

La politica del lavoro del Governo Renzi

Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna
del 23-24 ottobre 2014

a cura di
Franco Carinci

ADAPT
LABOUR STUDIES
e-Book series
n. 40

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

DIREZIONE

Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

Lilli Casano

Pietro Manzella (*revisore linguistico*)

Emmanuele Massagli

Flavia Pasquini

Pierluigi Rausei

Silvia Spattini

Davide Venturi

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Gabriele Gamberini

Francesca Fazio

Laura Magni (*coordinatore di redazione*)

Maddalena Magni

Francesco Nespoli

Giulia Rosolen

Francesco Seghezzi

Francesca Sperotti

 @ADAPT_Press @adaptland @bollettinoADAPT

La politica del lavoro del Governo Renzi

Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna
del 23-24 ottobre 2014

a cura di
Franco Carinci

ISBN 978-88-98652-42-6

© 2015 ADAPT University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT

Registrazione n. 1609, 11 novembre 2001, Tribunale di Modena

INDICE

| | |
|--|----|
| <i>Premessa di Franco Carinci</i> | IX |
| Mattia Persiani, <i>Intervento introduttivo</i> | 1 |
| Giuseppe Santoro Passarelli, <i>Intervento introduttivo</i> | 3 |
| Valerio Speciale, <i>Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro</i> | 5 |
| Alessandro Boscati, <i>La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?</i> | 70 |

Parte I

SESSIONE 1:

**il d.l. n. 34/2014 coordinato con la l. di conversione n. 78/2014
Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione
e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese**

| | |
|---|-----|
| Francesco Basenghi, <i>Il nuovo apprendistato: i problemi e le soluzioni della l. n. 78/2014. Ma il modello italiano funziona?</i> | 151 |
| Stefano Bellomo, <i>Contratto a tempo determinato e interventi sul costo del lavoro. I nuovi percorsi orientati alla salvaguardia del “contratto dominante”</i> | 160 |
| Piera Campanella, <i>Vincoli e sanzioni nel ricorso al contratto a termine: forma e tetti agli organici</i> | 174 |
| Luigi Menghini, <i>Il contratto a termine a-causale e il lavoro pubblico</i> | 198 |
| Alberto Pizzoferrato, <i>Il contratto a termine dopo il Jobs Act – atto I: l'insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva</i> | 209 |
| Rosario Santucci, <i>I vincoli sistematici (costituzionali) al contratto a termine a-causale</i> | 222 |

| | |
|--|-----|
| Carlo Zoli, <i>La somministrazione di lavoro dal pacchetto Treu al decreto Poletti: un lungo percorso sulla via della liberalizzazione</i> | 242 |
| Relazione del coordinatore della sessione: | |
| Lorenzo Zoppoli, <i>Il decreto Poletti: una semplificazione che semplifica (e convince) poco</i> | 260 |

Parte II

SESSIONE 2:

il ddl S 1428

Deleghe al governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino dei rapporti di lavoro e di sostegno alla maternità e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro

| | |
|--|-----|
| Emilio Balletti, <i>Gli ammortizzatori sociali nel Jobs Act del Governo Renzi</i> | 277 |
| Carlo Cester, <i>Brevi osservazioni sul riordino delle tipologie contrattuali</i> | 294 |
| Alfonsina De Felice, <i>I diritti di maternità (e paternità) alla prova della precarizzazione del mercato del lavoro</i> | 300 |
| Vincenzo Ferrante, <i>Riflessioni a caldo sulla progettata modifica degli artt. 4 e 13 dello "Statuto"</i> | 315 |
| Domenico Garofalo, <i>Le novità in tema di servizi per l'impiego e di politica attiva del lavoro</i> | 320 |
| Fausta Guarriello, <i>Verso l'introduzione del salario minimo legale?</i> | 327 |
| Stefano Liebman, <i>La futura disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act, fra modello Boeri e proposta Ichino</i> | 338 |
| Michele Miscione, <i>Armonizzare gli ammortizzatori sociali</i> | 343 |
| Roberto Voza, <i>La conciliazione tra esigenze di cura, di vita e di lavoro</i> | 368 |
| Relazione del coordinatore della sessione: | |
| Marina Brollo, <i>Prime note sul Jobs Act</i> | 375 |

Parte III

SESSIONE 3:

il d.l. n. 90/2014 coordinato con la l. di conversione n. 114/2014
Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa
e per l'efficienza degli uffici giudiziari
e il ddl S 1577
Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche

| | |
|---|-----|
| Franca Borgogelli, <i>Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma</i> | 401 |
| Pasquale Chieco, <i>Il disegno di legge-delega per il riordino delle società pubbliche: principi e criteri direttivi per la semplificazione e il rafforzamento dei vincoli pubblici vigenti in materia di personale</i> | 416 |
| Marco Esposito, <i>Modelli e strumenti per la mobilità interna del lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative</i> | 434 |
| Maurizio Ricci, <i>Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli</i> | 454 |
| Carmelo Romeo, <i>Le problematiche del trattenimento in servizio (e dintorni)</i> | 470 |
| Antonio Viscomi, <i>Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali: brevi note introduttive</i> | 476 |
| Relazione del coordinatore della sessione: | |
| Sandro Mainardi, <i>Lavoro pubblico e organizzazione amministrativa nelle riforme del Governo Renzi</i> | 491 |

Parte IV

SESSIONE DI DISCUSSANTS

| | |
|--|-----|
| Alessandro Bellavista, <i>La tutela del lavoro tra marketing politico ed esigenze reali</i> | 505 |
| Alessandro Garilli, <i>Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del Governo Renzi</i> | 511 |
| Donata Gottardi, <i>Mille frammenti per idee vecchie e nuove: le insidie della legge-delega</i> | 526 |
| Mariella Magnani, <i>Salario minimo</i> | 537 |
| Mariella Magnani, <i>Tecniche e politiche del lavoro del Governo Renzi</i> | 553 |

| | |
|---|-----|
| Arturo Maresca, <i>Il licenziamento ingiustificato: dalla reintegrazione alle tutele economiche crescenti</i> | 558 |
| Oronzo Mazzotta, <i>Il nuovo ed il vecchio diritto del lavoro</i> | 564 |
| Roberto Pessi, <i>Le riforme del lavoro nel 2014: ideologie, post ideologie, valori</i> . | 572 |
| Giulio Prosperetti, <i>I minimi salariali: il problema dell'erga omnes</i> | 586 |
| Francesco Santoni, <i>Opportunità di una riforma?</i> | 589 |
| Giuseppe Santoro Passarelli, <i>Discipline flessibili e cambiamento della funzione della norma inderogabile nella legislazione e nella contrattazione recente</i> . | 598 |
| Paolo Tosi, <i>Sulle criticità del c.d. Jobs Act</i> | 606 |
| | |
| <i>Notizie sugli autori</i> | 609 |

Premessa

Sono qui di seguito pubblicati gli atti della X edizione dei *Seminari di Bertinoro*, ridente paese romagnolo appollaiato in faccia all'Adriatico che vi ha dato il nome, con il sottotitolo di *Dialoghi di diritto del lavoro tra il cielo e il mare*.

Il seminario si è svolto il 23 e 24 ottobre 2014 a Bologna con il titolo *La politica del lavoro del Governo Renzi*, per quanto riguarda sia il settore privato che il settore pubblico privatizzato: al primo sono state dedicate la sessione I (d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014) e la sessione II (ddl S 1428); al secondo la sessione III (d.l. n. 90/2014, convertito dalla l. n. 114/2014, e ddl S 1577).

Nonostante che, per i tempi richiesti per la correzione e la raccolta degli interventi, quello che era l'oggetto della seconda sessione, il ddl S 1428, cioè *Jobs Act* atto II, sia divenuto legge, con i primi decreti delegati già *in itinere*, ritengo la seguente pubblicazione ancora utile: sia con riguardo al tema della prima e terza sessione, sia con rispetto al tema della seconda sessione, data la larga corrispondenza tra il disegno di legge delega e la legge stessa.

Bologna, 19 gennaio 2015

Franco Carinci

già Professore ordinario di Diritto del lavoro,
Università di Bologna Alma Mater Studiorum

Intervento introduttivo

di Mattia Persiani

Si apre oggi il decimo Seminario che continua a dirsi di Bertinoro, anche se, ormai, è da qualche anno che si tiene a Bologna.

L'impressione è che, essendo giunta al suo decimo anno, l'iniziativa presa tanti anni fa da Franco Carinci, ha, oramai, consolidato quello che già era stato il successo iniziale. Certo, il merito principale di ciò spetta alla capacità organizzativa di Franco Carinci che, soprattutto, ha sempre saputo individuare temi che, essendo di grande interesse, hanno attirato l'attenzione di molti di noi.

Il successo dell'iniziativa è stato, però, anche determinato da quanti si sono assunti, anno dopo anno, il compito di svolgere le relazioni e hanno saputo eseguirlo così bene da suscitare sempre dibattiti molto importanti.

Da parte mia, ancora una volta, siedo a questa tribuna soltanto perché, almeno rispetto a quanti sono in questa sala, sono il più vecchio.

Consapevole di ciò, eviterò di togliere spazio alle relazioni che seguiranno e mi limiterò, quindi, a formulare una breve considerazione suscitata dal tema del Seminario che è *La politica del lavoro del Governo Renzi*.

Sentirò molto volentieri ciò che diranno gli illustri relatori e imparerò, sicuramente, tante cose.

Ciò non toglie, tuttavia, un qualche senso di imbarazzo suscitato da ciò che quel tema ci porterà inevitabilmente a valutare se la politica legislativa del nostro attuale Governo ha, o no, l'attitudine a produrre gli effetti che tutti auspichiamo e, cioè, se è, o no, idonea, e in che misura, ad incrementare l'occupazione.

E l'imbarazzo deriva da ciò che, affrontando queste prospettive, i giuristi del lavoro finiscono per attribuirsi un compito che è del tutto nuovo rispetto a quelli tradizionali consistenti, com'è noto, nell'interpretazione della legge

vigente, nella valutazione della sua costituzionalità e, al più, nella proposizione di politiche del diritto. Compito nuovo anche rispetto a quello più recente caratterizzato dalla contestazione del modo infelice in cui le leggi sono redatte.

Ed infatti, ho la netta impressione che il compito che stiamo per assumerci finisca per consistere, in sostanza, nel formulare la previsione di quelli che potrebbero essere gli effetti che le nuove leggi ancora in gestazione potrebbero produrre sulla attuale realtà economica e sociale.

Non più, quindi, l'analisi della composizione della medicina da propinare o la ricerca di una nuova medicina, ma, addirittura, la previsione dei possibili effetti delle medicine che potrebbero essere inventate.

Sorge, allora, spontanea la domanda: siamo culturalmente attrezzati ad assolvere questo compito continuando a rispettare la scientificità propria del giurista? E si noti come quel compito dovrebbe, oltretutto, essere assolto con riguardo a provvedimenti che, non essendo ancora stati approvati dal Parlamento, sono, di necessità, di incerto contenuto.

Se risulterà che siamo culturalmente attrezzati ad affrontare scientificamente quel compito, è, allora, da ritenere per certo che questo Seminario aprirà nuove prospettive ai nostri studi.

Sarebbe, però, da auspicare che, ove risultassimo culturalmente attrezzati ad affrontare il nuovo compito con una qualche scientificità, i risultati del nostro lavoro non restassero racchiusi nel chiuso circuito dei nostri strumenti di divulgazione, ma arrivino anche sul tavolo di chi decide.

Buon lavoro!!!

Colgo l'occasione per chiedervi di rallegrarvi con il professor Tiziano Treu, che ci raggiungerà in giornata e che, di recente, è stato eletto presidente della International Society for Labour and Social Security Law (ISLSSL).

