo tempo.

In virtù dell'approccio realista, il legislatore statutario sa che, se la posizione delle parti è contrapposta e non paritaria, il *vero nodo problematico* sta nell'individuazione del relativo concreto mutevole punto di equilibrio: nel riuscire a equilibrare in modo soddisfacente, all'interno di un organismo estremamente vitale come l'organizzazione dell'impresa, l'essenziale potere datoriale e l'inestricabile binomio lavoratore-persona: strutturalmente antitetici. Ovviamente tenendo presente la differenza tra organizzazione e organizzazione, tra contesti e contesti. Lo Statuto, in altri termini, è tutto permeato dalla tensione a mettere dinamicamente in equilibrio esigenze *delle organizzazioni* e tutela del lavoro *in ogni momento* del rapporto.

A questa consapevolezza ne segue necessariamente un'altra. Mettere in campo una *pluralità* di approcci e di tecniche normative: piano individuale e piano collettivo; norme dettagliate e teleologicamente connotate; regolazione definita e procedimentalizzazione, con il coinvolgimento delle parti

(31) La storia ha mostrato quanto era abbastanza intuitivo nella descritta impostazione dello Statuto: in un'economia di mercato, fortemente connotata in senso sociale ma comunque a risorse intrinsecamente variabili – come nel modello accolto nella nostra Costituzione e in buona parte dei paesi occidentali –, il punto di equilibrio tra «sociale» ed «economico» è, gioco forza, mobile. Donde, il livello di tutela non può cristallizzarsi.

sociali e del soggetto amministrativo; interazione legge-contratto collettivo e utilizzazione dello strumento penale; valorizzazione del piano processuale e rafforzamento delle risoluzioni stragiudiziali delle controversie.

Per rendersi conto della consapevolezza, nello Statuto, della necessità di diversificare le tutele tra organizzazioni-contesti non occorre spendere troppe parole. Si pensi a due lampanti esempi per tutti, entrambi legati alle dimensioni della struttura imprenditoriale: 1) la differenziazione della tutela contro il licenziamento, con due regimi radicalmente diversi, reale e obbligatorio; 2) l'applicazione o l'esclusione del livello di tutela «privilegiato» introdotto dal Titolo III dello Statuto. Quanto all'esigenza di articolare l'intervento normativo e le sue tecniche – è anche inutile fare esempi –, è l'intero Statuto a offrirne dimostrazione: dal potere di controllo al potere disciplinare; dal mutamento di mansioni al licenziamento; dalle «rappresentanze sindacali aziendali» (di seguito, Rsa) all'art. 28.

Bene: al di là di questa o quella opinione, diversificazione delle tutele in ragione di organizzazioni-contesti e articolazione delle tecniche normative appaiono altre due fondamentali consapevolezze consegnateci dallo Statuto in prospettiva diacronica.

Entrambe riportano al vero nodo problematico del rapporto di lavoro: l'individuazione del punto di equilibrio tra le posizioni delle parti. Che, in breve, è un problema di regolazione; anzi, ancora una volta, prima di tutto di realismo: di conoscenza della realtà e di conseguente *ponderata normazione* con *tecniche adeguate*. Questo è un altro insegnamento di grande modernità dello Statuto; benché la questione, ovviamente, sia assai delicata. Come è delicata la normazione in una società complessa, altrettanto ovviamente, negli esiti, sottoposti alla verifica della «comunità dell'interpretazione» (32), ovvero all'incessante e instancabile prassi dell'interpretazione tra tutti coloro che hanno a che fare col diritto, tra i vari luoghi sociali che esso conforma e da cui è conformato.

Da tale angolazione, lo Statuto dimostra, invero, di portare molto bene la sua età, sotto ogni profilo. Paradossalmente, prova eloquente ne danno proprio i recenti sviluppi legislativi che, dal 1970, segnano, oggi, il livello più basso di tutela del lavoro subordinato; dinanzi ai quali, peraltro, lo Statuto nuovamente induce a non assumere posizioni radicali. Alla marcata riduzione di tutela il legislatore degli ultimi anni è giunto non certo per aver rimosso le ragioni di strutturale soggezione del lavoratore al potere datoriale. Al contrario, le novità legislative che – secondo una nota e pure as-

(32) Viola, Zaccaria 2003, 247.

sai discussa e discutibile ricostruzione – avrebbero dovuto in sostanza condurre a tanto, attraverso il rafforzamento della posizione del cittadino-lavoratore nel mercato del lavoro, sì da giustificare la drastica riduzione di tutela, ancora oggi sono prive di qualsiasi concreto riscontro. Ebbene, possiamo dire, seguendo l'insegnamento dello Statuto, di essere dinanzi a un esempio di «cattiva» regolazione lavoristica (33), e in questa logica, evitare conseguenze estreme, come il mutamento d'identità del diritto del lavoro, pure da qualcuno affermato.

7. — Segue: *La bussola per orientarsi nelle persistenti differenze tra lavoro pubblico e lavoro privato: gli eloquenti esempi del contratto a termine e della reintegra contro il licenziamento* — Ma ritorniamo al lavoro pubblico. Si diceva di una bussola per orientarsi, all'interno della «privatizzazione», nelle possibili persistenti o nuove differenze regolative tra lavoro pubblico e lavoro privato. Quanto osservato nel paragrafo precedente va, a tal fine, tenuto ben presente.

La riflessione e l'impegno operativo devono concentrarsi sulle specificità delle esigenze funzionali organizzative e di contesto delle pubbliche amministrazioni per equilibrarle con le esigenze di tutela del lavoro, attraverso adeguate tecniche normative, nel modo più soddisfacente per tutti gli interessi in gioco, secondo un sano realismo. La «filosofia» dello Statuto, per dirla con Rusciano.

Anche qui, due esempi per tutti, sempre molto eloquenti e di segno opposto. La disciplina del contratto a termine e, ancora (per il suo indubbio marcato rilievo), la tutela contro il licenziamento.

Per la prima, assume rilievo l'esclusione, sul piano sanzionatorio, della trasformazione in rapporto a tempo indeterminato, contemplata ora dall'art. 36, c. 5, del d.lgs. n. 165/2001 (34). Al riguardo, una rigida esclusione, generalmente giustificata sulla base del principio del concorso, appare

(33) L'emblema di questa cattiva regolazione è, inevitabilmente, la nuova disciplina del licenziamento di cui al d.lgs. 4.3.2015, n. 23, sostenuta da una cruciale operazione di «bilanciamento», realizzata in modo tutt'altro che ineccepibile: quindi, tanto fondamentale quanto debole. Operazione trascurata anche dalla già citata famosa sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018, in uno dei suoi punti, non a caso, più criticati. Fa un'enorme fatica credere che, per la comunità degli interpreti, un tale discorso abbia una simile fine. Al riguardo cfr., pure per i necessari riferimenti bibliografici, Zoppoli A. 2019.

(34) La questione è stata affrontata, come si ricorderà, anche dalla Corte costituzionale, con la sentenza 27.3.2003, n. 89, che ha considerato legittima l'esclusione; più di recente sul punto si sofferma anche C. cost. 27.12.2018, n. 248.

aprioristica e immotivata, perché in molte situazioni le esigenze sottostanti questo principio (imparzialità e buon andamento) sono comunque garantite da precedenti appropriate prove selettive dei lavoratori. Molto più tarato sulla realtà delle organizzazioni e del contesto è il riferimento alle esigenze di programmazione e contenimento della spesa pubblica quale ostacolo alla «trasformazione» del rapporto (35). Che però vuol dire gestione razionale del fabbisogno di personale e degli organici: esattamente il contrario di quanto è assai spesso a monte della questione in parola, ossia un frequente se non abituale ricorso al contratto a termine dettato dall'occasionalità o dall'urgenza, del quale poi sono i lavoratori a pagare il prezzo, vedendosi negati continuità e stabilità del lavoro. Questi gli elementi di un confronto tuttora animato nella «comunità dell'interpretazione», come dimostra il caso dei docenti della scuola (36).

In merito alla tutela contro il licenziamento, ha fatto invece discutere l'esclusione del lavoro pubblico dalle profonde novità introdotte dal d.lgs. n. 23 del 2015. In proposito – come si sa –, i dubbi sono stati risolti dalla riforma Madia (art. 21 del d.lgs. n. 75/2017), che ha riscritto l'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, prevedendo a chiare lettere reintegra e indennità risarcitoria quali sanzioni contro il licenziamento per giustificato motivo. In questo caso la scelta normativa appare convincente. Ma, anche in questo caso, occorre procedere con realismo, prestando attenzione al contesto. Nuovamente, non convince un generico richiamo alla presenza dell'interesse generale o, solo parzialmente più specifico, al buon andamento e all'imparzialità, con l'accento sulla interrelazione con il principio del concorso o su un rischioso esborso di denaro imposto dalla tutela obbligatoria (37). Entrambe le preoccupazioni appaiono superabili, ancora una volta, da una gestione razionale e consapevole delle organizzazioni. Se così è, allora il problema riporta al nodo della dirigenza e, con esso, alla necessità di un adeguato sistema di valutazione delle amministrazioni pubbliche: al momento non esistente. Ciò fa sì che la scelta legislativa di confermare la reintegrazione per i lavoratori pubblici risulti, oggi, condivisibile (38). E il discorso, al riguardo, sembra sopito. Ma, se lo è, può esserlo dinanzi all'attuale realtà; in futuro, qualora i contesti cambieranno, sarà da riprendere.

(35) In questo senso Saracini 2013, 171, cui si rinvia anche per un'illustrazione del dibattito.

(36) Sul quale, più di recente, cfr. Aimo 2017, 162.

(37) Così invece Luciani 2018, 404.

(38) In questo senso vd. anche Monda 2016, 119.

8. — *Lo Statuto e il suo Titolo III: l'originaria impostazione anomica e la sua estraneità al «pubblico»* — Veniamo ora a guardare più da vicino il versante sindacale, più volte sin qui incontrato.