La parola, per i saluti, al professor Giuseppe Santoro Passarelli presidente nazionale dell'AIDLASS.

Intervento introduttivo

di Giuseppe Santoro Passarelli

Come Presidente porto i saluti dell'Aidlass. Sarò anch'io misurato nelle osservazioni perché si tratta soltanto di un indirizzo di salute. Ma non posso esimermi dallo svolgere qualche rilievo sull'oggetto di questo incontro e cioè la politica in materia di lavoro del Governo Renzi. Questi provvedimenti legislativi, uno è già legge l'altro è ancora un disegno di legge perché soltanto approvato da un ramo del Parlamento, stanno modificando sensibilmente il volto del diritto del lavoro sul quale i lavoratori della mia generazione si sono formati. Mi riferisco in particolare alla disciplina contenuta nello Statuto dei lavoratori. Si dice giustamente che quella legge ormai mostra qualche crepa ed è vero ma bisogna avere presente che introduceva regole e principi già affermati nella costituzione e che avevano un obiettivo principale: salvaguardare la dignità del lavoratore. Ora la crisi economica e le dure leggi imposte dalla globalizzazione dei mercati e dalla competitività inarrestabile tra le imprese mette a repentaglio la salvaguardia di taluni diritti del lavoratore attraverso una flessibilizzazione crescente della disciplina legale del rapporto di lavoro. Ma viene messo in discussione anche il principio della inderogabilità della norma non tanto rispetto all'autonomia individuale perché rimangono ferme le regole contenute negli artt. 2077 e 2113 c.c., quanto rispetto al rapporto tra legge e contratto collettivo.

Ormai la legge, come è noto, autorizza il contratto collettivo a derogare *in peius* a norme di legge e lo stesso sistema contrattuale prevede che il contratto nazionale possa stabilire che il contratto aziendale possa derogare *in peius* le clausole del contratto nazionale nei limiti e secondo le procedure dallo stesso stabilite.

Ormai l'inderogabilità non contrassegna più le norme del diritto del lavoro come le avevano contrassegnate, non solo la Statuto, ma le norme successive.

La lunga marcia della flessibilità, iniziata con il pacchetto Treu, nell'arco di vent'anni sta cambiando il volto, del diritto del lavoro partendo dal postulato che la rigidità della disciplina delle norme lavoristiche non favorisce l'aumento della occupazione.

E la legge sul contratto a termine e la legge-delega sono ispirate a questo principio. Infatti sono state abolite le causali nel contratto a termine. E prevista nella legge-delega il superamento del divieto di adibire il lavoratore a mansioni inferiori e di superare i limiti previsti dall'art. 4 Stat. lav. nel controllo a distanza. Anche se nulla è detto nella delega sembra che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo nel contratto a tutele crescenti non sarà più sanzionato dalla reintegrazione. Bisogna chiedersi a questo punto in cosa si differenzia questo contratto da quello a tempo determinato se non per l'apposizione del termine.

Concludendo questo brevissimo saluto ringrazio l'organizzatore del convegno perché ci ha dato l'opportunità di iniziare la riflessione su questi importanti novità legislative.

Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il *Jobs Act* e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro

di Valerio Speciale

1. Una nuova grande riforma del diritto del lavoro

Sono trascorsi poco più di due anni dalla legge Fornero, mentre risale al 2013 l'importante intervento legislativo in materia di lavoro del Governo Letta (d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 99). Tuttavia l'attivismo del Governo e del Parlamento non è cessato ed una nuova grande riforma del diritto del lavoro è annunciata dal Premier Renzi. Uno degli obiettivi fondamentali della nuova normativa è quello di risolvere la gravissima crisi occupazionale del nostro Paese (e su tali aspetti si tornerà in seguito). Tuttavia lo scopo è anche quello di ridisegnare complessivamente l'intero assetto della materia, operando sia sul versante dei contratti, sia su quello delle tutele nel mercato del lavoro, con l'annuncio di un progetto riformatore mai realizzato in Italia negli ultimi 40 anni. Una riforma, oltretutto, che si inserisce in un contesto di modifiche strutturali dell'intero assetto regolativo del nostro ordinamento giuridico, che riguarda la Costituzione, il federalismo, la legge elettorale, il pubblico impiego e la pubblica amministrazione¹, con il chiaro intanto di "cambiare verso" al nostro Paese².

¹ A. GARILLI, [*Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi*](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 226, 3.

² In coerenza con il simbolico slogan utilizzato dal Primo Ministro nella sua comunicazione al pubblico.

La legge-delega approvata dal Parlamento³, peraltro, è l'atto secondo del *Jobs Act*, da leggere in connessione con la prima essenziale riforma del contratto a tempo determinato e sull'apprendistato realizzata con il d.l. 20 marzo 2014, n. 34 (convertito dalla l. 16 maggio 2014, n. 78). La nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine è di tale rilievo e complessità da non poter essere esaminata in questa sede se non per alcuni aspetti connessi ai profili occupazionali. Mi limiterò dunque al (l'arduo) compito di cercare di delineare le linee di tendenza ed i possibili scenari che potrebbero scaturire da questa vera e propria (annunciata) rivoluzione della nostra materia conseguente alla normativa introdotta.

Le linee guida fondamentali della legge-delega, lette per alcuni aspetti anche in connessione con la l. n. 78/2014, possono essere così sintetizzate:

- a) incrementare l'occupazione con la liberalizzazione del contratto a tempo determinato e con l'introduzione di quello a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio;
- b) modificare, ridurre e semplificare le tipologie contrattuali esistenti con la redazione di un testo organico in materia;
- c) promuovere il contratto di lavoro stabile come forma privilegiata di lavoro rendendolo più conveniente rispetto ad altre tipologie contrattuali;
- d) riformare alcune discipline specifiche del rapporto di lavoro (mansioni, controllo a distanza, lavoro accessorio, compenso orario minimo);
- e) razionalizzare e semplificare l'attività ispettiva con l'istituzione di una Agenzia unica per le ispezioni del lavoro;
- f) riordinare la materia degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro (cassa integrazione ordinaria e straordinaria, contratto di solidarietà) e degli strumenti di sostegno della disoccupazione involontaria (ASpI), con obiettivi di omogeneizzazione ed universalizzazione delle tutele;
- g) riformare la normativa in materia di servizi e di politiche attive per il lavoro (incentivi all'occupazione, per l'autoimpiego e l'autoimprenditorialità; istituzione di una Agenzia nazionale per l'occupazione; condizionalità nell'accesso ai benefici a sostegno del reddito; contratto di ricollocazione; valorizzazione della bilateralità e delle sinergie tra servizi pubblici e privati per favorire l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro; inserimento mirato dei disabili, ecc.);

³ Nel momento in cui si scrive la legge-delega è stata definitivamente approvata dal Senato che, con il voto di fiducia, ha confermato il testo modificato alla Camera. La versione finale è reperibile nel sito del Senato (www.senato.it) e reca il n. 1428-B.

- h) semplificare e razionalizzare le procedure di costituzione e gestione del rapporto di lavoro con l'obiettivo di ridurre drasticamente il numero degli atti;
- i) garantire adeguato sostegno alle cure parentali, con strumenti volti a tutelare la maternità delle lavoratrici e favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Il tutto senza «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»⁴.

L'elenco delle materie e degli obiettivi perseguiti dalla legge-delega danno l'idea di quanto sia ambizioso il disegno riformatore. Il Governo Renzi si propone di introdurre innovazioni molto più ampie ed incisive di quelle approvate con il d.lgs. n. 276/2003. Inoltre si vogliono modificare molti aspetti regolati dalla legge Fornero, che ha già avuto un impatto di notevole rilievo dal punto di vista quantitativo e qualitativo sul nostro diritto del lavoro, introducendo peraltro riforme ancora più ampie e su materie o non disciplinate dalla l. n. 92/2012 o trattate da questa legge soltanto in modo residuale.

Ovviamente non è possibile analizzare tutte le riforme che potrebbero essere introdotte e mi soffermerò soltanto sugli aspetti a mio giudizio più importanti. Mi sembra che le innovazioni siano in alcuni casi negative (come, ad esempio, l'ennesima riforma dell'art. 18 Stat. lav.), ma che vi siano anche elementi positivi. Tra questi, ad esempio, ritengo possano essere indicati il salario minimo (ma solo a determinate condizioni: si veda *infra*, § 10), la semplificazione e riduzione delle tipologie contrattuali, la diminuzione delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro, la costituzione di una Agenzia nazionale per l'occupazione, il sostegno alle cure parentali ed alla tutela delle lavoratrici madri. Ovviamente il giudizio sulle potenziali riforme è sospeso e strettamente connesso alla loro effettiva realizzazione. In molti casi, infatti, la legge-delega è così generica da consentire sviluppi completamente diversi (ed anche opposti) delle normative di attuazione, che potrebbero rovesciare completamente la prima impressione positiva. Tutto dipende, dunque, da come concretamente verranno scritti i decreti delegati, che potrebbero anche avere un contenuto fortemente regressivo per le tutele dei lavoratori, pur nel rispetto dei limiti posti dalla normativa delegante.

In questo lavoro, per evidenti ragioni di spazio e per la complessità delle questioni trattate, analizzerò soltanto la riforma dei contratti ed alcune altre discipline del rapporto di lavoro contenute nell'art. 1, comma 7, della legge-delega.

⁴ Art. 1, comma 12, della legge-delega.

2. Le ragioni della modifica “continua” del diritto del lavoro tra vincoli europei e ragioni politiche

Prima di esaminare le linee guida della riforma, è opportuno peraltro chiedersi per quale ragione tutti i Governi che in Italia si sono succeduti in tempi recenti abbiano sentito la necessità di intervenire immediatamente con riforme più o meno ampie del diritto del lavoro. Infatti, sia sotto il profilo della immediatezza degli interventi subito dopo l'insediamento dell'esecutivo, sia per l'importanza attribuita nel programma di Governo, le riforme del lavoro hanno acquisito un valore fondamentale per le compagini guidate da Monti, Letta e Renzi.

Una prima spiegazione è rinvenibile in esigenze tipiche della situazione italiana. Il nostro Paese, infatti, è da tempo afflitto da una grave crisi occupazionale vissuta in modo drammatico da ampie parti della popolazione e che stimola una notevole pressione dell'opinione pubblica per trovare soluzioni adeguate. Nel dibattito politico nazionale, in questo fortemente influenzato da una linea di pensiero sostenuta dall'Unione europea, è opinione diffusa che le riforme del mercato del lavoro sono in grado di incidere in modo significativo sui livelli dell'occupazione. Inoltre, particolarmente per le modifiche che riguardano soltanto le tipologie contrattuali o aspetti della disciplina del contratto di lavoro, si tratta di riforme a “costo zero”. Per tutte queste ragioni, qualunque Governo cerca immediatamente di giustificare la propria esistenza e di dare un segnale di grande innovazione rispetto al passato intervenendo sul diritto del lavoro, senza oltretutto nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le riforme, motivate da esigenze soprattutto di “immagine” nel contesto politico, sono tra l'altro introdotte senza una valutazione della efficacia di quelle più o meno recentemente approvate. E questo nonostante la espressa previsione legislativa di forme di monitoraggio e valutazione dello stato di attuazione degli interventi normativi e del loro effettivo impatto sul mercato del lavoro, con l'utilizzazione di strutture ed istituzioni specifiche e di dati forniti dall'Istat e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan), tra cui è ricompreso a pieno titolo l'Isfol⁵. In tale ambito, sia il Ministero del lavoro, sia questo Istituto hanno effettuato interessanti analisi ed indagini che, se prese in considerazione, avrebbero

⁵ S. SCIARRA, *Monitoraggio e valutazione: la riforma nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 41 ss.

dovuto forse suggerire interventi riformatori di segno completamente diverso da quelli adottati.

Tuttavia la vera e propria “frenesia” nella riforma continua del diritto del lavoro trova fondamento anche in vincoli ideologici ed istituzionali di derivazione europea. Le vicende della legge Fornero sono note a tutti. La lettera della Banca centrale europea dell’agosto 2011 ne costituisce l’antecedente specifico in relazione alle tipologie contrattuali, ai licenziamenti, al sostegno dei disoccupati ed alle politiche attive del lavoro⁶. È vero che l’intervento della BCE a sostegno dei titoli del debito pubblico italiano non era condizionato espressamente alla effettuazione delle riforme in materia di lavoro, nonostante sia stata questa la giustificazione fornita dal Governo italiano⁷. Non vi è dubbio, peraltro, che la pressione della Banca Centrale abbia svolto un ruolo determinante. Inoltre, il Premier Monti voleva presentarsi dinanzi al Consiglio europeo del 28 giugno 2012 con la riforma del mercato del lavoro già approvata⁸. Questa innovazione, insieme agli altri importanti interventi in materia di pensioni e di rigore nella gestione del bilancio, gli avrebbero infatti consentito di negoziare da una posizione più forte la realizzazione del meccanismo di difesa (lo “scudo europeo”) che avrebbe consentito di stabilizzare la situazione finanziaria dei Paesi della UE sottoposti ad eccessive pressioni speculative⁹. Un sistema successivamente realizzato e che, insieme al famoso “discorso di Londra” di Mario Draghi del 26 luglio 2012 ed alle *Outright Monetary Transactions* (OMT) realizzate dalla BCE, determineranno la fine della “crisi dello spread” che aveva minacciato la sostenibilità finanziaria del debito italiano¹⁰. In questo contesto, dunque, le

⁶ La Banca centrale, infatti, aveva sollecitato una «profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti dei lavoratori, prevedendo un sistema di assicurazione contro la disoccupazione ed un insieme di politiche attive del lavoro tali da facilitare la ricollocazione dei lavoratori nelle imprese e nei settori più competitivi». Sulla influenza di questa lettera della BCE e delle istituzioni europee nel condizionare le recenti riforme in materia di lavoro si veda anche V. BAVARO, [Il salario minimo legale e le relazioni industriali](#), in [Il Diario del Lavoro](#), 22 ottobre 2014.

⁷ Per una ricostruzione dettagliata di queste vicende cfr. A. PERULLI, V. SPEZIALE, [L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2011, n. 132, 7 ss.

⁸ «Devo arrivare al Consiglio europeo del 28 giugno con la riforma del mercato del lavoro, altrimenti l’Italia perde punti». Così si era espresso Mario Monti sabato 16 giugno 2012, ospite de *La Repubblica delle idee*.

⁹ Il riferimento è al Meccanismo europeo di stabilità, detto anche Fondo salva Stati.

¹⁰ Mario Draghi, infatti, durante la *Global Investment Conference* di Londra del 26 luglio 2012, aveva annunciato che nell’ambito del suo mandato la BCE era pronta a salvaguardare l’euro con ogni mezzo, preannunciando il possibile acquisto illimitato dei titoli di Stato dei

modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012 – al di là della effettiva volontà di aggiornare il nostro sistema di tutele – avevano soprattutto la finalità di garantire il sostegno dei più importanti Paesi europei alla introduzione di misure che consentissero il superamento della gravissima crisi finanziaria che investiva il nostro Paese.

In ogni caso, a prescindere da situazioni contingenti di crisi come quella descritta, la correlazione tra condizionamenti economici derivanti dall'Unione europea e le riforme in materia di lavoro è anche la conseguenza dell'attuale assetto istituzionale della UE. È noto, infatti, che – per garantire omogeneità nelle strutture finanziarie dei Paesi che condividono l'Euro – sono stati introdotti vincoli specifici. Tra questi, ad esempio, oltre al rapporto massimo del 3% tra deficit e Pil:

- a) l'obbligo degli Stati membri di convergere verso il pareggio di bilancio, con l'introduzione di specifiche norme (un principio che in Italia è stato costituzionalizzato con la riforma dell'art. 81 Cost.);
- b) l'imposizione, per raggiungere tale obiettivo, di un miglioramento annuale del deficit pari ad almeno lo 0,5%;
- c) l'obbligo per i Paesi il cui debito supera il 60% del Pil di adottare riduzioni pari ad 1/20 all'anno per raggiungere la quota del 60%¹¹.

Lo scostamento da tali parametri comporta l'applicazione di sanzioni economiche. Si tratta, come ben si vede, di una evidente cessione, da parte degli Stati membri, di aspetti importanti della propria sovranità in materia.

Inoltre, a seguito della introduzione del “*two pack*” nel 2013, è stato operato un rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri. Questi Paesi infatti: a) devono pubblicare entro il 30 aprile i loro piani di bilancio a medio termine (programmi di stabilità), indicando le loro priorità politiche per la crescita e l'occupazione per i 12 mesi successivi (programmi nazionali di riforma) nell'ambito del semestre europeo sul coordinamento delle politiche economiche; b) devono poi pubblicare entro il 15 ottobre i loro progetti di bilancio per l'anno successivo; c) devono infine approvare entro il 31 dicembre i loro bilanci per l'anno seguente. La Commissione europea esamina ciascun progetto di bilancio ed esprime un parere in merito. Se individua gravi inosservanze degli obblighi contenuti nel

Paesi in difficoltà. Una dichiarazione che è stata sufficiente a bloccare le attività speculative sui mercati finanziari. Successivamente l'instaurazione delle OMT ha istituzionalizzato, seppure in forme parzialmente diverse, l'acquisto diretto da parte della BCE di titoli di Stato a breve termine emessi da Paesi in difficoltà macro-economica grave e conclamata.

¹¹ Gli obblighi indicati nel testo sono contenuti nel Patto di stabilità del 2005, nel *Six pack* del 2011 e nel *Fiscal compact* del 2012.

Patto di stabilità e di crescita, la Commissione chiede allo Stato membro di presentare un piano riveduto, introducendo modifiche e correzioni. Regole ulteriori sono previste per il monitoraggio e la sorveglianza degli Stati membri che rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria.

La cessione di sovranità economica si accompagna, dunque, ad un processo di sorveglianza e di ingerenza nella definizione del contenuto delle leggi di bilancio. Inoltre, le riforme del lavoro – pur se non direttamente connesse alle esigenze di stabilità finanziaria – sono tra quelle incluse nei programmi nazionali di riforma e soggette anch'esse alla valutazione della Commissione. Quest'ultima, come noto, è da tempo orientata a favore di modifiche strutturali del mercato del lavoro che aumentino la flessibilità dei contratti e riducano le tutele in materia di licenziamenti¹².

Il Governo Renzi si propone di approvare una legge di bilancio che prevede un incremento del deficit, venendo meno all'obbligo della diminuzione annuale dello 0,5%, rinviando il pareggio di bilancio al 2017 e rallentando il processo di riduzione del rapporto tra debito e Pil¹³. Le modifiche in materia di lavoro rientrano in una strategia che cerca di “scambiare” le riforme strutturali – tra cui quella essenziale del mercato del lavoro finalizzata alla crescita dell'occupazione – con una maggiore flessibilità delle regole di bilancio. La liberalizzazione dei rapporti a termine ed il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti – che la Commissione europea, tra l'altro, ha da tempo suggerito quale innovazione essenziale¹⁴ – devono dunque essere lette in questo contesto. E non è un caso che nella lettera inviata dal Vice-Presidente

¹² In tale ambito, a parte i documenti redatti dalla Commissione che periodicamente raccomandano quanto indicato nel testo, una delle principali manifestazioni di questa tendenza della Commissione è rinvenibile nel [Libro verde *Modernizzare il Diritto del Lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*](#), 22 novembre 2006, COM(2006)708 def., 1 ss. Si è osservato che «in estrema sintesi, la ricetta suggerita dal Libro verde consisterebbe in un generalizzato allentamento dei vincoli nella regolazione dei rapporti standard [...] soprattutto con riguardo alla disciplina del licenziamento, a fronte di interventi più protettivi nel mercato del lavoro» (AA.VV., [I giuslavoristi e il Libro verde “Modernizzare il Diritto del Lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”. Una valutazione critica e propositiva](#), 2007, 3, a cui si rinvia per le critiche a questa impostazione).

¹³ Questi dati sono ricavati dalla presentazione ufficiale del disegno di legge di bilancio effettuata dal Governo. Da rilevare anche la lettera con la quale il Vice-Presidente della Commissione europea ha sottolineato lo scostamento di tale progetto di legge dai requisiti previsti dal Patto di crescita e stabilità.

¹⁴ EUROPEAN COMMISSION, [Employment in Europe 2010](#), 2010. Su tale aspetto si veda l'analisi di G. CASALE, A. PERULLI, [Towards the Single Employment Contract. Comparative Reflections](#), Hart, 2013, 38 ss.

della Commissione europea al Ministro Padoan si sottolinea come l'Italia abbia espressamente affermato che la strategia di bilancio deve essere considerata «all'interno dell'intera agenda per le riforme strutturali»¹⁵. Una riprova, ancora una volta, del profondo legame che il Governo attribuisce al rapporto tra modifiche del mercato del lavoro e vincoli finanziari.

Questo obiettivo, peraltro, sembra difficilmente raggiungibile, come dimostra il rapporto dialettico che si è aperto tra la Commissione europea ed il nostro Paese, diretto a trovare un possibile compromesso tra le proposte italiane ed i vincoli di bilancio imposti dall'Unione, senza che le riforme strutturali svolgano, in apparenza, un ruolo determinante. Forse, dunque, Renzi ha attribuito alla riforma del mercato del lavoro un' enfasi eccessiva rispetto agli obiettivi di flessibilità finanziaria che intendeva raggiungere¹⁶. Tra l'altro, il Governo aveva ottimi argomenti per resistere alle pressioni europee di modifica del diritto del lavoro nazionale. Non va dimenticato, infatti, che il nostro Paese aveva già approvato, nel biennio 2012-2013, riforme importanti e di vasta portata. Queste innovazioni già cominciavano a produrre effetti concreti e, comunque, richiedevano più tempo per una valutazione del loro impatto, possibile anche in base agli strumenti di monitoraggio previsti dalla legge. Le possibili modifiche, dunque, potevano riguardare aspetti non già regolati in precedenza. Ed il Governo avrebbe quindi potuto evitare una ennesima riforma su istituti già radicalmente cambiati in tempi recenti.

Il *Premier* ha invece voluto seguire una strada molto diversa. La spiegazione è di tipo politico e culturale. Renzi sembra aderire espressamente alla tesi della *flexicurity*, favorendo la riduzione delle tutele del contratto e l'incremento delle protezioni nel mercato del lavoro, in linea con un'impostazione da tempo accolta nell'Unione europea. Che poi questa scelta sia in grado di produrre effetti positivi è tutto da dimostrare. La tesi, infatti, della deregolazione quale strumento di creazione dell'occupazione è smentita ormai da numerosi riscontri empirici. Soltanto la subalternità culturale ad un'ideologia pervasiva (la *job employment protection* è causa di disoccupazione) e lo scambio tra flessibilità del lavoro e quella dei vincoli di bilancio possono giustificare scelte che, alla luce della dinamica effettiva del nostro mercato del lavoro, non dovrebbero essere adottate. Anche perché occorrerebbe valutare se le maggiori

¹⁵ Nella lettera, infatti, il Vice-Presidente ringrazia «for the letter accompanying the DBP and which clearly makes the case that the budgetary strategy of Italy is to be considered within the overall agenda for structural reforms» (corsivo dell'A., ndr).