Dovrebbe essere già emerso il significato profondo dell'ingresso del soggetto sindacale nel lavoro pubblico, al di là del pur importante riconoscimento della più generale istanza di libertà dallo stesso espressa. Nella complessiva logica dello Statuto, questo significato si può riassumere nell'imprescindibile ruolo di risorsa normativa per individuare, dinamicamente, il punto di equilibrio tra le diverse esigenze dell'organizzazione, nella loro fluidità, e la tutela del lavoro, nella sua compenetrazione con la persona (39). La sintesi racchiude tutto il realismo dello Statuto.

Se al riguardo è scontata la già segnalata assoluta esigenza di un valido interlocutore attraverso cui l'organizzazione «viva» e senza il quale l'azione del sindacato corre il rischio di snaturarsi – tornando ad antiche prassi di miope, irresponsabile e controproducente «consociativismo», per usare una parola sotto ogni profilo emblematico –, è qui il caso di guardare più attentamente *in che termini* il legislatore abbia storicamente sostenuto e sostenuto la fondamentale presenza sindacale. Al riguardo, infatti, il discorso assume un nuovo registro: le strade di «privato» e «pubblico» si divaricano. Ed è nella divaricazione che, probabilmente, oggi si annidano utili indicazioni per il presente.

Anche in proposito è opportuno partire dal «privato», con alcune sintetiche considerazioni su vicende assai note. L'attenzione è ovviamente sull'art. 19: norma chiave del Titolo III dello Statuto.

Nell'originaria impostazione, lo Statuto mirava a ridare linfa al cd. sistema sindacale di fatto, al termine degli anni sessanta scosso dall'incrinatura del rapporto vertice-base che ne minava le fondamenta. Se la scommessa di lì a breve fu vinta – e la contrattazione rilanciata nella veste di sede privilegiata della definizione del mutevole equilibrio tra il «sociale» e l'«economico» –, con il passare degli anni l'anomia dello Statuto – questa sì – mostrerà tutti i segni del tempo. L'art. 19, stravolto, nella *ratio* e nella formulazione, dal referendum del 1995 (40) e presto sopravanzato dalle «rap-

(39) *Mutatis mutandis*, lo ha in sostanza sintetizzato bene la Corte costituzionale, ancora qualche anno fa, proprio in relazione al lavoro pubblico, in un passaggio della nota sentenza del 23.7.2015, n. 178, dove si legge: in «una costante dialettica con la legge, chiamata nel volgere degli anni a disciplinare aspetti sempre più puntuali (art. 40, c. 1, secondo e terzo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001), il contratto collettivo contempera in maniera efficace e trasparente gli interessi contrapposti delle parti».

(40) Da fulcro del raccordo tra ordinamento statale e sistema sindacale di fatto, o, se si preferisce, ordinamento intersindacale, l'art. 19 acquista le generiche sembian-

presentanze sindacali unitarie» (di nseguito, Rsu) introdotte dal Protocollo del 23.7.1993 (41), riconquisterà il centro della scena solo dopo un ventennio circa, con la sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 23.7.2013 nell'ambito del caso *Fiat*. Ma sarà un ritorno di retrovia: quale argine alla deriva patologica della sua anima (42), ormai solo nella memoria architrave di una ponderata scelta di politica del diritto a sostegno dell'autonomia collettiva. Per converso, dinanzi a scenari ben più articolati, complessi e frammentati dei decenni sessanta-settanta (43), sempre più ineludibile e invero condivisa (44) appare la necessità di un compiuto sistema sindacale, democraticamente e giuridicamente solido. Come d'altro canto dimostra, alla fine dei conti, anche il legislatore dell'ultimo decennio, non certo particolarmente sensibile all'istanza sindacale, con l'art. 8 del d.l. n. 38 del 13.8.2011: per quanto fragile, indiscutibile prova, da un lato, del bisogno normativo di contrattazione e, dall'altro, di una sua adeguata regolazione.

Bene: il percorso descritto è del tutto estraneo al versante sindacale nelle pubbliche amministrazioni.

Le relazioni sindacali nel contesto pubblico non si sono mai essenzialmente e prioritariamente sviluppate sul piano fattuale. Un *autonomo* ordinamento intersindacale, basato sull'*effettività*, nel pubblico, non è mai esistito (45). Molteplici ragioni, tra loro intrecciate – marcata articolazione e diversificazione delle strutture, frammentazione e differenziazione degli interessi, rilevanza del soggetto politico, peculiare sviluppo della presenza sindacale, per ricordare le principali –, hanno, da sempre, costituito un osta-

ze di sostegno del sindacato già di per sé «forte» in quanto firmatario del contratto collettivo, di questo o quel livello, applicato nell'unità produttiva.

(41) Le Rsu riusciranno a recuperare strutturali (normative) carenze, riuscendo a coniugare l'istanza di un fondamento effettivo e verificato dell'azione sindacale con l'esigenza di mantenere saldo il raccordo con le grandi Confederazioni e con le dinamiche della contrattazione collettiva.

(42) La Corte costituzionale ridarà linfa alla cd. rappresentatività «sociologica» (cifra della versione originaria della norma), al fine di evitarne – scrive la Consulta – l'«alterazione assiologica e funzionale [...] quanto al profilo del collegamento, non certamente rescisso dall'intervento referendario, tra titolarità dei diritti sindacali ed effettiva rappresentatività del soggetto che ne pretende l'attribuzione».

(43) In particolare, sull'utilità della regolazione legale a fronte dei fenomeni di «disintermediazione», vd.: Caruso 2017, 23; Carrieri, Feltrin 2016, 111 ss.

(44) Sia pure con diversità d'impostazione e di accenti: cfr. l'ampio panorama di opinioni in Zoppi *et al.* (a cura di) 2014 e le tre proposte di legge di Cgil, *Diritti Lavori Mercati* e «Freccia Rossa», in RGL (a cura di) 2016.

(45) Cfr. Zoppi L. 1990, 47.

colo strutturale per il sistema sindacale di fatto. Il legislatore, sin dalla fine degli anni sessanta, quando ha cominciato ad aprire le porte del pubblico al sindacato, ne ha regolato presenza e azione, con l'attribuzione della rappresentanza legale. Negli anni ottanta, poi, ha avvertito la necessità di una precisa regolazione anche del fondamento di questa rappresentanza (46). E, dopo alcune incerte e deboli esperienze (47), giungerà a una soddisfacente soluzione nel 1997, con il d.lgs. n. 396 del 4 novembre (48). Tutto sommato, abbastanza presto; anzi, decisamente presto, considerando l'esperienza del «privato». È stato possibile, evidentemente, proprio perché nel pubblico impiego il soggetto sindacale aveva un radicamento ben più giovane e s'inseriva in un contesto connotato dalla presenza dell'interesse generale, nelle sue molteplici implicazioni.

In un siffatto scenario, il legislatore si è deciso a regolare in modo compiuto anche le particolari prerogative sindacali di cui al Titolo III dello Statuto nel «pubblico» (49), seguendo, in merito al referente soggettivo, soluzioni inevitabilmente e sensibilmente diverse dal «privato» (50). Coerentemente al contesto e alla relativa storia, ha attribuito la titolarità delle prerogative direttamente a un organismo *del* sindacato, ai fini della cui costituzione *per tabulas* non ha mai dato rilievo all'«iniziativa dei lavoratori»: la Rsa esclusivamente costituita *dal* sindacato ammesso al tavolo negoziale. Alla quale, peraltro, ha attribuito da subito un ruolo secondario, a favore della Rsu, più coerente con quella regolazione e, come tale, subito legificata e ben incentivata nel meccanismo della misurazione della rappresentatività a fini elettorali. E per la concreta disciplina delle prerogative sindacali ha investito di un ruolo centrale la contrattazione collettiva, vincolata a dar peso, per il loro godimento, alla rappresentatività puntualmente regolata.

Siamo, dunque, distanti dall'impostazione dello Statuto. La distanza non meraviglia: è nella genesi dei due interventi legislativi. L'impostazione «anomica» dello Statuto – indelebile segno di tutta la storia dell'art. 19 e originariamente volta a sostenere (attraverso particolari

(46) Vd., per tutti: D'Antona 1998, 53; Rusciano, Treu (a cura di) 1984.

(47) Prima con l'art. 8 dell'Accordo intercompartimentale, recepito nel d.P.R. 23.8.1988, n. 395, e la conseguente circolare del ministro per la Funzione Pubblica del 28.10.1988, n. 2451 (cd. circolare Pomicino); poi con l'art. 47 del d.lgs. n. 29/1993, caduto anch'esso sotto la scure del referendum del 1995.

(48) Su questi sviluppi cfr., per tutti, Lazzari 2014.

(49) Al riguardo vd.: Cordella 2019, 277; Di Stasi 2010, 297; Zoppoli L. 1990, 192; Pandolfo 1984, 722.

(50) Cfr.: Gargiulo 2019, 293; Fontana 2004, 289; Pascucci 1999, 1325.

prerogative) il sistema sindacale di fatto quale surrogato di un sistema legale – è ben lontana dalle caratteristiche dell'intervento legislativo nel «pubblico: sempre più ampio e dettagliato, dove Rsa e relativi diritti sindacali non costituiranno mai succedanei della regolazione legale del sistema sindacale, bensì, sin dal nascere, assumeranno la più semplice veste di elementi di rafforzamento del sindacato protagonista di un sistema di contrattazione, per legge, «ordinato».

Come noto, sarà la normativa del «pubblico» a ispirare le parti sociali quando, nel corso della vicenda *Fiat*, avvertiranno, forte, il bisogno di regole sulla contrattazione collettiva, giungendo agli Accordi del 2011-2013, che confluiranno nel Testo Unico sulla rappresentanza sindacale del 10.1.2014, ma, ben presto, saranno alla ricerca di una più solida radice giuridica, che ne superi gli intrinseci limiti normativi derivanti dalla natura contrattuale (51). E siamo all'attualità.

A ben vedere, in una visuale diacronica, anche da questa divergenza tra «pubblico» e «privato» è possibile trarre, se non una consapevolezza, un forte dubbio, dettato pur sempre dal senso di realismo dello Statuto. I punti di osservazione però s'invertono, ed è attraverso il «pubblico» che occorre guardare lo Statuto: la sua anomia corre il rischio di fare, oggi, del «privato» una zavorra della contrattazione quale generale imprescindibile risorsa normativa delle relazioni di lavoro. D'altro canto, tra i teorici della «privatizzazione», v'è chi, sin dalle sue origini, aveva preannunciato processi osmotici di sviluppo normativo (52).

Ripensando alla storia dell'art. 37: la legge del contrappasso.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2017), *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino.
- Ballestrero M.V. (2010), *Quarant'anni e li dimostra tutti*, in *LD*, 19 ss.
- Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 1 ss.

(51) Significativi sono, in merito, il cd. Patto della fabbrica del 9 marzo 2018, dove si rilancia il T.U. del 2014, configurandolo, al contempo, come «presupposto per l'eventuale definizione di un quadro normativo in materia», e, per quanto concerne in particolare la Cgil, la già citata proposta di legge, nell'ambito della *Carta dei diritti universali del lavoro-Nuovo Statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori* (artt. 27 ss.), favorevole all'attuazione dell'intera seconda parte dell'art. 39 Cost.

(52) Rusciano 1993, XXVII.

- Carinci M.T. (2004), *L'estensione del Titolo I dello Statuto dei lavoratori alle p.a.*, in Carinci F., Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 196 ss.
- Carrieri M., Feltrin P. (2016), *Al bivio. Lavoro sindacato e rappresentanza nell'Italia di oggi*, Donzelli, Roma.
- Caruso B. (2017), *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 326.
- Cerbone M. (2010), *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori ai dipendenti pubblici*, in *DLM*, 919 ss.
- Cordella C. (2019), *I diritti sindacali*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 277 ss.
- D'Antona M. (1979), *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova.
- D'Antona M. (1998), *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *LPA*, I, 35 ss.
- D'Arcangelo L. (2019), *I soggetti valutatori*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 762 ss.
- Dahrendorf R. (1963), *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, Bari.
- Dahrendorf R. (1988), *Per un nuovo liberalismo*, Laterza, Bari.
- Delfino M. (2018), *I nuovi spazi negoziali*, in Esposito M. et al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 29 ss.
- Di Stasi A. (2010), *Le Rsa, le Rsu e i diritti sindacali nel settore pubblico*, in Carabelli U., Carinci M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 295 ss.
- Fontana G. (2004), *La rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro*, in Carinci F., Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 287 ss.
- Gargiulo U. (2019), *Le rappresentanze dei lavoratori*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 292 ss.
- Giannini M.S. (1970), voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *ED*, XX, Giuffrè, Milano, 293 ss.
- Giugni G. (2014), *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
- Grandi M. (1989), voce *Rapporto di lavoro*, in *ED*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 313 ss.
- Lazzari C. (2014), *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nel lavoro pubblico*, in Proia G. (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1081 ss.
- Luciani V. (2018), *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria «universale»*, in Esposito M. et al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 397 ss.
- Mariucci L. (2020), *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 407.
- Mastrocinque P. (2017), *Pubblica amministrazione tra valutazione esterna e interna*, in Dell'Aringa C., Della Rocca G. (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?* il Mulino, Bologna, 183 ss.
- Mazzotta O. (2010), *Le molte eredità dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 31 ss.
- Mengoni (1985a), *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *Id.*, *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 371 ss.

- Mengoni (1985b), *I poteri dell'imprenditore*, in *Id.*, *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 387 ss.
- Minervini G. (1958), *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Rivista di diritto civile*, I, 618 ss.
- Monda P. (2016), *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, Torino.
- Mortati C. (1975), *Commento all'art. 1*, in Branca G. (a cura di), *Principi fondamentali*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1 ss.
- Natullo G. (2018), *Tra legge e contratto: l'«equilibrio instabile» del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, in Esposito M. et al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 15 ss.
- Orsi Battaglini A. (1993), *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 461 ss.
- Orsi Battaglini A., Corpaci A. (1999), *Sub art. 4, d.lgs. n. 29/1993*, in Corpaci A. et al. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLC*, 1096 ss.
- Pandolfo A. (1984), *Sub artt. 23-25*, in Rusciano M., Treu T. (a cura di), *La legge quadro sul pubblico impiego*, in *NLC*, 715 ss.
- Pascucci P. (1999), *Sub art. 47, d.lgs. n. 29/1993*, in Corpaci A. et al. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLC*, 1322 ss.
- Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* (a cura di) (2016), *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*, Ediesse, Roma.
- Rusciano M. (1978), *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Rusciano M. (1993), *Contributo alla lettura della riforma dell'impiego pubblico*, in Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, XVII ss.
- Rusciano M. (2010), *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 101 ss.
- Rusciano M., Treu T. (a cura di) (1984), *La legge quadro sul pubblico impiego*, in *NLC*
- Saracini P. (1999), *Sub art. 55, d.lgs. n. 29/1993*, in Corpaci A. et al. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLC*, 1387 ss.
- Saracini P. (2013), *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Treu T. (1989), *Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *DLRI*, n. 6, 7 ss.
- Viola F., Zaccaria G. (2003), *Le ragioni del diritto*, il Mulino, Bologna.
- Zoppoli A. (2011), *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 131.
- Zoppoli A. (2018), *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in Esposito M. et al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 317 ss.
- Zoppoli A. (2019), *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *DLM*, 219 ss.

- Zoppoli L. (1990), *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego. Dalla legge quadro alle politiche di «privatizzazione»*, Jovene, Napoli.
- Zoppoli L. (2019), *Osservazioni sul d.d.l. AC n. 1433 «Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione per l'assenteismo» - Camera dei Deputati - Audizione Commissioni riunite Affari Costituzionali e Lavoro pubblico e privato del 5 febbraio 2019* (d.d.l. divenuto legge 19.6.2019, n. 56).
- Zoppoli L. et al. (a cura di) (2014), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale scientifica, Napoli.

ABSTRACT

Il saggio evidenzia anzitutto le consapevolezze storiche consegnateci dal realismo dello Statuto, non legate a contingenze ma a sviluppi che appaiono, oggi, irreversibili. Sono tali consapevolezze a dare solidità – secondo l'Autore – al senso più intimo della «privatizzazione» del lavoro pubblico: nella sua componente individuale e collettiva come nelle sue persistenti differenze rispetto al «privato». Logica conseguenza, quest'ultima, delle differenze di organizzazioni e contesti, rispetto a cui si pone l'abituale problema – anch'esso ben mostrato dallo Statuto – dell'individuazione del mutevole punto di equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco. Per quanto concerne però il sistema sindacale, è lo Statuto a dover guardare al «pubblico». Ma anche questo – ad avviso dell'Autore – è in sintonia con la «privatizzazione», in una prospettiva «osmotica».

WORKERS' STATUTE AND PUBLIC WORK: A FRUITFUL MEETING OVER TIME

The article highlights first of all the historical awareness given to us by the realism of the Workers' Statute, not linked to contingencies but to developments that appear nowadays irreversible. It is this awareness that founded the most intimate sense of the «privatisation» of public work: in its individual and collective component as well as in its persistent differences from the «private». The latter is a logical consequence of the differences of organizations and contexts, concerning which the usual problem arises – also this well shown by the Workers' Statute – of identifying the changing point of balance between the opposing interests at stake. As far as the union system is concerned, it is the Statute that has to look to the «public». But this too – in the opinion of the Author – is in tune with «privatisation» in an «osmotic» perspective.

Rita Sanlorenzo (*)

GIUDICI E PROCESSO DEL LAVORO DALLO STATUTO A OGGI

SOMMARIO: 1. Una necessaria premessa. — 2. La Costituzione dentro le fabbriche. — 3. Un nuovo giudice per un nuovo processo. — 4. La stagione del garantismo nell'era del diritto inderogabile. — 5. La curvatura della parabola del diritto del lavoro (e il parallelo ridimensionamento del ruolo del giudice). — 6. Giudici, processo e accesso alla giustizia. — 7. Quale ruolo per il giudice del lavoro?

1. — *Una necessaria premessa* — La storia del diritto del lavoro è necessariamente (anche) la storia della sua giurisprudenza.

Non solo per il contributo determinante dato dai giudici del lavoro negli anni alla costruzione di un diritto «vivente» che ha seguito e dato corpo ai significati delle fonti normative, plasmando attraverso scelte di valore via via frutto delle sensibilità diffuse nella società (ivi comprese quelle portate dallo stesso interprete) quelle clausole legislative di carattere generale che contrassegnano la disciplina specifica, ma anche per lo stretto parallelismo che si è stabilito nella parabola che si è venuta a tracciare in questi decenni. Se alla fase espansiva dei diritti e delle garanzie che è seguita al varo della nostra Costituzione, fino al culmine dell'approvazione dello Statuto, ha corrisposto la crescente importanza del ruolo interpretativo del giudice, alla successiva, progressiva curvatura dovuta all'attuazione di un disegno di riduzione delle tutele si è voluto far corrispondere una marcata emarginazione (almeno nelle intenzioni) della stessa possibilità di invocare l'intervento giudiziale, sia attraverso l'introduzione di misure di deflazione sia con il ricorso ad automatismi valutativi, fino alla radicale eliminazione di spazi di intervento.