¹⁶ Nulla può escludere, peraltro, che, al contrario, i margini di trattativa siano stati condizionati anche dalla "buona volontà" manifestata dall'Italia di introdurre quelle riforme strutturali – tra cui quella del lavoro – che l'UE (e la BCE) ritiene essenziali per la crescita del Paese.

protezioni nel sostegno del reddito dei disoccupati e nella implementazione di politiche attive che favoriscono il loro ricollocamento – sicuramente apprezzabili – siano tali da giustificare riduzioni così forti su diritti fondamentali connessi al contratto di lavoro, come quello in tema di licenziamento, tutela della professionalità, controlli a distanza. E questo anche in considerazione della storia recente del nostro Paese, dove la maggiore flessibilità nei contratti e nella disciplina del recesso non ha trovato un bilanciamento nelle politiche attive del lavoro (sino ad oggi molto fallimentari).

L'impressione, anche alla luce della significativa (e positiva) scelta del *bonus* mensile di 80 euro, è che per il Governo gli aspetti economici di sostegno al reddito dei lavoratori siano di gran lunga più importanti rispetto alle tutele nel contratto di lavoro, considerate come secondarie. Anche se poi, in evidente contraddizione con questa linea di azione, si intendono incrementare le protezioni in tema di maternità, genitorialità e conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, con lo scopo di valorizzare alcuni diritti fondamentali. Una riprova di come la legge-delega persegua diverse linee di politica del diritto non sempre coerenti tra loro e che rispecchiano l'idea del *Premier* del tentativo di coniugare istanze tra loro opposte e non facilmente conciliabili. Si è in presenza di una strategia dell'esecutivo che si propone di combinare politiche di “destra” (riduzione di tutele nel contratto di lavoro e sui licenziamenti) e politiche di “sinistra” (estensione di diritti fondamentali e di garanzie sul mercato del lavoro), nel tentativo di catturare consensi anche in settori tendenzialmente estranei al bacino elettorale del Centro Sinistra¹⁷.

3. La legge-delega ed il problema della sua costituzionalità

La legge-delega, di contenuto assai ampio, ha sollevato problemi di costituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost. Si è rilevato come essa non contiene una formulazione rigorosa dei principi e criteri direttivi, è carente nella puntuale identificazione degli oggetti da regolare oltre che generica nei

¹⁷ Si vedano i risultati del sondaggio effettuato dall'Atlante Politico di Demos e commentati da I. DIAMANTI, [Consenso in ripresa, il premier sale al centro. Pd oltre il 41%, in affanno Forza Italia](#), in [La Repubblica](#), 12 ottobre 2014. L'A. rileva come la “revisione” dell'art. 18 abbia determinato una crescita di consensi tra gli elettori del Centro-destra.

settori di intervento¹⁸. Al contrario si è affermato come il trend più recente è quello di leggi-delega nelle quali si valorizzano le procedure, «sviluppando meccanismi che rafforzano i poteri parlamentari, a fronte di principi e criteri lasciati più generici». Si sottolinea inoltre come questa tendenza sia stata avallata dalla Corte costituzionale, che ha lasciato ampia libertà al Parlamento nella definizione delle linee guida, senza intervenire «sulla loro evanescenza»¹⁹. Questa tesi è stata accolta da Ichino, che oltretutto sottolinea come in passato si siano viste deleghe molto più generiche di quella relativa al *Jobs Act*²⁰.

Le questioni connesse alla possibile incostituzionalità della delega sono assai delicate e potranno essere solo accennate in questa sede. Prima di analizzare tali aspetti, va sottolineato come, in effetti, il Senato non abbia minimamente partecipato alla determinazione del contenuto della legge-delega. Il Governo infatti, in considerazione della limitata maggioranza di cui disponeva e nel timore di possibili modifiche al testo introdotte dal parte di alcuni senatori del Partito Democratico, ha prima introdotto un “maxiemendamento” che modificava l’art. 4 dell’originario disegno di legge, contenente il riferimento alla parte più contestata della normativa, in tema di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. Poi, con un testo integralmente redatto dall’esecutivo, ha chiesto ed ottenuto la fiducia del Parlamento, senza che i Senatori abbiano potuto discutere ed eventualmente emendare il suo contenuto. In definitiva il Governo ha auto determinato la delega, specificando i principi e criteri direttivi, gli oggetti da legiferare ed i tempi entro cui operare.

La situazione è stata diversa alla Camera, dove, al contrario, la discussione in sede di Commissione Lavoro e poi in Assemblea vi è stata ed ha determinato importanti modifiche. Tuttavia, nel secondo passaggio al Senato, ancora una volta si è ricorso al voto di fiducia, sottraendo al Parlamento qualsiasi possibilità di intervento.

Questo percorso parlamentare (definizione dei principi e criteri direttivi da parte dell’esecutivo e voto di fiducia) non è certamente nuovo, perché si è già

¹⁸ A. GARILLI, *op. cit.*, 7-8. Questo A. si riferisce al testo della legge-delega approvato al Senato. Tali considerazioni sono estensibili anche agli AA. citati nelle note immediatamente successive di questo paragrafo.

¹⁹ S. CECCANTI, [*Perché una delega legislativa che appare generica è normale e non è censurata dalla Corte*](#), in www.stefanoceccanti.wordpress.com, 9 ottobre 2014.

²⁰ In questa legge, infatti, vi sarebbe «in modo inequivoco il passaggio dal regime della *job property* (di cui la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro costituisce la chiave di volta) ad un regime ispirato al principio della *flexsecurity*» (P. ICHINO, [*Sulla censura di eccessiva genericità della delega lavoro*](#), in www.pietroichino.it, 2014).

verificato in passato. Esso, per tornare all'attualità, in qualche misura conferma l'accentuato "decisionismo" del Governo Renzi, la sua ossessione per la "velocità" delle riforme e l'insofferenza nei confronti delle Assemblee parlamentari. Si tratta, peraltro, di una vicenda che più in generale (con una osservazione non estesa solo all'attuale compagine governativa) testimonia il totale esautoramento della funzione parlamentare. In questo caso, infatti, l'esecutivo esercita il potere legislativo – con una situazione che nel disegno costituzionale rappresenta una eccezione²¹ – senza di fatto che l'art. 76 Cost. sia rispettato ed operando sia come soggetto che determina le linee guida ed i contenuti della attività normativa sia come concreto legislatore. L'importanza della funzione svolta ha indotto a ritenere che la legge-delega sia approvata da ciascuna Camera in assemblea plenaria e non in Commissione (con una vera e propria "riserva di legge d'Assemblea")²². A maggior ragione, in considerazione dei valori costituzionali che sono in gioco, occorrerebbe impedire che la legge-delega sia sottoposta al voto di fiducia, per evitare queste forme di "monismo legislativo" dell'esecutivo.

A parte queste considerazioni, occorre ora valutare se in effetti il testo normativo approvato dal Parlamento si esponga a censure di incostituzionalità. Non vi è dubbio che la violazione dell'art. 76 Cost. possa riguardare anche la legge di delegazione e non soltanto i decreti legislativi delegati, con riferimento a «principi e criteri direttivi, termine ed oggetto del poter legislativo delegato»²³. Si è osservato, peraltro, che difficilmente una legge-delega potrebbe essere dichiarata illegittima per carenza dei principi e criteri direttivi. Piuttosto, «la scarsità di indicazioni nella legge di delegazione si tradurrà in una ridotta capacità del decreto delegato di innovare ai principi della legislazione vigente»²⁴. La Corte costituzionale, inoltre, ha affermato che «la valutazione di conformità di una legge delega all'art. 76 della Costituzione – secondo cui "l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione dei principi e criteri direttivi e soltanto per un tempo limitato ed oggetti definiti" – non può prescindere dalle finalità

²¹ Su tale aspetto si rinvia, per tutti, a M. RUOTOLO, S. SPUNTARELLI, *Art. 76 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Utet, 2006, 1487.

²² *Ibidem*.

²³ L. PALADIN, *Art. 76*, in *Commentario della Costituzione. Art. 76-82. La formazione delle leggi*, tomo II, Zanichelli, 1979, 5. Cfr. M. RUOTOLO, S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, 1487; A. CELOTTO, E. FRONTONI, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. Dir. Aggiornamento*, 2002, VI, 704; M. SICLARI, *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità*, Cedam, 1992, 5 ss.

²⁴ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2006, 336.

ispiratrici della delega e dal suo complessivo contenuto normativo. L'esigenza di determinazione di principi e criteri direttivi e della definizione dell'oggetto della delega è tanto più pressante quanto meno delimitato e specifico è il compito affidato al legislatore delegato. D'altro canto anche per le leggi di delega vale il fondamentale canone per cui deve essere preferita l'interpretazione che la ponga al riparo da sospetti di incostituzionalità»²⁵.

A me sembra che, alla luce di tali principi, non si possa affermare una incostituzionalità della legge-delega.

Essa contiene l'individuazione dei tempi di emanazione dei decreti delegati (sei mesi). Vi è la specificazione degli oggetti, suddivisi nei singoli commi in relazione a diverse materie (strumenti di tutela in costanza di rapporto di lavoro e di sostegno al reddito in caso di disoccupazione involontaria; servizi essenziali in materia di politica attiva del lavoro; riordino dei contratti di lavoro, ecc.), con previsione di ulteriori submaterie all'interno delle stesse. Va ricordato poi che «il limite degli "oggetti definiti" è sfumato spesso nel concetto di materia» e che la Corte costituzionale ha più volte ritenuto legittime le deleghe ampie²⁶, ammettendo addirittura il «ricorso a deleghe in bianco»²⁷. In tale contesto, non vedo come la legge-delega possa essere censurata da questo punto di vista.

Analoghe considerazioni possono essere fatte per i principi e criteri direttivi. Va detto che, come sempre accade in testi normativi molto complessi ed articolati, essi hanno un contenuto diverso. In alcuni casi sono sicuramente più dettagliati²⁸ ed in altri più generici²⁹, in coerenza con l'opinione della Corte

²⁵ C. cost. 17 luglio 2000, n. 292, in *DeJure*, 5-6.

²⁶ M. RUOTOLO, S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, 1491 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

²⁷ A. CELOTTO, E. FRONTONI, *op. cit.*, 703 ss. (a cui si rimanda per le citazioni della giurisprudenza costituzionale).

²⁸ Si veda ad esempio l'art. 1, comma 2, lett. a, n. 3, della delega, nel quale si sostiene «la necessità di regolare l'accesso alla cassa integrazione guadagni solo a seguito dell'esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro, eventualmente destinando una parte delle risorse attribuite alla cassa integrazione a favore di contratti di solidarietà». O quanto stabilito dall'art. 1, comma 6, lett. a, della legge, dove si afferma di voler procedere alla «razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti, anche mediante abrogazione di norme, connessi con la costituzione e la gestione del rapporto di lavoro, con l'obiettivo di ridurre drasticamente il numero di atti di gestione del medesimo rapporto, di carattere amministrativo».