La storia del diritto e della giurisprudenza del lavoro è quindi anche la storia del suo processo. Visto come completamento necessario, e strumento imprescindibile per l'attuazione dei diritti che prepotentemente reclamavano un concreto ed efficace riconoscimento nelle cose, e non so-

(*) Sostituta procuratrice presso la Procura generale della Corte di Cassazione

lo nelle norme, il processo del lavoro sin dalla sua introduzione incarna il modello di una giustizia aderente al reale, in grado di entrare nel conflitto per risolverlo tempestivamente con provvedimenti immediatamente esecutivi. Il giudice (allora, il pretore) del lavoro, prima che l'esegeta di un corpo normativo che sollecita e reclama la messa in campo di sensibilità in grado di cogliere e interpretare la scala dei valori tracciata dal programma costituzionale, è il protagonista di meccanismi processuali che gli permettono di calarsi nella singola controversia per poterla ricostruire con chiarezza, in termini aderenti al reale, prima di deciderla.

A quello schema e ad alcuni dei suoi tratti caratterizzanti (in particolare al regime delle decadenze processuali e alla esecutorietà della sentenza di primo grado), il legislatore si rivolgerà negli anni successivi per tentare di sollevare la giustizia civile dalle sabbie mobili di un rito del tutto sottratto ai poteri di impulso del giudice, in particolare con la riforma del 2011, a dimostrazione di come la scelta del 1973 fosse concretamente funzionale a un miglioramento dell'efficienza del processo in mancanza della quale l'affermazione dei diritti è mera petizione di principio.

Ma se resta indiscussa la conformità dello strumento allo scopo, è indubbio che negli anni, secondo lo stesso tracciato seguito dal diritto del lavoro, il percorso si curva ripiegandosi su una realtà ben lontana dagli obiettivi che avevano giustificato la sua introduzione. La ricerca dell'efficienza passa piuttosto attraverso il disincentivo del ricorso al giudice. Saltano alcuni cardini qualificanti come quello della gratuità del processo, e la progressiva stretta sui poteri compensativi delle spese secondo il regime dell'art. 92 c.p.c. costituisce ulteriore, efficace disincentivo al ricorso al giudice, in uno con la torsione legislativa verso un nuovo fondamento assiologico che vede assumere valore prioritario l'interesse dell'impresa, che si fa interesse di tutti nel momento in cui risponde prioritariamente alle logiche economiche che le permettono di restare nel mercato.

2. — *La Costituzione dentro le fabbriche* — La Repubblica che nasce dalle rovine del fascismo non solo trova nella sua Costituzione la costruzione di un'architettura istituzionale di stampo democratico e repubblicano, ma più ambiziosamente da lì vuole partire per realizzare il progetto complessivo di una nuova società che da quelle istituzioni sia rappresentata; e perché non siano possibili equivoci sul valore fondante che viene attribuito al lavoro, è sin dall'esordio che la nostra Carta in esso individua il perno su cui poggiare il nuovo assetto e promuoverne lo sviluppo. Il lavoro informa di sé tutto l'ordinamento: poiché «nella nostra Repub-

blica non si dovrebbero riconoscere i privilegi economici, perché condannevoli; il solo lavoro dovrebbe essere il titolo di dignità del cittadino» (1). Il lavoro rappresenta non solo la misura del valore della persona e l'essenza della sua dignità, ma anche in senso dinamico l'opportunità che le viene accordata per concorrere al progresso materiale o spirituale della società (art. 4): «Nel lavoro si realizza pertanto la sintesi fra il principio personalistico (che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)» (2).

In specie, al fine di consentire «il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di *tutti i lavoratori* all'organizzazione politica, economica e sociale del paese», i Padri Costituenti fissano per la Repubblica, al comma 2 dell'art. 3, il compito di rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono al raggiungimento dell'obiettivo. È la celebre «rivoluzione promessa», in luogo di quella «mancata» (3), che impegna in senso programmatico il legislatore perché sia consentita l'universale partecipazione a un processo di superamento delle disuguaglianze e di affermazione dei valori di solidarietà e di inclusione attraverso un progressivo cambiamento verso la crescita e lo sviluppo, di cui possano beneficiare, appunto, *tutti i lavoratori*.

Se nell'art. 1 il valore base dell'ordinamento repubblicano corrisponde a una nozione ampia, estranea a una configurazione classista della società ed evocativa di ogni attività di una qualche utilità sociale, nella previsione del comma 2 dell'art. 3 è trasparente il riferimento ai lavoratori subordinati come classe sottoprotetta in nome della quale varare un programma di emancipazione, in «implicito accoglimento dell'istanza politica fondamentale del marxismo» (4).

Nella previsione del comma 2 dell'art. 3 lo Statuto dei lavoratori trova il suo antecedente diretto. Prodotto di una «poderosa spallata della classe operaia» (5), all'esito di una stagione sindacale «calda» che forzò il Governo di centrosinistra alla realizzazione di un obiettivo che sin lì era rimasto inevaso, lo Statuto fu ancor meglio il frutto maturo di un clima epocale, segnato dalla centralità del collettivo, e dalla sua capacità di farsi interprete della società, e della politica, esprimendosi attraverso l'agire dei gruppi, dei movimenti, delle classi sociali. In quegli anni, ac-

(1) Giannini 1949, 7.

(2) Mortati 1975, 12.

(3) Calamandrei 1950, CXXXV.

(4) Giannini 1949, 7.

(5) Mancini 1976, 166.

canto alle lotte operaie si agitavano quelle studentesche, per i diritti civili, per la parità di genere e per l'emancipazione sessuale, in particolare con le battaglie per il divorzio e l'aborto, in una dimensione plurale che sembrava confluire tutta nel grande cambiamento della società e delle sue regole.

Nello Statuto, accanto alla realizzazione della direttrice che riguarda l'attuazione di diritti individuali del lavoratore, in senso complementare e necessario trova accoglimento quella che punta all'attuazione di un sistema di tutela collettiva, con l'istituzionalizzazione e il rafforzamento della presenza del sindacato nell'impresa, dove vengono costituite sue articolazioni specifiche il cui agire è arricchito dalla possibilità di usufruire di strumenti specifici e mirati (assemblee, permessi, bacheche, contributi economici prelevati alla fonte). In questo rapporto biunivoco sta la dinamicità del progetto costituzionale: se la democrazia si fonda sul lavoro, il lavoro, per essere strumento di emancipazione e di progresso, deve necessariamente conoscere modalità di organizzazione democratica capaci di condizionare anche il rapporto di forza con la parte datoriale.

Già nel 1970, al legislatore è chiaro che per l'affermazione dei nuovi diritti occorre intervenire anche nel campo processuale. La configurazione di un diritto «diseguale» reclama il suo completamento attraverso la realizzazione di una tutela giurisdizionale differenziata (6): il riconoscimento al sindacato della posizione di portatore di interessi collettivi si completa con il procedimento speciale sommario *ad hoc* volto alla repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 28 della legge n. 300.

Il disegno sarà destinato a perfezionarsi di lì a tre anni: ma le basi erano già gettate.

3. — *Un nuovo giudice per un nuovo processo* — Nel 1973, dunque, il quadro si completa con la legge 11 agosto 1973, n. 533, che vara il nuovo processo del lavoro: informato ai principi chiovendiani dell'immediatezza, della concentrazione e dell'oralità, abbandona almeno in parte lo schema tradizionale del processo civile e della parità formale delle parti di fronte al giudice arbitro terzo, per approdare a un impianto ispirato apertamente al comma 2 dell'art. 3, e fondato su dinamiche di superamento della disegualianza affidate al governo del pretore del lavoro e dei suoi poteri d'ufficio, svincolandolo dal sistema legale delle fonti di prova del codice civile. Il nuovo processo diviene lo strumento deputato a realizzare l'affermazione

(6) Proto Pisani 1973.

dei diritti dei lavoratori, in termini di effettività e di rapidità (7), e per ciò sottrae alla parte economicamente più forte il vantaggio derivante dal poter giocare su tempi lunghi e difese dilatate. Il nuovo processo è, per definizione, pubblico, perché la dimensione non meramente privata e/o riservata dell'interesse controverso (che caratterizza in specie le controversie di lavoro) rende necessaria la trasparenza in ogni fase, e anche la comprensibilità da parte del pubblico non specializzato (8).

I caratteri di novità – riassunti nell'obbligatorietà dell'interrogatorio in forma libera delle parti alla prima udienza, nel sistema anticipato e rigido di preclusioni temperato però dalla previsione del potere d'ufficio di ammissione di mezzi di prova in qualsiasi fase, nella provvisoria esecutorietà *ex lege* delle sentenze di condanna di primo grado favorevoli al lavoratore che possono essere anticipate in corso di processo da ordini di pagamento di somme non contestate, nella forma di tutela specifica del rapporto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo secondo il rimedio costituito dall'art. 18 (9), nel divieto di *nova* in appello – imprimono un modello che cala nel concreto della gestione del processo l'opzione costituzionale e che attraverso la concentrazione e l'immediatezza punta a esaltare la cooperazione tra parti e giudice nella ricerca della verità (10).

(7) La situazione della giustizia del lavoro conosceva all'epoca una endemica lentezza, e la durata media delle controversie di lavoro superava addirittura quella dell'ordinario processo di cognizione. Rispettivamente, per pretura e tribunale, nel 1968 e nel 1967, 534 e 530 giorni, 892 e 931 giorni. Vd. Cappelletti 1971, 454.

(8) Borré 1983, 591.

(9) Proto Pisani (1983, 173), secondo cui l'introduzione del diritto di reintegra, lungi da costituire una improvvisa soluzione di continuità, si inserisce in una linea di tendenza chiaramente presente nel nostro ordinamento nel senso della progressiva generalizzazione della tutela specifica delle situazioni soggettive.

(10) La nuova prospettiva della riforma emerge nelle indimenticabili parole di Borré (2001, 73): «Un giudice unico, che accetta l'impatto con la realtà, che è davvero protagonista del processo. Un giudice per il quale il fatto prevale sul diritto. Un giudice che, spero, avrà addirittura un linguaggio nuovo. Un giudice il cui dogma sarà la prevalenza del concreto sull'astratto. E un tipo di giudizio nel quale non si va alla ricerca della massima astratta, dell'autorità verticistica che impone un certo tipo di certezza, ma si ha semmai, come è accaduto significativamente in materia di Statuto dei lavoratori, la ricerca del precedente allo stesso livello operativo (cioè il pretore che vede che cosa ha fatto l'altro pretore). Questo è estremamente significativo. Insomma un giudice che non accetta certezze imposte ma che ricerca valori culturali e storici che vanno conquistati di giorno in giorno [...] Se la riforma passa, si innescherà un processo di democratizzazione, una modificazione della concezione del ruolo del giudice. Se non passa, resteremo dispensatori di giustizia astratta, calendari parlanti, dispensatori di rinvii».

L'investimento riformatore si completa delle necessarie modifiche ordinamentali (costituzione di Sezioni specializzate presso gli uffici di pretura e tribunale e in Corte di Cassazione, aumento dell'organico di 300 unità, inserimento del diritto sostanziale e processuale del diritto del lavoro tra le materie orali per il concorso in magistratura) e dell'espressa previsione della gratuità del giudizio, con l'esenzione degli atti da ogni imposta, tassa o diritti di sorta. Ed è dunque il disegno complessivo delle disposizioni in cui si articola la riforma che dà conto della sua diretta riferibilità a una precisa e complessiva volontà politica (11).

Non basta: la riforma viene affidata a una magistratura che ormai dal varo della Carta costituzionale ha potuto sperimentare le nuove prerogative di autonomia e indipendenza. Dotata sin dalla legge costituzionale n. 195/1958 del proprio Consiglio superiore, organo di autogoverno rappresentativo del pluralismo culturale della magistratura in forza del suo carattere elettivo, e come tale intrinsecamente significativo della politicità della giurisdizione e del valore democratico del pluralismo di idee all'interno del corpo dei magistrati, la magistratura conosce una potente spinta al cambiamento grazie anche all'ascensore sociale che in quegli anni contamina la tradizionale base di provenienza dei vincitori di concorso di una nuova generazione di neolaureati di varia formazione e di diversa provenienza sociale. Una magistratura intrisa dello spirito democratico che informa l'ordinamento statale e che vede nella Costituzione un compiuto programma politico, che chiede prepotentemente di essere attuato anche attraverso la via giudiziaria (12).

4. — *La stagione del garantismo nell'era del diritto inderogabile* —
Prende così l'avvio tra dure polemiche e ferventi aspettative la fase storica

(11) Andrioli 1971, 452. Lo sprone al cambio di passo muove da un'acuminata descrizione della gestione del processo da parte del giudice civile secondo un modello molto diffuso: «Specie nei tribunali-giudici, né pochi né molti, ritengono di esaurire la funzione d'udienza nel firmare verbali, predisposti da sostituti e da segretarie più o meno sedicenti principi del Foro, e reputano oggetto di grazia l'assunzione diretta di deposizioni testimoniali e, a ogni piè sospinto, formulano riserve, che sciolgono alle calende greche. E quando qualche avvocato, superando il *timor reverentialis*, si duole di siffatti comportamenti, il magistrato squittisce che il suo ruolo istruttorio annovera trecento o quattrocento cause».

(12) Ricorda Ballestrero (2016, 765, in nota) che erano stati i «pretori d'assalto» a scoprire (antesignano Luigi Ferrajoli, pretore a Prato all'epoca) l'art. 700 c.p.c. ai tempi in cui ancora lo Statuto non era stato introdotto; «il "pregiudizio imminente e irreparabile" consentiva la tutela in giudizio di un diritto sociale al quale la legge non aveva dato attuazione, e che dunque era considerato "non giustiziabile"».

del «protagonismo giudiziario» nell'ambito del conflitto sociale che animava il mondo del lavoro. Il pretore, grazie anche agli strumenti processuali di cui dispone, non resta esterno al conflitto, ma entra nel vivo della contesa, prima tentandone obbligatoriamente la conciliazione, per poi accertarne le reali connotazioni fattuali, sino a sancirne la soluzione. Lo Statuto ha rafforzato per parte sua il sistema di legislazione inderogabile dall'autonomia delle parti in un'ottica chiaramente protettiva, chiamando il giudice del lavoro a un ruolo che lo inserisce in un più ampio disegno di attuazione costituzionale, già sperimentato a partire dalla seconda metà degli anni cinquanta dalla giurisprudenza attuativa del precetto dell'art. 36 Cost.

Il primo ventennio di esperienza successiva all'entrata in vigore della Carta aveva sì registrato l'esistenza di orientamenti e posizioni «in buona parte favorevoli ai lavoratori in tutto ciò che concerne erogazioni e provvidenze economiche», mentre in tutte le questioni coinvolgenti problemi di «potere» dei lavoratori stessi non si era certo ravvisata identica, simmetrica apertura (13).

All'introduzione della legge n. 300 furono veementi e insistenti le polemiche contro l'atteggiamento di una magistratura che scopriva e applicava gli strumenti per poter incidere efficacemente sul conflitto su cui era chiamata a giudicare (14) e per applicare in concreto le rigide tutele introdotte dallo Statuto (non soltanto per quel che riguarda il potere di licenziare, ma in generale per ciò che attiene allo *ius variandi* e alla potestà di regolare unilateralmente il rapporto) (15).

(13) Odorisio 1970, 75: secondo l'Autore, nel periodo successivo alla Costituzione repubblicana gli orientamenti della giurisprudenza sin lì omogenei si diversificarono, dando vita a un panorama «vario e composito, perché spazia da posizioni di un liberismo estremo a concezioni notevolmente avanzate», i cui presupposti stanno nell'antinomia, ancora marcata, tra principi ispiratori della Costituzione e della legislazione ordinaria e nel maggior dinamismo economico-sociale che, insieme con la rinata dialettica tra le forze politiche, non può «non riflettersi sulle decisioni dei giudici» (121).

(14) Contro quella che è ancora oggi definita la stagione dei cd. «pretori d'assalto» si mobilitò all'epoca innanzitutto la magistratura conservatrice. Nel suo saggio dedicato a Magistratura democratica e all'esercizio alternativo della funzione giudiziaria, Ferrajoli (1973, 110) richiama un passo della relazione svolta all'inaugurazione dell'anno giudiziario dal procuratore generale della Cassazione Guarnera, il quale, dopo avere invitato i magistrati democratici ad abbandonare la toga e a fare politica fuori dell'ordine giudiziario, afferma: «Non è superfluo riflettere che l'atto che verrà fuori da un giudice politicizzato non sarà mai credibile, non sarà mai da alcuno apprezzato come un atto di giustizia, *anche se assolutamente conforme alla legge*».

(15) La giurisprudenza, in realtà, ha finito per attribuire a queste tutele una dimensione non così improntata alla unilaterale rigidità insensibile a ogni esigenza datoriale: si vedano gli orientamenti sulla legittimità del patto di demansionamento co-

Un esame oggettivo della storia di quegli anni dipinge un quadro ben più composito.

La realtà – nonostante la *vulgata* ancora oggi dominante – presentava aspetti non certo lineari e unidirezionali: pur a fronte di orientamenti di stampo progressista, impegnati ad accentuare gli aspetti garantistici della legislazione, non mancarono le resistenze e gli atteggiamenti negatori delle stesse linee per cui si caratterizzavano le riforme, sul piano sostanziale come su quello processuale (16).

Le ricerche all'epoca compiute a proposito degli orientamenti concreti della giurisprudenza (17) disvelano che a fronte di un cospicuo aumento della domanda di giustizia, e di una drastica riduzione dei tempi di risposta, in particolare per quel che riguarda la procedura di repressione delle condotte antisindacali, le percentuali di accoglimento non risultano eclatanti (55% per quel che riguarda le domande di origine sindacale): ciononostante non si placano le accuse di appiattimento giudiziario su posizioni rappresentative dei soli interessi dei lavoratori.

L'atteggiamento di resistenza si esprime anche in un consistente numero di ordinanze di rimessione al giudice delle leggi di questioni di costituzionalità sollevate innanzitutto in relazione agli artt. 19 e 28 dello Statuto. A queste la Corte costituzionale ribatte (18) con la ferma affermazione della loro compatibilità con i principi di cui agli artt. 3, 24, 39 e 40 Cost.: anzi, nella sua intrinseca razionalità, lo strumento processuale di repressione delle condotte sindacali assume una forte valenza pacificatrice «nella misura in cui permette di contenere le lotte sociali entro il canale della giurisdizione statale» (19).

La Corte avrà modo poi di respingere nel 1977 un ampio ventaglio di questioni di costituzionalità che puntano a espungere le norme più signi-

me alternativa al licenziamento (Cass. 26.2.2019, n. 5621; Cass. 6.10.2015, n. 19930) e quelli sulla legittimità dei controlli difensivi a distanza ritenuti comunemente non in violazione dell'art. 4 St. lav. (Cass. 28.5.2018, n. 13266; Cass. 3.11.2016, n. 22313). Si aggiunga che da sempre la giurisprudenza ha escluso di poter spingere il proprio sindacato sino alla valutazione del merito delle scelte imprenditoriali, sì che all'art. 30, l. n. 183/2010, è stata unanimemente definita norma ricognitiva (salva la postuma riscoperta da parte della sentenza Cass. n. 25201, di cui *infra*).

(16) Curzio 1984, 246.

(17) Treu 1975, 15.

(18) C. cost. 22.2.1974, n. 54.

(19) Romagnoli (1974, 280), sia pure con intonazione critica, dal momento che, nella sentenza della Corte, alla debolezza degli argomenti, secondo l'Autore, corrisponde un preciso disegno strategico di carattere politico, che rientra nel panorama delle socialdemocrazie riformatrici europee.

ficative e caratterizzanti del nuovo processo, quali quelle su decadenze processuali, rivalutazione del credito spettante al lavoratore, provvisoria esecutorietà della sentenza (anche solo in forma di dispositivo) di primo grado (20), così facendone salvo il complessivo impianto.