²⁹ Ad esempio l'art. 1, comma 4, lett. b, sostiene la necessità di procedere alla «razionalizzazione degli incentivi per l'autoimpiego e l'autoimprenditorialità, anche nella forma della acquisizione delle imprese in crisi da parte dei dipendenti, con la previsione di una

costituzionale³⁰. Anche in questo caso, peraltro, la giurisprudenza costituzionale è piuttosto tollerante. Infatti, pur se si afferma che dalla legge di delega devono ricavarsi indicazioni sufficienti «ad indirizzare l'attività del legislatore delegato»³¹, tuttavia si ammette che la determinazione dei principi e criteri possa avvenire *per relationem*, con riferimento ad altri atti normativi, purché sufficientemente specifici³². E si è altresì prevista la possibilità per il legislatore delegato di ricavare le «norme che determinano l'oggetto, i principi e criteri direttivi indicati dalla delega», anche sulla base del «complessivo contesto normativo in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione»³³. Di fronte ad un atteggiamento così tollerante o comprensivo (e secondo alcuni ipocrita) della Corte³⁴, si può ben dire che difficilmente le linee guida per il legislatore delegato contenute nel testo approvato dal Parlamento potrebbero essere censurate per genericità o indeterminatezza. E questo anche in considerazione che per la legge-delega «vale il fondamentale canone per cui deve essere preferita l'interpretazione che la ponga al riparo da sospetti di incostituzionalità»³⁵.

Il controllo sulla conformità all'art. 76 Cost. andrà piuttosto effettuato sull'esercizio del potere legislativo delegato, con particolare riferimento al rispetto dell'oggetto della delega e dei principi e criteri in essa contenuti.

cornice giuridica nazionale volta a costituire il punto di riferimento anche per gli interventi posti in essere da regioni e province autonome».

³⁰ La Corte, infatti, ritiene che i principi e criteri direttivi appartengono ad una «fenomenologia estremamente variegata, che oscilla da ipotesi in cui la legge delega pone finalità dai confini molto ampi e sostanzialmente lasciati alla determinazione del legislatore delegato a ipotesi in cui la legge fissa “principi” a basso livello di astrattezza, finalità specifiche, indirizzi determinati e misure di coordinamento definite» (C. cost. 4 maggio 1990, n. 224, in *GCost*, 1990, I, 1400).

³¹ C. cost. 6 maggio 1985, n. 158, in www.cortecostituzionale.it. La sentenza afferma, per tale ragione, che «la norma di delega non deve contenere enunciazioni troppo generiche o troppo generali».

³² A. CELOTTO, E. FRONTONI, *op. cit.*, 704 (a cui si rimanda per le citazioni della giurisprudenza costituzionale). In senso analogo M. RUOTOLO, S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, 1490 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

³³ C. cost. 18 novembre 2000, n. 503, in *GCost*, 2000, n. 6, 3900. Cfr. C. cost. 23 febbraio 2007, n. 54 (con l'indicazione di ulteriori sentenze di analogo tenore). Si rinvia anche alle altre sentenze citate da A. CELOTTO, E. FRONTONI, *op. cit.*, 704. In senso analogo M. RUOTOLO, S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, 1490.

³⁴ Si vedano le diverse indicazioni bibliografiche fornite da A. CELOTTO, E. FRONTONI, *op. cit.*, 704.

³⁵ C. cost. n. 292/2000, cit. Cfr. C. cost. n. 54/2007, cit.

4. Gli obiettivi di crescita dell'occupazione perseguiti dalla riforma del contratto a termine e dalla legge-delega

La riforma del contratto a termine introdotta con il d.l. n. 34/2014 (convertito dalla l. n. 78/2014) è stata attuata per affrontare la «perdurante crisi occupazionale» e «nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente»³⁶. Anche il nuovo rapporto a tutele incrementalmente è diretto, con la modifica della disciplina dell'art. 18 Stat. lav., a favorire le assunzioni, che troverebbero nella rigidità di questa disposizione una delle cause principali della scarsa attrattività normativa del rapporto di lavoro stabile e della eccessiva diffusione di contratti precari³⁷. D'altra parte tutto il dibattito politico si è sviluppato sull'effetto negativo dell'art. 18 sui livelli di occupazione e sulla sua influenza nello scoraggiare gli investimenti esteri.

Per quanto riguarda il contratto a tempo determinato si è recentemente sottolineato come «le politiche di liberalizzazione del lavoro a termine non hanno determinato alcuna crescita occupazionale», con uno studio condotto su molti Paesi dell'Eurozona (Italia inclusa) dal 1990 ad oggi³⁸. In effetti, l'incremento nella utilizzazione dei contratti a tempo determinato, iniziato con il d.lgs. n. 368/2001 ed ulteriormente accentuato dai successivi interventi legislativi, ha incrementato in modo consistente la quantità dei rapporti a termine sul totale degli occupati, cresciuta dal 9,6% del 2001 all'attuale 13,3%, con una percentuale europea che si colloca intorno al 14%. Tuttavia, l'analisi dei dati relativi alle forze lavoro nell'arco del decennio rivela che, anche prendendo in considerazione gli incrementi demografici e la forte regolarizzazione dei lavoratori stranieri avvenuta nello scorso decennio, il tasso di occupazione si colloca tra il 53% ed il 58%. Inoltre, questi dati non mettono in evidenza una correlazione tra la diffusione di forme di lavoro a termine e le variazioni dei tassi di occupazione. Anzi, dal 2008 in poi, nonostante la forte liberalizzazione di questa tipologia contrattuale, il calo dei livelli occupazionali è stato costante ed è riconducibile alla estensione e profondità della crisi economica che ha caratterizzato il nostro Paese.

³⁶ Art. 1, comma 1, del d.l. n. 34/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 78/2014.

³⁷ Si veda, in tal senso, l'intervento del Ministro del lavoro Poletti al Senato effettuato l'8 ottobre 2014, in sede di discussione del ddl S 1428 (reperibile nel sito del Senato).

³⁸ R. REALFONZO, G. TORTORELLA ESPOSITO, *Gli insuccessi nella liberalizzazione del lavoro a termine*, in *Economia e Politica*, 13 maggio 2014.

Vi sono inoltre studi economici che rivelano come, nel periodo 2002/2008 (prima della crisi) l'incremento del numero degli occupati (in particolare delle unità di lavoro equivalenti – ULA) è strettamente connesso alla dinamica del valore aggiunto nei vari settori produttivi e prescinde dall'incremento del processo di flessibilizzazione del lavoro. Inoltre i medesimi studi sottolineano che la crescente precarizzazione del lavoro ha favorito un processo di sostituzione tra lavoro standard e lavoro non standard. Nel periodo più recente (2009/2013), in piena fase recessiva, vi è stata una costante decrescita dell'occupazione ed un ulteriore processo di sostituzione tra lavoro precario e stabile³⁹.

In considerazione di quanto è accaduto nell'ultimo decennio e delle modeste prospettive di crescita del Pil nel 2014 e negli anni futuri, è assai probabile che la riforma introdotta dal d.l. n. 34/2014 accentuerà questo effetto di sostituzione, senza una effettiva crescita della occupazione e con una mera redistribuzione in senso precario delle occasioni di lavoro. Non va dimenticato che, nel 2013, il 68% delle attivazioni dei contratti di lavoro è avvenuto con rapporti a termine ed il 16% con contratti a tempo indeterminato. Questa tendenza, ormai in atto da alcuni anni⁴⁰, dimostra oltretutto come la causale del lavoro a termine non ha impedito un ampio ricorso a questa tipologia contrattuale⁴¹. È plausibile ritenere che – in assenza di una ragione giustificativa nell'apposizione del termine finale (individuata dalla dottrina e giurisprudenza prevalente come una esigenza temporanea di lavoro) – vi sarà un incremento ulteriore della diffusione dei rapporti a tempo determinato rispetto a quelli stabili. Infatti, la mancanza di causale e la piena fungibilità tra lavoro a termine ed a tempo indeterminato nei primi 36 mesi (salvi i limiti quantitativi previsti dai contratti collettivi) spingerà le imprese ad assumere per un tempo limitato anche chi avrebbe potuto essere contrattualizzato con un rapporto stabile, in considerazione, oltretutto della ampiezza con cui il legislatore ha consentito il ricorso al contratto a termine⁴². Va detto, tuttavia,

³⁹ A. FUMAGALLI, [Le insostenibili leggerezze del Jobs Act](#), in [Economia e Politica](#), 4 settembre 2014, 1 ss.

⁴⁰ SISTEMA PERMANENTE DI MONITORAGGIO DELLE POLITICHE DEL LAVORO, [Il primo anno di applicazione della legge 92/2012](#), Quaderno n. 1, gennaio 2014, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in [www.lavoro.gov.it](#), 35.

⁴¹ Anche nel secondo trimestre del 2014, il 70% circa delle assunzioni è stata effettuata con contratti a termine (MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, [I rapporti di lavoro nel II trimestre 2014](#), Sistema delle Comunicazioni obbligatorie – II nota trimestrale 2014, settembre 2014, n. 10, in [www.lavoro.gov.it](#), 2).

⁴² Sulla nuova disciplina introdotta dal d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014, cfr. A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, [Il nuovo contratto di lavoro a termine. Aggiornato alla legge](#)

che questa tendenza potrebbe essere contrastata dagli effetti positivi conseguenti alla introduzione del rapporto a tempo indeterminato a tutele crescenti (si veda *infra*).

D'altra parte, la liberalizzazione del rapporto a termine può determinare effetti negativi ulteriori⁴³. In tale ambito, anche Draghi, quando era Governatore della Banca d'Italia, ha sottolineato come con la diffusione dei contratti precari «si indebolisce l'accumulazione di capitale umano specifico, con effetti alla lunga negativi su produttività e profittabilità»⁴⁴. E vi sono numerosi studi che rilevano una correlazione tra bassa produttività del lavoro e diffusione dei rapporti a termine, anche per effetto della mancanza di investimenti formativi sui contratti non stabili⁴⁵.

Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, con la riduzione dell'ambito applicativo dell'art. 18 Stat. lav. e la sostituzione della reintegrazione con un indennizzo economico (si veda *infra*), dovrebbe contribuire, secondo il Governo, a migliorare le performance occupazionali del nostro Paese. Questo obiettivo si fonda sulla tesi secondo la quale la eccessiva rigidità della disciplina in materia di licenziamenti scoraggerebbe le assunzioni

16 maggio 2014, n. 78, Giappichelli, 2014; R. ROMEI, *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *DLRI*, 2014, n. 144, 675 ss.; F. CARINCI, *Jobs Act, atto I: la legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, di prossima pubblicazione in *DRI*, 2015, n. 1, 1 ss. del dattiloscritto; M. MAGNANI, [La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 212, 1 ss.; F. SCHIAVETTI, S. CAIROLI, *L'attuale disciplina sull'apposizione del termine*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato. Atto I*, Giappichelli, 2014, 10 ss.; M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University Press, 2014, 1 ss.

⁴³ Da questo punto di vista, un utile esempio può essere costituito da quanto è accaduto in Spagna nel 1984, quando vi fu la liberalizzazione di questa tipologia contrattuale con esclusione della causale temporanea. La conseguenza fu che la diffusione del rapporto a termine aumentò in misura enorme, passando da una percentuale sugli occupati del 30% ad oltre il 50%, con punte del 70% nel settore edile. Inoltre, questa elevata crescita dei rapporti precari ha determinato un numero complessivo di giornate di lavoro inferiori rispetto al passato e salari meno elevati. Si vedano le considerazioni svolte da T. BOERI, [Purtroppo rimarremo provinciali](#), in [Lavoce.info](#), 29 marzo 2014, che descrive i risultati dello studio di alcuni economisti sulla esperienza spagnola.

⁴⁴ M. DRAGHI, [Crescita, benessere e compiti dell'economia politica](#), lezione magistrale al convegno in ricordo di Giorgio Fuà, *Sviluppo economico e benessere*, Ancona, 5-6 novembre 2010, in [www.bancaditalia.it](#), 7.

⁴⁵ E. FABRIZI, V. PERAGINE, M. RAITANO, *Flessibilità e lavoro in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in P. CHIECO (a cura di), *op. cit.*, 58 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

e favorirebbe processi di dualismo del mercato del lavoro, segmentato tra i lavoratori garantiti e quelli privi di tutele, che non riescono ad avere accesso ad una occupazione stabile.

La tesi, come noto, è smentita da numerosi studi teorici e, soprattutto, dall'evidenza empirica. Da questo punto di vista i dati a nostra disposizione e l'ampiezza degli ambiti temporali a cui essi si riferiscono dovrebbero ormai togliere ogni dubbio sulla erroneità di questa teoria⁴⁶. Le “prove contrarie” rispetto all'idea della positiva correlazione tra occupazione e riduzione delle tutele in materia di licenziamenti sono talmente evidenti e diffuse da rendere incomprensibile come sia possibile continuare a sostenere un'opinione così priva di qualsiasi riscontro teorico e pratico⁴⁷. Persino Pietro Ichino, che è uno dei sostenitori più strenui ed autorevoli della incidenza negativa della *Employment Protection Legislation* sul mercato del lavoro, è stato recentemente costretto ad ammettere che «la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l'“equilibrio mediterraneo” [caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti] determini di per sé tassi di disoccupazione più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei Paesi nord europei o di quelli di tipo statunitense»⁴⁸. Senza dimenticare che la riforma del 2012 ha ulteriormente ridotto l'indice di rigidità dei licenziamenti elaborato dall'OCSE

⁴⁶ Mi permetto, sul punto, di rinviare a V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *op. cit.*, 305 ss., con ampia indicazione di studi e dati sul tema.

⁴⁷ Oltre agli AA. citati in V. SPEZIALE, *op. cit.*, 305 ss., si vedano anche E. FABRIZI, V. PERAGINE, M. RAITANO, *op. cit.*, 57 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche); R. REALFONZO, *La favola dei superprotetti. Flessibilità del lavoro, dualismo e occupazione in Italia*, in *Economia e Politica*, 26 settembre 2014; A. PACELLA, R. REALFONZO, G. TORTORELLA ESPOSITO, *Flessibilità del lavoro e competitività in Italia*, in *DLM*, 2014, n. 1, 57 ss. (a cui si rinvia per la bibliografia). Anche Francesco Santoni, nel commentare la riforma dell'art. 18 perseguita dalla legge-delega, rileva: «non vi è alcuna diretta dimostrazione che la flessibilità in uscita [...] possa concretamente favorire la ricerca e lo sviluppo dell'occupazione» (F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, ADAPT University Press, 2014, 105 del [dattiloscritto](#)).

⁴⁸ P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione introduttiva al convegno del Centro nazionale Studi di diritto del lavoro “Domenico Napoletano”, Pescara, 11-12 maggio 2012, in www.pietroichino.it, 5. Lo stesso A., peraltro, è un entusiastico sostenitore del *Jobs Act* che consentirebbe il passaggio da un sistema di *job property* ad uno fondato su una riduzione delle protezioni dai licenziamenti, che dovrebbero essere compensate da maggior tutele nel mercato del lavoro.

anche per il nostro Paese⁴⁹. E questo in un contesto che vedeva comunque l'Italia – prima delle innovazioni introdotte dalla Fornero – al 18° posto (su 28 Paesi) nel *ranking* di quelli con le tutele più forti in tema di recesso individuale, nell'ambito, oltretutto, di una rilevazione statistica dove la reintegrazione pesa «solo per un 15° del totale degli indici di protezione del licenziamento individuale»⁵⁰ ed ha un'influenza modestissima sulla nostra posizione in graduatoria⁵¹.

Soltanto il carattere fortemente ideologico di queste elaborazioni teoriche e la volontà di diminuire le tutele contro i licenziamenti – restituendo al datore di lavoro più potere nella interruzione del contratto – possono in verità spiegare quanto sta accadendo.

La riforma del contratto a termine e della disciplina dei licenziamenti, dunque, difficilmente potrà realizzare gli obiettivi di crescita dell'occupazione perseguita dal Governo. Anche perché, soprattutto nel nostro Paese, la preoccupante situazione dei livelli occupazionali è soprattutto espressione di una carenza di domanda aggregata e del basso livello di investimenti produttivi⁵². Tuttavia l'azione dell'esecutivo può essere spiegata per quelle ragioni di subalternità culturale e di scambio tra flessibilità del lavoro e vincoli di bilancio che sono stati già esaminati (§ 2).

Il Governo Renzi, tra l'altro, nelle sue linee di politica del diritto si muove in un'ottica esclusivamente economica di (presunto) incremento dei livelli occupazionali che trascura completamente la dimensione giuridica dei

⁴⁹ Infatti, tale indice «ha registrato una diminuzione di 0,17 punti» a seguito in particolare della «restrizione dell'area del reintegro per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato nel caso di licenziamento illegittimo [...] e [della] riduzione degli oneri addizionali per i licenziamenti collettivi [...], parzialmente compensata da un aumento degli oneri procedurali per i licenziamenti individuali» (SISTEMA PERMANENTE DI MONITORAGGIO DELLE POLITICHE DEL LAVORO, *op. cit.*, 42).

⁵⁰ M. LEONARDI, *L'indennità nell'incertezza*, in *Lavoce.info*, 27 marzo 2012.

⁵¹ Rinvio sul punto, per ulteriori approfondimenti, a V. SPEZIALE, *op. cit.*, 306 ss.

⁵² «L'esame comparativo dei dati dell'economia italiana e dei principali Stati membri della zona euro, come la Francia e la Germania (e, talvolta, dell'OCSE), conferma la forte correlazione tra tutte le variabili rilevanti di cui sopra. Semplici esercizi econometrici dimostrano la validità della direzione di causalità ipotizzata. In particolare, appare chiara una forte diminuzione del livello della domanda aggregata italiana causata da una diminuzione drammatica dei consumi che a sua volta è generata dalla sensibile riduzione della quota dei salari sul Pil, dalla marcata diminuzione del salario indiretto, vale a dire la spesa pubblica, in particolare nelle dimensioni sociali, dall'aumento della disuguaglianza e dalla pressione sul lavoro e sui salari causata da una forte flessibilità del lavoro e dalla conseguente creazione di posti di lavoro precari. Il calo della domanda aggregata è la causa principale della riduzione del PIL e, più generalmente, della recessione» (P. TRIDICO, *La flessibilità del lavoro e la crisi dell'economia italiana*, in *Economia e Politica*, 17 aprile 2013).

problemi. La evidente riduzione delle tutele connessa alla diffusione di rapporti precari di lavoro o alla eliminazione della reintegrazione per i licenziamenti economici (che si affianca al suo ridimensionamento per quelli disciplinari) incide in modo assai pesante sulla fruibilità, da parte del lavoratore, di diritti fondamentali connessi al rapporto di lavoro. Si pensi ad esempio all'esercizio dei diritti sindacali, alla rivendicazione di profili attinenti alla professionalità, alla sicurezza sul lavoro, al rispetto della contrattazione collettiva e così via. Bisognerebbe quindi quantomeno chiedersi se gli incerti o inesistenti obiettivi di crescita dell'occupazione siano tali da giustificare una modifica così importante di aspetti fondamentali del contratto di lavoro. Tuttavia queste esigenze non sono minimamente prese in considerazione quando si interviene sulla disciplina dei contratti a termine o dei licenziamenti, a dimostrazione della totale irrilevanza degli aspetti giuridici delle riforme relative a questi istituti.

5. La “concorrenza” tra rapporti di lavoro a termine e contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti

Se l'obiettivo di aumentare l'occupazione potrà difficilmente realizzarsi, soprattutto in presenza di una dinamica del PIL assai ridotta⁵³, tuttavia il nuovo assetto previsto dalla legge-delega potrebbe incidere sulla ripartizione delle nuove assunzioni effettuate dal 2015 in poi e legate a processi fisiologici di turn over nelle imprese. Si è già visto che, in passato, si è assistito ad un processo di sostituzione di lavoro stabile con contratti a termine. Si tratta di verificare se il nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, che dovrebbe essere fortemente incentivato dal punto di vista normativo ed economico, sia in grado di rovesciare questa tendenza che, fino ad oggi, non è stata certamente contrastata dalla forte liberalizzazione del lavoro a tempo determinato effettuato con la l. n. 78/2014.

Da questo punto di vista si verificherà una ipotesi, in verità non nuova nel nostro ordinamento, di una possibile concorrenza tra istituti⁵⁴, dove l'uno potrebbe rendere inefficace l'altro, a meno che non si verifichi un possibile

⁵³ L'Istat ha certificato che nel terzo trimestre del 2014 il PIL è diminuito dello 0,1% rispetto al trimestre precedente (cfr. ISTAT, *III trimestre 2014. Stima preliminare del Pil*, Statistiche Flash, 14 novembre 2014, in www.istat.it.) in un contesto chiaramente di recessione economica che non lascia grandi speranze per una crescita sostenuta nel 2015.

⁵⁴ Il riferimento è alla concorrenza tra somministrazione di manodopera ed appalto di opere e servizi previsti dal d.lgs. n. 276/2003.

cumulo nella diffusione di entrambi. Infatti, almeno alla luce del dibattito attualmente in corso, la revisione delle tipologie contrattuali e l'introduzione del nuovo rapporto a tutele incrementali non sembra dover incidere sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato prevista dalla l. n. 78/2014 (si veda *infra*, § 6). Da questo punto di vista ed in considerazione della coesistenza tra i due istituti, il contratto a tutele crescenti potrà avere una capacità attrattiva superiore al lavoro a termine soltanto se sarà in grado di garantire benefici economici e/o normativi superiori rispetto al secondo, favorendone la diffusione. Questo effetto sostitutivo “alla rovescia” (dalla precarietà ad un contratto più stabile) non potrebbe che essere accolto positivamente, perché invertirebbe il pericoloso trend della diffusione abnorme di rapporti a termine che ha caratterizzato gli ultimi 13 anni e che si è particolarmente accentuato dal 2008 in poi.

Un primo aspetto che potrebbe rendere più competitivo il contratto a tutele crescenti è la possibilità di interrompere il rapporto di lavoro senza applicare l'art. 18 Stat. lav., ed utilizzando la nuova disciplina speciale di recesso più flessibile prevista per questa tipologia contrattuale (si veda *infra*, § 7). Questa agevolazione potrà essere cumulata con le nuove regole in tema di incentivi alle assunzioni previste nella legge di stabilità in discussione in Parlamento, che saranno erogati per una durata massima di 36 mesi. La combinazione di questi due fattori potrebbe, in effetti, rendere più conveniente il nuovo rapporto a t. indeterminato rispetto a quello a termine.

In realtà non credo che questa sarà la situazione. Infatti, a parte l'entità della indennità risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo (che avrà valore decisivo sulla teorica “attrattività” del nuovo istituto), non va dimenticato che l'attuale disciplina del contratto a tempo determinato è molto favorevole per le imprese. Attualmente, nell'ambito dei 36 mesi, è possibile stipulare rapporti a termine privi di causale (ed anche per soddisfare esigenze di lavoro stabili) che, nel rispetto degli intervalli tra un contratto e l'altro ed utilizzando le cinque proroghe, consentono al datore di lavoro di avere una elevata flessibilità nell'utilizzo della forza lavoro per un periodo di 3 anni. Tra l'altro, tale flessibilità sarebbe ancora più evidente qualora venisse accolta l'interpretazione secondo la quale ciascun contratto a termine può essere prorogato fino a cinque volte e che le cinque proroghe non costituiscono un limite massimo utilizzabile nell'ambito dei 36 mesi⁵⁵.