La spiccata «sensibilità sociale» (21) di quella nuova magistratura del lavoro, alacre, compresa nel suo compito, impegnata nel difendere il suo ruolo e il modello di giustizia che le era stato affidato, forse non ha più conosciuto negli anni a venire quell'entusiasmo e quel coinvolgimento. Ma molto del contesto era andato cambiando a partire già dalla metà degli anni settanta.

5. — *La curvatura della parabola del diritto del lavoro (e il parallelo ridimensionamento del ruolo del giudice)* — Nel rapido succedersi delle fasi, in pochi decenni (22), alla stagione del garantismo collegato a un sistema di legislazione inderogabile succedono prima la fase del progressivo aumento della flessibilità, attraverso un crescente inserimento di ipotesi di lavoro cd. flessibile (a partire dal pacchetto Treu, passando per la riforma dei contratti a termine, nel 2001, per culminare nel parossismo definitivo del d.lgs. n. 276/2003), con un formale mantenimento delle rigidità nelle tutele per il lavoro subordinato (che però nello sviluppo della praticabilità delle forme cd. «atipiche» trovano ragione e causa del loro conseguente, inevitabile indebolimento), e poi, a partire dal 2011, quella segnata dalla drastica riduzione delle garanzie nel rapporto, con la sostanziale liberalizzazione del ricorso al contratto a termine, previa l'abolizione della causale, e con il superamento della universalità della reintegra a fronte del licenziamento comunque illegittimo da parte della l. n. 92/2012 (legge Fornero), a cui farà seguito in rapida successione, con il *Jobs Act*, la predeterminazione secondo il solo parametro dell'anzianità di lavoro dell'importo dell'indennizzo a fronte della perdita del posto, nella piena logica della necessità di una preconnoscenza del costo della violazione del complesso normativo, rimasto immutato, che regola la giusta causa e il giustificato motivo. Cade, soprattutto, il principio dell'inderogabilità della legge da parte del contratto collettivo con l'approvazione dell'art. 8 della l. n. 148/2011.

Nello stesso contesto attuativo della delega parlamentare, si procede a ridimensionare fortemente l'inderogabilità dell'art. 2103 c.c., ossia l'art. 13

(20) C. cost. 4.1.1977, n. 13.

(21) Piccinini 2015.

(22) Santoro Passarelli 2017, 1422.

dello Statuto, come pure i limiti al potere di controllo del datore di lavoro, attraverso la modifica dell'art. 4.

Questo per ricordare a grandi linee quello che, a quadro costituzionale invariato, ha segnato il profondo mutamento di paradigma (23), lo spostamento del baricentro dell'attenzione legislativa dall'intento di protezione della parte debole del rapporto sempre in nome della centralità della dignità della persona, verso una inedita attribuzione all'impresa del ruolo di istituzione sociale tale da meritare prioritaria considerazione. Questo in nome delle ragioni dell'economia in cerca di vie d'uscita da una crisi lunghissima e dagli effetti devastanti, e dell'assiomatica regola della necessità di ridare slancio e dinamismo al funzionamento del mercato del lavoro, attraverso l'abbassamento delle regole e la riduzione del sindacato di legittimità dell'agire imprenditoriale da parte dell'autorità giudiziaria.

Poco rileva che la teoria mostri ben presto di avere scarsi, anzi inesistenti, riscontri fattuali (24) e che le sue basi teoriche rispondano essenzialmente a un'astratta dottrina che ha favorito l'aumento esponenziale delle diseguaglianze e la stessa svalorizzazione del lavoro, non solo sotto il profilo della capacità retributiva ma soprattutto quale passaporto per una cittadinanza piena ed effettiva. La sostanziale abrogazione della stabilità nel posto di lavoro rimette il prestatore in una condizione di perenne ricattabilità e, fondamentalmente, di sostanziale impraticabilità di ogni rivendicazione dei suoi diritti, potendo offrire al più una tutela indennitaria, che si vuole anche predeterminata nel *quantum*. Questo per il naturale effetto che comporta il voler mettere sullo stesso piano, come in un normale rapporto commerciale, parti che si trovano in condizioni socioeconomiche non comparabili tra loro.

La critica economica al diritto del lavoro passa non solo attraverso la pretesa di una drastica riduzione della sua funzione di garanzia, ma necessariamente attraverso la marginalizzazione, quando non l'esclusione, degli spazi di intervento del giudice del lavoro. Il controllo giudiziale della legittimità del licenziamento e la conseguente prospettiva sanzionatoria in tale prospettiva vengono relegati nel ruolo di indebita invasione nei poteri che vanno riconosciuti al datore di lavoro in quanto funzionali allo stesso sviluppo dell'impresa. Si afferma così il principio di matrice giu-seconomica – pienamente condiviso dal *Jobs Act* – della «rottura efficace del contratto», che ammette la violazione della regola giuridica a fronte

(23) Perulli 2015, 15.

(24) Brancaccio, Giammetti 2019.

della corresponsione di un risarcimento economico in termini predeterminati e fissi, con la totale pretermissione della considerazione del portato valoriale della tutela del mantenimento del posto di lavoro.

Più in generale, l'invocazione a una più moderna «certezza del diritto» nasconde (nemmeno così ermeticamente) la pretesa di una sostanziale insindacabilità dell'autonomia datoriale (che sola, a ben vedere, può escludere ogni possibilità che la volontà manifestata venga disattesa) (25). La prevedibilità della decisione non viene riportata a una (più che ragionevole) richiesta di meccanismi di stabilizzazione delle linee interpretative frutto di un'attività giurisdizionale messa in condizione di definire le controversie in tempi accettabili e in condizioni di adeguatezza rispetto all'entità della domanda complessiva. Essa viene piuttosto tradotta in automatismi valutativi, ovvero nell'eliminazione di spazi di discrezionalità interpretativa; quegli stessi che di per sé caratterizzano la stessa ragion d'essere della giurisdizione: la ricerca della soluzione del caso concreto nel rispetto della legge regolatrice.

6. — *Giudici, processo e accesso alla giustizia* — Negli anni, quello straordinario strumento messo nelle mani della magistratura per consentire di attuare il catalogo di garanzie e tutele consonanti rispetto all'idea del lavoro di ispirazione costituzionale conosce indubbiamente sorti alterne e non coincidenti: se allo schema della legge n. 573 del 1973 si rifà il legislatore nei più recenti interventi volti a velocizzare e razionalizzare la giustizia civile, così come nelle proposte di riforma oggi sul tavolo partorite con il dichiarato scopo di dare efficienza alla macchina della giustizia civile, la realtà si è scontrata con le difficoltà nascenti dal dover far fronte a una domanda di giustizia crescente, e in alcune realtà incontrollata.

La geografia giudiziaria ha via via conosciuto situazioni molto diversificate fra loro: un quadro «a macchia di leopardo» che ha scontato soprattutto in alcune zone l'esplosione numerica di filoni di contenzioso, in specie previdenziale, tali da rappresentare nelle statistiche generali oltre la metà del carico complessivo (e percentuali molto maggiori in alcune regioni al Sud). Il crescente peso dell'arretrato è al tempo stesso causa ed effetto di un frequente abbandono nella prassi del modello originario per un mesto ritorno agli schemi della trattazione secondo il rito civile ordinario, e per la tendenziale riconduzione del ruolo complessivo del giudice a quello di burocratico gestore dei ruoli.

(25) Speciale 2014.

Fioriscono le commissioni per lo studio di proposte di riforma con cui si auspica l'introduzione di corsie preferenziali per le cause di maggior impatto sulla condizione di lavoratore, ma poco avviene (ad esempio, con l'introduzione degli accertamenti tecnici preventivi obbligatori sullo *status* di invalidità con l'inserimento dell'art. 445-*bis* c.p.c., introdotto con la l. n. 111/2011) fino alla svolta costituita dall'introduzione del rito per l'impugnativa dei licenziamenti a seguito della l. n. 92/2012. Pur nella sua scarsa qualità tecnica, generatrice di tanti dubbi interpretativi e di contrasti giurisprudenziali, il cd. rito Fornero ha evidenziato la necessità di un intervento legislativo cogente per imporre priorità nella trattazione delle controversie aventi a oggetto il recesso datoriale: obiettivo che la stessa magistratura avrebbe in molti casi potuto (anzi dovuto) perseguire con una più consapevole assunzione di responsabilità nello stabilire gli ordini di trattazione, in base all'importanza degli interessi in gioco, e con una più generosa ammissione del ricorso agli strumenti cautelari (26).

Per risolvere la crisi del processo del lavoro, il legislatore ha intrapreso volutamente un'altra strada: quella che punta a una deflazione attraverso l'introduzione di meccanismi di disincentivo all'accesso alla giustizia.

In parte mancati gli obiettivi proposti con l'introduzione dell'istituto della certificazione del rapporto nell'ambito del d.lgs. n. 276/2003, in parte inibito il tentativo di una generale estensione dell'arbitrato grazie al rifiuto del Presidente Giorgio Napolitano nel 2010 di promulgare la norma che avrebbe voluto introdurre la facoltà di generale devoluzione ad arbitri privati di ogni controversia fin dal momento dell'assunzione, quando «massima è la condizione di debolezza della parte che offre la prestazione di lavoro», la determinazione si esprime tutta in un senso.