In questo contesto, la “appetibilità” del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti potrebbe essere fortemente ridotta. Anche in presenza di

⁵⁵ Su tale aspetto si veda *retro* gli AA. citati nella nota 42.

indennità di risoluzione del contratto molto ridotte dal punto di vista economico nel periodo iniziale di assunzione, non si vede quale sarebbe la convenienza nell'utilizzare questa forma contrattuale vista la possibilità di reiterare in modo così accentuato i contratti a tempo determinato fino a 3 anni e senza dover sostenere alcun costo connesso alla cessazione del rapporto di lavoro⁵⁶. La nuova disciplina del termine, infatti, consente, nei limiti dei 36 mesi, di coniugare brevità dei contratti e loro continuità nel tempo, senza necessità di dover affrontare il rischio, proprio del contratto a tutele crescenti, di dover sopportare un costo (anche limitato) nel caso di accertamento della illegittimità del licenziamento⁵⁷. Senza dimenticare, tra l'altro, che il nuovo rapporto a t. indeterminato continuerà ad assicurare ai lavoratori una tutela reintegratoria piena per i recessi discriminatori ed una più ridotta (rispetto al vigente art. 18 Stat. lav.) per quelli disciplinari (si veda *infra*, § 7). Il che renderà ancora meno conveniente la scelta a favore della nuova tipologia contrattuale, perché il rischio connesso ad un licenziamento illegittimo potrebbe avere ancora una sua consistenza.

In tale situazione, si potrebbe assistere ad un vero e proprio processo di incremento della precarietà. Infatti il datore di lavoro, con il modesto costo contributivo aggiuntivo dell'1,4%, potrebbe utilizzare per 3 anni un lavoratore con rapporti a termine. Quindi assumerebbe la stessa persona con un contratto a tutele crescenti, per poi licenziarlo dopo un certo numero di anni, fino a quando il costo del licenziamento non diventi eccessivamente oneroso. Non va dimenticato, infatti, che in base alla nuova disciplina del licenziamento per i nuovi assunti a t. indeterminato, il recesso economico ingiustificato sarà sanzionato esclusivamente con una indennità economica che, particolarmente nei primi anni di servizio, non sarà di consistente entità (si veda *infra*, § 7). Con la conseguenza che il datore di lavoro, adducendo un giustificato motivo oggettivo anche inesistente, potrebbe sempre interrompere il contratto con un "costo di separazione" assai limitato.

La situazione potrebbe essere diversa se la nuova tipologia contrattuale fosse fortemente incentivata anche dal punto di vista economico⁵⁸, secondo le linee guida previste dalla legge-delega, dove si afferma che il nuovo contratto dovrebbe essere reso più conveniente «in termini di oneri diretti ed indiretti» (art. 1, comma 7, lett. b). L'art. 12 della legge di stabilità 2015 prevede, per le assunzioni a t. indeterminato che saranno effettuate nel prossimo anno,

⁵⁶ Né potrebbe costituire un disincentivo al termine il modesto contributo aggiuntivo dell'1,4% previsto per la utilizzazione del tempo determinato.

⁵⁷ In tal senso anche F. SANTONI, *op. cit.*, 102 del [dattiloscritto](#).

⁵⁸ *Ibidem*.

l'esonero dal versamento dei contributi previdenziali a carico dei datori di lavoro, nei limiti massimi di euro 8.060 su base annua per quei lavoratori neoassunti che non abbiano lavorato con contratto stabile nei sei mesi precedenti. La relazione tecnica allegata alla legge prevede che potrebbero essere incentivati un milione di contratti nuovi nel 2015⁵⁹.

La normativa, attualmente ancora in discussione in Parlamento, potrebbe effettivamente favorire il contratto a protezioni crescenti rispetto ai rapporti a termine, anche perché si cumulerebbero consistenti vantaggi economici e la tutela più ridotta per i licenziamenti. Tuttavia vi è il rischio di un effetto solo apparente di riduzione della precarietà. Infatti in assenza di misure economiche premiali o di sanzioni qualora non si proceda alla effettiva stabilizzazione del lavoratore, il datore di lavoro potrebbe lucrare su minori oneri contributivi connessi a questa nuova tipologia contrattuale. Poi, quando ci si avvicina alla soglia temporale che determina un innalzamento dei “costi di separazione” legati al recesso, potrebbe decidere di interrompere il contratto pagando una ridotta indennità risarcitoria. In questo modo potrebbe cumulare i benefici economici e la flessibilità nell'interruzione del contratto, senza che si realizzi l'effettiva assunzione stabile dei lavoratori (che è l'obiettivo principale della legge). Tra l'altro in questo caso si realizzerebbe quella situazione di possibile successione tra un triennio di rapporti a termine ed altri anni di contratto a tutele crescenti – poi risolto a costi contenuti –, che incentiverebbe ulteriormente la precarietà dell'occupazione.

L'unica soluzione sarebbe quella di introdurre la “condizionalità” dei benefici economici. Questi ultimi, infatti, dovrebbero essere subordinati all'assunzione del lavoratore, con la previsione di una penalizzazione – magari non integrale, come ad esempio la perdita soltanto di una parte degli sgravi – se non si procede alla definitiva assunzione a t. indeterminato. Nel testo del disegno di legge di stabilità presentato dal Governo ed attualmente in discussione in Parlamento di tale “condizionalità” non vi è traccia. Vi è quindi il concreto rischio, se non vi saranno modifiche nel testo della legge, di un uso anomalo dell'istituto, senza che si realizzi l'obiettivo della trasformazione dei contratti a termine in rapporti di lavoro stabili ed anzi incrementando la precarietà complessiva nel mercato del lavoro⁶⁰.

⁵⁹ Su tali incentivi si veda B. ANASTASIA, [Tempo indeterminato: gli incentivi nella manovra](#), in [Lavoce.info](#), 4 novembre 2014, che ritiene plausibile la stima di nuovi assunti effettuata nella legge di stabilità. L'A. rileva anche che, mediamente, l'importo medio dell'incentivo scenderà, sempre su base annua, a euro 5 mila per ogni assunzione.

⁶⁰ Va ricordato, tra l'altro, che le esperienze già realizzate in materia di incentivi alla costituzione di rapporti di lavoro stabili (come ad esempio quelli introdotti nel 2012)

6. Il riordino e la semplificazione delle tipologie contrattuali

Il comma 7 dell'art. 1 prevede l'introduzione di «un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro». In tale ambito occorre «individuare ed analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, al fine di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali» (comma 7, lett. a). Vi dovrebbe quindi essere sia il riordino strutturale (il testo unico), sia la riduzione dei contratti, con la possibilità di abrogare «le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili con le disposizioni del testo organico semplificato, al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative» (comma 7, lett. i)⁶¹.

Nel suo Intervento al Senato, il Ministro Poletti, dopo aver ribadito l'intento di semplificazione, riduzione e modifica dei contratti, ha sostenuto che in particolare dovrebbero essere eliminate le «forme meno utili e più precarizzanti quali il contratto di collaborazione a progetto. Naturalmente questa azione, che va estesa a tutte le forme contrattuali, dovrà tenere conto delle diverse finalità di ogni forma contrattuale anche in relazione alle effettive opzioni alternative che la nuova disciplina renderà disponibili»⁶².

È stata proposta una prima lettura di queste disposizioni della legge-delega che autorizzerebbe una revisione globale di tutte le tipologie contrattuali senza alcuna distinzione. Con la conseguenza, ad esempio, che anche l'art. 2094 c.c. potrebbe essere modificato e sono già in circolazione articolati, più o meno attendibili, che modificherebbero questa norma base del diritto del lavoro, introducendo una nuova definizione di lavoro subordinato ed inserendo anche

dimostrano che, da un lato, le conversioni da rapporti precari in assunzioni a tempo indeterminato si sarebbero realizzate, per oltre il 55%, indipendentemente dall'erogazione degli incentivi e, dall'altro, sottolineano come l'incentivo funzioni meglio «quando non prevede un vincolo all'incremento della base occupazionale» (come ad esempio è stabilito nella recente legislazione sul “bonus giovani” regolato dal d.l. n. 76/2013. Cfr. E. CIANI, G. DE BLASIO, *A volte funzionano: i sussidi alla stabilizzazione dei precari*, in *Lavoce.info*, 24 giugno 2014). Pertanto, se queste analisi sono corrette, l'esecutivo otterrebbe il risultato di incentivare soprattutto assunzioni nell'ambito dei 36 mesi che poi non necessariamente si tradurrebbero nella stabilizzazione dei lavoratori.

⁶¹ Su questa parte della delega si veda F. SANTONI, *op. cit.*, 98 ss. del [dattiloscritto](#).

⁶² Intervento del Ministro del lavoro Poletti, *cit.*, 4.

la nozione di “dipendenza” economica nel lavoro autonomo, secondo una prospettiva da tempo proposta da Pietro Ichino⁶³.

In realtà non mi sembra che questa interpretazione sia possibile. La prima parte del comma 7, infatti, specifica con molta precisione che sia la semplificazione (con la predisposizione del testo unico), sia la revisione ed il riordino dei contratti devono essere effettuati «allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l’attività ispettiva». Dunque la revisione dovrebbe riguardare tutti i contratti che sono strettamente connessi all’accesso all’occupazione o alla flessibilità nel mercato del lavoro e non anche, ad esempio, l’art. 2094 c.c., la cui struttura generale non è direttamente connessa alle finalità individuate dalla delega. Le stesse conclusioni possono essere espresse per la pretesa, già espressa da Pietro Ichino, di sostituire l’intera legislazione del lavoro di fonte nazionale con un Codice semplificato, per il quale verrebbe riproposto il testo formulato da questo autore e da Michele Tiraboschi⁶⁴. Questo Codice, infatti, riguarda materie assai più ampie di quelle a cui fa riferimento il comma 7 dell’art. 1 della legge-delega⁶⁵.

L’esigenza di procedere alla predisposizione di «un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro» è sicuramente apprezzabile. Non vi è dubbio che l’inserimento in un unico corpus normativo di varie discipline potrebbe facilitare la conoscibilità delle norme ed il loro accesso. Va detto peraltro che le tipologie contrattuali esistenti hanno regole molto complesse, la cui eliminazione potrebbe tradursi non in una semplificazione, ma in una vera e propria sottrazione di tutele. Non vi è dubbio infatti che abrogare disposizioni superflue o ripetizioni è una riforma molto complicata se ha l’obiettivo di mantenere immutato lo standard di protezione garantito ai lavoratori. Mentre, ovviamente, altra cosa è una semplificazione che comporta la riduzione di diritti derivanti da norme

⁶³ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. I, Giuffrè, 2000, 28 ss., 52 ss., 300 ss.

⁶⁴ Cfr. [Il Codice semplificato del lavoro 3.0.](#), in www.pietroichino.it. In senso conforme all’opinione espressa nel testo si veda anche F. SCARPELLI, Intervento al convegno *La politica del lavoro del Governo Renzi – Seminari di Bertinoro “Dialoghi di diritto del lavoro tra cielo e mare” – X edizione*, Bologna, 23-24 ottobre 2014, 1 ss. del dattiloscritto.

⁶⁵ Basti pensare che, oltre alla definizione di imprenditore (e piccolo imprenditore), impresa, ecc., sono regolati tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, dal patto di prova all’età minima lavorativa, alla sicurezza e tutela della riservatezza, all’inquadramento professionale, al recesso del lavoratore, al licenziamento, ecc.

inderogabili di legge o del contratto collettivo. La questione è dunque molto delicata e tutto dipende da come questa revisione verrà realizzata.