L'introduzione nel 2010 del sistema di decadenze di cui alla l. n. 183 è intervenuta a inibire severamente l'accesso alla giustizia proprio ai soggetti più deboli sul mercato: quei lavoratori con contratto precario (contratti a tempo determinato, somministrazione di lavoro a termine) che non hanno seria alternativa tra lo spirare del termine per l'impugnativa e l'attesa di una proroga, ben sapendo che l'evitare la prima eventualità con la proposizione

(26) L'inammissibilità del ricorso alla tutela cautelare dell'art. 700 c.p.c. in caso di licenziamento è stata comunemente affermata sulla base della mancanza del requisito dell'urgenza, potendo il lavoratore far fronte alle proprie esigenze alimentari attraverso l'utilizzo delle somme ricevute a titolo di Tfr: le ragioni di ordine strettamente economico hanno finito per mettere nel nulla i pericoli del consolidamento dell'avvenuta espulsione dal complesso aziendale e della dispersione delle prove (oltre, naturalmente, al protrarsi della situazione di incertezza nella condizione esistenziale del lavoratore licenziato).

del ricorso finisce per inibire definitivamente la seconda (27). È il legislatore che introduce in tal modo un altro elemento di ricattabilità del lavoratore precario, obbligato per tale via a rinunciare ai suoi diritti, progressivamente decurtando le possibilità di far valere l'unicità del rapporto frazionato *contra legem*. E tanto più risulta unidirezionalmente orientata la strada seguita, se solo si considera che con lo stesso provvedimento legislativo si è provveduto a forfettizzare l'indennizzo spettante in caso di conversione del contratto per nullità del termine: ciò che esclude la drammaticità della ricaduta economica del decorso del tempo fra la cessazione del rapporto e l'iniziativa giudiziaria, e che a maggior ragione evidenzia la scelta di valore, e non di opportunità, che si è compiuta (28).

È caduto uno dei tratti caratterizzanti del processo del lavoro, addirittura precedente alla riforma del 1973 (29) – quello della sua gratuità – attraverso l'estensione del Contributo unificato secondo il valore della causa. Con un dinamismo riformatore non consueto, il legislatore è poi intervenuto in successione per restringere la possibilità del giudice di disporre la compensazione delle spese, modificando il testo dell'art. 92 c.p.c. prima con l'art. 45, comma 11, l. n. 69/2009, che impone l'obbligo di motivare esplicitamente la compensazione delle spese «se vi è soccombenza reciproca o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni», poi con il d.l. n. 132 del 12 settembre 2014, convertito in legge 10 novembre 2014, n. 162, che ha ulteriormente ristretto la facoltà alle ipotesi di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza. L'*escalation* è dimostrativa di una scelta, anche in questo caso di natura politica, di segno esattamente opposto a quella compiuta nel 1973: quella di scoraggiare l'accesso alla giurisdizione del lavoro attraverso il con-

(27) Cass. 21.11.2018, n. 30134, esclude che, in tema di successione di contratti di lavoro a termine in somministrazione, l'impugnazione stragiudiziale dell'ultimo contratto della serie possa estendersi ai contratti precedenti, anche ove tra un contratto e l'altro sia decorso un termine inferiore a quello di sessanta giorni utile per l'impugnativa, poiché l'inesistenza di un unico continuativo rapporto di lavoro – il quale potrà determinarsi solo *ex post*, a seguito dell'eventuale accertamento della illegittimità del termine apposto – comporta la necessaria conseguenza che a ciascuno dei predetti contratti si applichino le regole inerenti la loro impugnabilità.

(28) Cfr. Ponterio (2017, 726), che sottolinea l'irrazionalità di un sistema che valorizza il *metus* del lavoratore ai fini dell'individuazione del regime prescrizione applicabile ai crediti retributivi, trascurandolo del tutto quando invece disciplina la possibilità di azione in giudizio per il riconoscimento del carattere a tempo indeterminato del rapporto.

(29) La gratuità del processo del lavoro in effetti era già sancita dalla l. 2 aprile 1958, n. 219.

cretizzarsi dell'alea di causa, tanto più gravosa in quanto destinata a incidere sulla parte con minore capacità economica.

La risposta della Corte costituzionale, che con la sentenza n. 77 del 7.3.2018 rimette in mano al giudice una (pur limitata) facoltà di decisione, riafferma l'ineludibilità della discrezionalità del giudizio su un punto di così sensibile rilevanza per la effettività della tutela dei diritti.

Queste misure, insieme con quelle di carattere sostanziale cui si è sopra accennato, indubbiamente contribuiscono a raggiungere l'effetto perseguito, ossia quello di una sostanziosa riduzione dell'accesso alla giustizia del lavoro: perché il processo è più caro e rischioso sul piano economico, ma fondamentalmente perché si è ristretto il catalogo dei diritti e delle tutele da far valere.

7. — *Quale ruolo per il giudice del lavoro?* — Al percorso seguito dalle riforme segue, come inevitabile portato, lo scostamento vistoso da quel progetto di società e di democrazia immaginato dai nostri Costituenti. Il lavoro non c'è, e quando c'è non solo non rappresenta fattore di inclusione e di partecipazione, ma spesso non assicura nemmeno la garanzia economica per un'esistenza libera e dignitosa. Tra i tanti prezzi, anche in tema di difesa del livello di democrazia della società, che ciò comporta, vi è quello che involge più da vicino la funzione del giudice del lavoro: per un verso, quasi mortificandone la specificità, esaltata invece dalle riforme degli anni settanta, e riportandone il ruolo nel più tradizionale schema del sindacato sulla spettanza della tutela economica, tendenzialmente in misura predefinita o quantomeno forfettizzata. Il venir meno delle condizioni di stabilità nel posto ha spostato fisiologicamente il momento della tutela alla fase successiva alla cessazione del rapporto di lavoro, per la formulazione di pretese di carattere prevalentemente risarcitorio. Il conflitto è ormai, nella maggior parte dei casi, *fuori* dall'ambiente di lavoro, che peraltro si è progressivamente dematerializzato e spersonalizzato. Ciò che ha concorso a una notevole dispersione di quelle vere e proprie vocazioni professionali dettate da sensibilità sociale e curiosità intellettuale, che nel ruolo del giudice del lavoro trovavano modo di spingersi oltre la posizione di decisore della singola controversia.

Il corretto e condivisibile richiamo al rispetto del principio della ragionevole durata del processo si è tradotto in molti casi nella pressione sui magistrati, anche da parte degli organi di autogoverno, per una compressione drastica dei tempi di «smaltimento» (l'espressione comunemente usata è fortemente evocativa) dei fascicoli e per un aumento quantitativo della produttività (su cui prioritariamente si valuta la professionalità del magi-

strato ai fini degli avanzamenti di carriera): ma se questo deve far fronte a una più che necessaria attenzione al primo requisito di una effettiva tutela dei diritti – quello della tempestività –, di certo non si concilia sempre con il dovere di un attento e scrupoloso esame degli atti, e del perseguimento dell'accertamento della verità, con l'utilizzo anche dei poteri d'ufficio che l'art. 421 c.p.c. ha accordato al giudice del lavoro. La nettezza del principio affermato dalle Sezioni Unite nel 2004, con la sentenza n. 11353 del 17 giugno, per cui il potere d'ufficio da parte del giudice costituisce non un'attività discrezionale, ma esercizio di un potere-dovere, «pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa», risulta ampiamente annacquata nelle esperienze applicative, e comunque di molto attenuata dai successivi arresti di legittimità, che ne hanno a volte riaffermato la natura discrezionale, e dunque insindacabile se non entro limiti ben circoscritti, e in altre occasioni condizionato l'utilizzo a precise allegazioni di parte, esclusa altresì la possibilità di sopperire a ritardi o carenze iniziali (30).

È giusto allora che, arrivati a tracciare la linea di un percorso complessivo, nell'occasione di una ricorrenza che non è retorico definire «storica» come lo scoccare dei 50 anni dal varo dello Statuto dei lavoratori, si tenti almeno di fornire spunti per l'individuazione di un possibile futuro al ruolo della figura del giudice del lavoro. Non sono mancate in un passato ancora recente le polemiche contro un certo orientamento nel concepire l'esercizio della giurisdizione in ambito lavoristico, non soltanto per contestare (doverosamente) ogni soggettivismo giuridico nell'interpretazione della norma, ma anche per dubitare della correttezza di un'impronta valoriale che voglia applicare nel tempo, indipendentemente dagli intenti contingentemente perseguiti dal legislatore, quel parametro costituzionale che si è chiaramente enucleato nell'attribuzione al lavoro di un valore centrale e prioritario ai fini della stessa affermazione del carattere democratico della nostra Repubblica, da cui trarre l'indicazione della necessità insopprimibile di un adeguato sistema di tutele.

Ora, se nessuno dubita che non spetta al giudice arrogarsi in prima persona il compito di attuazione del programma costituzionale, e che la discrezionalità del legislatore si enuclea proprio nell'adozione di quei mezzi ritenuti via via più idonei alla realizzazione del progetto complessivo, è indubbio che l'adozione di un canone generale di interpretazione che muova dalla consapevolezza delle scelte valoriali della Carta – e che da qui avverta la per-

(30) Cass. 10.9.2019, n. 22628; Cass. 25.10.2017, n. 25724; Cass. 23.10.2014, n. 22534; Cass. 20.7.2011, n. 15899; Cass. 22.7.2009, n. 17102.

durante necessità del «superamento della diseguaglianza giuridica e del perseguimento della coesione sociale, ampiamente scritta nelle radici del diritto del lavoro» (31) – non può essere liquidata come pericolosa inclinazione all'unilateralismo e alla violazione del dovere di imparzialità, proprio perché è dalla chiarezza (e dall'attuale vigenza) delle scelte costituzionali che muove.

La critica alla giurisprudenza – pratica quanto più irrinunciabile soprattutto in un'epoca di evidente inclinazione alla chiusura corporativa e alle tentazioni burocratiche della magistratura – dovrebbe porsi però a partire dall'analisi serrata delle linee di tendenza dalla stessa seguite sui temi più qualificanti e più significativi sul piano valoriale complessivo: chi l'ha fatto, ha potuto ricostruire gli andamenti complessivi che non sono mai rimasti del tutto indifferenti al ripiegamento politico e culturale del clima esterno, che ha spesso trovato nella magistratura del lavoro un recettore non certo tetragono alle scelte ispiratrici di fondo, sino ad accettare in qualche misura (forse oltre quanto potesse essere legittimamente richiesto) la riduzione degli spazi di discrezionalità valutativa e financo una certa condiscendenza, in alcuni casi, alla decostruzione del diritto del lavoro (32). Non solo: è stato pur messo in evidenza come nelle necessarie operazioni di bilanciamento tra valori contrapposti sia spesso invalso il fraintendimento tra la necessità di procedere a contemperamenti e la scelta di attribuire pregnanza assorbente e decisiva a quello ritenuto prevalente in una determinata fase storica come l'attuale (33).

Le letture critiche di tale segno, d'altronde, trovano riscontri anche nelle evoluzioni più recenti, in particolare negli orientamenti interpretativi sui presupposti del licenziamento economico – prima e dopo le ultime riforme –, ove si è imposto il convincimento, di impronta prettamente giuseconomica, che l'utile gestione dell'impresa costituisce di per sé un bene per l'intera comunità, e che, piuttosto che la tutela del lavoro, deve ritenersi costituzionalmente imposta una più penetrante protezione dell'iniziativa economica privata e della sua libertà, perché migliore garanzia di maggiore produttività che coincide, per definizione, con l'interesse collettivo e con l'utilità sociale (34).

Allora, per cercare di immaginare un futuro che già preme, è innanzitutto impossibile ignorare che dal profondo cambiamento del mondo del lavoro e delle sue regole non potevano non derivare (anche) perdite di sen-

(31) Meliadò 2013, 495.

(32) Ballestrero 2016, 772.

(33) Bavaro 2019, 175 ss.

(34) Cass. 7.12.2016, n. 25201.

so e visibili divisioni sulla necessità di adeguarsi a questa modernità, oppure di ritenere prioritario ancora oggi un ruolo di tutela in nome di un programma costituzionale che resta sempre uguale negli anni.

Certo è molto più disorientante oggi riuscire a sentirsi parte di un progetto di costruzione del diritto del lavoro, dove la stessa architettura complessiva risulta asimmetrica, incongruente, ove residuano con crescenti difficoltà spazi di garanzia sempre più ristretti, lontani da quell'originario tendenziale carattere di universalità (35).

Ma pur nel quadro di un cambiamento così profondo, nell'ordine dei valori prima che nella portata degli istituti, resta la chiara indicazione della Corte costituzionale (36) a segnare il cammino futuro per la giustizia del lavoro, a cui giova, come premessa di azione e ragione di specializzazione, l'affermazione per cui il riconoscimento del diritto al lavoro (art. 4, comma 1, Cost.) e della «tutela» del lavoro «in tutte le sue forme e applicazioni» (art. 35, comma 1, Cost.) impone la fissazione di limiti al potere di recesso del datore di lavoro, proprio al fine di correggere quel disequilibrio di fatto tra le parti che ne costituisce la ragione di specialità. Il forte coinvolgimento della persona qualifica il diritto del lavoro come diritto fondamentale; e anche se la tutela contro il licenziamento illegittimo non ha più carattere reale, non può che essere il giudice, nell'esercizio della sua prudente discrezionale valutazione a individuare la misura dell'indennizzo secondo criteri più complessivi rispetto alla sola anzianità. Una misura del risarcimento che posseda anche una sua preventiva capacità dissuasiva vale anche a rendere più efficace la garanzia dell'esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, ispirati ai principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa.

Resta dunque, secondo il giudice delle leggi, la necessità di una giustizia che muova dalla constatazione di una diseguaglianza di fatto tra le due posizioni per essere consapevole della natura differenziata della tutela giurisdizionale che l'ordinamento deve tendere a garantire. Gli sforzi della più recente giurisprudenza (in misura non sempre uniforme e costante) si appuntano, tra l'altro, sulla necessità di dare effettività di tutela almeno a fronte di licenziamenti evidentemente pretestuosi (37), ove la materialità del fatto non vale a sopperire all'assoluta irrilevanza disciplinare, e di sistematizzare la materia del diritto antidiscriminatorio, anche per quel che riguarda la discriminazione sindacale o per handicap. Il recente decreto sulle collaborazioni

(35) Curzio 2019, 14.

(36) C. cost. 19.11.2018, n. 194.

(37) Cass. 8.5.2019, n. 12174.

etero-organizzate consente di estendere anche ai lavoratori su piattaforma tutele e diritti che già hanno costituito oggetto di affermazione da parte della giurisprudenza di merito, in attesa del vaglio della Cassazione.

Pur in un contesto che sembra non riuscire a valutare i rischi per la stessa tenuta della democrazia derivanti dall'incapacità di affermare nella società livelli sufficienti di dignità per la condizione di tutti i lavoratori, a fronte della travolgente crescita dei populismi (38), la giustizia del lavoro non potrà non guardare al futuro se non ricercando conferma della specificità del suo ruolo e operando per la stessa difesa della praticabilità del suo processo. Pur nella diversità dei mezzi e dei modi, quello che ancora le potrà assicurare un futuro è la stretta consonanza con i valori delle sue origini.

Riferimenti bibliografici

- Andrioli V. (1971), *Intervento al Convegno sul Progetto di riforma delle norme sul processo civile del lavoro, Bologna, 12 e 13 giugno 1971*, in *QG*, n. 9-10, 447 ss.
- Ballestrero M.V. (2016), *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, n. 4, 761 ss.
- Bavaro V. (2019), *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, I, 175 ss.
- Borré G. (1982), *La pubblicità del processo del lavoro*, in *QG*, n. 3, 588 ss.
- Borré G. (2001), *Il processo del lavoro: le ragioni di una specialità necessaria*, in Pepino L. (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borré*, FrancoAngeli, Milano, 63 ss.
- Brancaccio E., Giammetti R. (2019), *Le «riforme strutturali» del mercato del lavoro: promesse politiche ed evidenze empiriche*, in *RGL*, I, 193 ss.
- Calamandrei P. (1950), *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, Barbera, Firenze, I, XC ss.
- Cappelletti M. (1971), *Intervento al Convegno sul Progetto di riforma delle norme sul processo civile del lavoro, Bologna, 12 e 13 giugno 1971*, in *QG*, n. 9-10, 454 ss.
- Curzio P. (1984), *Alcune riflessioni sul giudice del lavoro negli anni ottanta*, in *Diritto e giustizia del lavoro oggi*, in Amato F., Mattone S. (a cura di), FrancoAngeli, Milano, 245 ss.
- Curzio P. (2019), *Introduzione*, in *Diritto del lavoro contemporaneo*, Cacucci, Bari, 11 ss.
- Ferrajoli L. (1973), *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in Barcellona P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari, 105 ss.
- Giannini M.S. (1949), *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *RGL*, I, 3 ss.
- Mancini F. (1976), *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino, Bologna.
- Meliadò G. (2013), *Il giudice del lavoro fra ordine giuridico e criticità sociale*, in *RIDL*, I, 489 ss.

(38) Zagrebelsky 2013, 27.

- Mortati C. (1975), *Commento all'art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca G., Zanichelli, Bologna-Roma, vol. I, 1 ss.
- Odorisio R. (1970), *Il Lavoro. Valori socio-culturali della giurisprudenza*, di Celoria M.C. et al., Laterza, Bari, 51 ss.
- Perulli A. (2015), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di Fiorillo L., Perulli A., Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Piccinini C. (2015), in http://www.questionegiustizia.it/articolo/forum-giustizia-del-lavoro_15_l-avvocato_il-cliente_il-giudice-e-il-processo_09-06-2015.php.
- Proto Pisani A. (1973), *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *FI*, V, 205 ss.
- Proto Pisani A. (1983), *La tutela specifica del rapporto di lavoro*, in *QG*, n. 1, 161 ss.
- Romagnoli U. (1974), *La «razionalità» dello Statuto*, in *QG*, n. 26, 279 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Il diritto e il giudice del lavoro*, in *RDC*, n. 6, 1422 ss.
- Speziale V. (2014), *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in <http://csd.le.x.unict.it/docs/workingpapers/Processo-del-lavoro-certezza-del-diritto-ed-effettivit-delle-tutele/4927.aspx>.
- Treu T. (1975), *Azione sindacale e nuova politica del diritto*, in *L'uso politico dello Statuto dei lavoratori*, a cura di Treu T., il Mulino, Bologna, 15 ss.
- Zagrebelsky G. (2013), *Fondata sul lavoro*, Einaudi, Torino.

ABSTRACT

L'Autrice ripercorre la parabola tracciata dall'evoluzione del diritto del lavoro, dalla più alta attuazione costituzionale operata con lo Statuto dei lavoratori sino all'attualità frutto di una progressiva riduzione della sfera di applicazione e del grado di efficacia delle tutele accordate nel nome del diverso apprezzamento del ruolo dell'impresa come fattore trainante dell'economia e dunque dello stesso sviluppo dell'occupazione. Residuano ancora motivi di specializzazione per la magistratura del lavoro, dotata di uno strumento ad hoc quale il nuovo processo introdotto nel 1973, per compiere al meglio il ruolo di applicazione di questo «diritto diseguale»? La Corte costituzionale indica le ragioni ancora attuali di un perdurante impegno.

THE ROLE OF COURTS FROM THE WORKERS' STATUTE TO THE PRESENT DAY

The Author explores the evolution of labour law, starting from its most influent constitutional implementation put in practice by the Workers' Statute. Such analysis culminates in the current status of labour law, as a result of the progressive reduction of its scope on one hand and, on the other, of the degree of efficient protections provided for the role of the enterprise as the leading factor for the economy and, therefore, for the employment development itself. Today the question is: do specialisation grounds remain for labour Court, after the reform of the new trial introduced in 1973, in order to perform at its best the application role of such «unequal right»? The Constitutional Court illuminates the persistent reasons for such ongoing commitment.