L'eliminazione del contratto di lavoro a progetto, a cui ha fatto riferimento il Ministro del lavoro e che ha trovato autorevoli consensi⁶⁶, in effetti è una proposta ragionevole. Questa tipologia contrattuale, per la mancanza di una precisa definizione della nozione di "progetto" e per una sua evidente utilizzazione in funzione elusiva del lavoro subordinato, ha determinato un consistente contenzioso ed è stata fonte di accese controversie teoriche. La riforma Fornero, con la previsione di vincoli più stringenti in sede di definizione del contratto, con la specificazione di sanzioni più precise in caso di uso scorretto dell'istituto e con l'ulteriore innalzamento della contribuzione previdenziale a carico delle parti aveva già determinato, dopo un anno dalla approvazione della l. n. 92/2012, un "forte ridimensionamento" di questa tipologia contrattuale⁶⁷, proseguito nel corso del 2013⁶⁸.

Ovviamente l'eliminazione del lavoro a progetto pone delicati problemi in relazione alla opportunità di garantire la esistenza, tra lavoro subordinato ed autonomo, delle collaborazioni continuative e coordinate, che, in molti casi, rispecchiano esigenze oggettive di prestazioni fortemente integrate con una organizzazione produttiva e svolte in regime di autonomia. L'art. 69-bis del d.lgs. n. 276/2003, dopo la riforma del 2012, ha sicuramente contribuito a scoraggiare la diffusione delle "false partite Iva" con un meccanismo presuntivo che aveva conseguenze assai pesanti. Infatti, in presenza delle condizioni ivi specificate, le prestazioni di lavoro autonomo si trasformavano in collaborazioni coordinate continuative senza progetto e, quindi, si convertivano nel rapporto di cui all'art. 2094 c.c. La questione deve essere oggi interamente rivista e si potrebbe stabilire che, quando vi sono i presupposti contenuti nell'art. 69-bis, operi una presunzione di lavoro subordinato. Oppure, se si ritiene che si tratterebbe di una conseguenza

⁶⁶ P. ICHINO, [Contro la leggenda metropolitana dei 50 tipi di contratto di lavoro](#), in [www.pietroichino.it](#), 13 ottobre 2014, il quale rileva che «Con la ormai prossima introduzione del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti è sensato abrogare il "lavoro a progetto", come sottotipo delle co.co.co.». F. SANTONI, *op. cit.*, 103 del [dattiloscritto](#), ritiene che il lavoro a progetto potrebbe essere assorbito nel contratto a protezioni crescenti.

⁶⁷ SISTEMA PERMANENTE DI MONITORAGGIO DELLE POLITICHE DEL LAVORO, *op. cit.*, 38 (con una rilevazione riferita al periodo luglio 2012-giugno 2013).

⁶⁸ Le collaborazioni a progetto, nel 2013, sono state pari a 502.834 (INPS, [Il lavoro parasubordinato. Aggiornamento all'anno 2013](#), in [www.inps.it](#), 2014, 9). Un numero veramente esiguo e che fa giustizia, tra l'altro, dell'opinione – largamente diffusa qualche anno fa – del (presunto) enorme incremento del lavoro autonomo in conseguenza della "fuga" dalla eccessiva rigidità del lavoro subordinato.

eccessiva, creare una figura di “lavoro economicamente dipendente” a cui estendere alcune e non tutte le tutele del lavoro subordinato⁶⁹.

Nel testo approvato dal Parlamento è stato introdotto un emendamento che, pur se riferito al compenso orario minimo, può indicare la volontà del Parlamento di autorizzare il Governo ad eliminare non solo il lavoro a progetto ma tutti i rapporti di collaborazione continuativa e coordinata, rispetto ai quali si parla di un vero e proprio «loro superamento»⁷⁰. Questo intento può essere condiviso soltanto nell’ambito di una riforma complessiva che introduca l’istituto del lavoro economicamente dipendente, al cui interno i co.co.co. (dopo l’eliminazione del lavoro progetto) verrebbero assorbiti. Mentre, se si traducesse nell’eliminazione di tutte le collaborazioni continuative e coordinate rischierebbe di negare quelle esigenze di prestazioni di lavoro autonomo fortemente integrate con le imprese che, come si è già detto, costituiscono una caratteristica della nostra realtà produttiva. La riforma, in questo caso, avrebbe una sua radicalità che non sarebbe in linea con l’esigenza di ridimensionare i contratti per rendere più coerenti «con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo» che, al contrario e seppure in forma residuale (visto che non si tratta di forme contrattuali di grandissima diffusione), richiedono alcune tipologie di lavoro autonomo coordinato⁷¹.

A parte questi aspetti, una revisione delle tipologie contrattuali in correlazione con le esigenze occupazionali e produttive nazionali ed internazionali è

⁶⁹ In coerenza con l’ipotesi prospettata da Pietro Ichino (P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit.; [Contro la leggenda metropolitana dei 50 tipi di contratto di lavoro](#), cit.). Si vedano anche le osservazioni di A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, 1996, 227, che già quasi vent’anni fa rilevava come, nelle ipotesi in cui si manifesta l’esigenza della protezione di un lavoratore economicamente “debole”, fosse opportuno estendere selettivamente a tale figura «tutele essenziali non giustificabili in astratto esclusivamente nell’ottica della subordinazione tradizionale».

⁷⁰ Il riferimento è alla lett. g del comma 7 dell’art. 1, che, dopo l’emendamento, ha il seguente tenore: «introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo, applicabile ai rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato, nonché, *fino al loro superamento*, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa» (corsivo dell’A., ndr). Analoga previsione è stabilita dall’art. 1, comma 2, lett. b, n. 3, relativa all’estensione dell’ASpI ai co.co.co. Come si vede le disposizioni sono riferite a tutti i collaboratori continuativi e coordinati e non solo al lavoro a progetto che il Ministro Poletti, nel suo intervento al Senato, aveva dichiarato sarebbe stato eliminato.

⁷¹ Nella sua [relazione alla Commissione Lavoro della Camera del 26 novembre 2014](#) (in www.pietroichino.it), Pietro Ichino, peraltro, sottolinea che le parole «fino al loro superamento» non implicheranno la abrogazione delle collaborazioni continuative e coordinate diverse dal lavoro a progetto (che sarà invece eliminato). L’intento, come indicato nel testo, è quello di inserire le co.co.co. nel riordino e nella semplificazione dei contratti di lavoro e nella ridefinizione dei confini dell’area del lavoro economicamente dipendente.

sicuramente utile e potrebbe consentire anche l'abrogazione di alcuni contratti di scarsa utilizzazione, come la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato o il *job sharing*, oppure ridurre od eliminare alcune distorsioni di altre tipologie contrattuali.

Dal punto di vista teorico, la delega potrebbe incidere anche sulla revisione della disciplina del contratto a tempo determinato o della somministrazione a termine, che sono istituti tipici della flessibilità del mercato del lavoro. Tuttavia sarebbe assai strano che il legislatore intervenisse nuovamente su norme recentemente riformate, anche se, nell'art. 1 del d.l. n. 34/2014, la liberalizzazione dei rapporti a termine veniva considerata come una regolazione transitoria per far fronte alla perdurante crisi occupazionale e nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato del lavoro e del contratto a t. indeterminato a protezione crescente. Pertanto, in base a quanto lo stesso legislatore ha previsto e nel momento in cui si decide di rielaborare in senso complessivo tutte le tipologie contrattuali connesse alla flessibilità, potrebbe avere senso rivedere anche il contratto a tempo determinato.

Tuttavia, il Governo ha chiaramente lasciato intendere che la liberalizzazione del rapporto a termine è finalizzata a migliorare i livelli occupazionali del Paese. Mentre il contratto a tutele crescenti dovrebbe acquisire il valore di un'ulteriore risorsa normativa a disposizione delle imprese per incrementare i posti di lavoro, lasciando agli imprenditori la scelta tra le due tipologie contrattuali alla luce di incentivi economici e normativi. In questo contesto sembra assai difficile ipotizzare un'ulteriore riforma del contratto a t. determinato, anche in considerazione della brevità del tempo trascorso dall'ultima innovazione legislativa in materia.

7. Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e l'art. 18 Stat. lav.

L'art. 1, comma 7, lett. c, della legge-delega contempla la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento». Il nuovo istituto è quello su cui si è maggiormente incentrata la discussione e la

polemica politica per l'alto valore simbolico della ulteriore riforma, dopo quella del 2012, dell'art. 18 Stat. lav. e per la forte connotazione ideologica della materia, connessa alla correlazione tra incremento dell'occupazione e riduzione delle tutele nei licenziamenti⁷².

La formulazione della disposizione approvata al Senato aveva un contenuto assai ampio e la dizione “*tutele crescenti*” avrebbe potuto essere letta come riferita non al solo licenziamento ma ad altri aspetti del rapporto di lavoro, come ad esempio la retribuzione, la sicurezza, l'orario di lavoro e così via. Anche in queste ipotesi, in sostanza, avrebbero potuto essere introdotte discipline diverse da quelle ordinarie e modulate in relazione alla anzianità di servizio. Il testo finale lascia invece chiaramente intendere che la graduazione delle tutele avverrà soltanto in relazione al recesso, in coerenza con il dibattito che si è svolto sul punto e con le stesse dichiarazioni rilasciate dal Ministro Poletti⁷³. L'esecutivo, dunque, intende operare in coerenza con un preciso orientamento della Commissione europea⁷⁴ e di alcune opinioni della dottrina (Boeri-Garibaldi, Ichino) che avevano formulato proposte in tal senso⁷⁵.

La legge-delega è assai chiara nello stabilire che la riforma riguarderà soltanto «le nuove assunzioni», come si desume dal suo tenore letterale e dalle stesse dichiarazioni del Ministro del lavoro al Senato, che tra l'altro collega gli incentivi economici a quelli normativi, per garantire al contratto maggiore “attrattività” per favorire nuove opportunità di occupazione⁷⁶. La disciplina dei licenziamenti, dunque, sarà caratterizzata dalle regole dell'art. 18 Stat. lav. oggi vigente (nel suo ambito di applicazione) e da una nuova normativa speciale, riferita soltanto ai contratti stipulati da una certa data in poi (definita dal decreto legislativo).

La legislazione delegata non potrebbe mai occuparsi dell'art. 18 dello Statuto in relazione ai contratti già in essere. Se operasse in tal modo vi sarebbe una

⁷² Su questi aspetti rinvio *retro* al § 4. Sul punto si veda anche A. GARILLI, *op. cit.*, 7 ss.

⁷³ Il Ministro ha infatti dichiarato che «il Governo intende modificare il regime del reintegro così come previsto dall'art. 18, modificato dalla legge n. 92/2012, eliminandolo per i licenziamenti economici e sostituendolo con un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità».

⁷⁴ Si veda *retro* § 2 e nota 14.

⁷⁵ T. BOERI, P. GARIBALDI, *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, 2008; P. ICHINO, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, Mondadori, 2011, 126-127.

⁷⁶ Inoltre, la prima parte del comma 7 espressamente rileva che le riforme – incluso il nuovo contratto a tempo indeterminato – sono dirette a «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro». Il che ne limita l'ambito applicativo ai rapporti di lavoro non ancora esistenti.

chiara violazione dell'art. 76 Cost. Infatti, la discrezionalità del legislatore «può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto da tali margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente (*ex plurimis*, sentenze n. 119 del 2013, n. 272 del 2012, n. 293 del 2010 e n. 98 del 2008)». In alcune ipotesi, «neppure il silenzio del legislatore delegante su specifico tema può impedire, a certe condizioni, l'adozione di norme da parte del delegato (sentenza n. 134 del 2013), trattandosi in tal caso di verificare che le scelte di quest'ultimo non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega (sentenza n. 272 del 2012)»⁷⁷. In relazione a questo aspetto specifico non vi è alcun dubbio che la “ratio” della delega e gli “indirizzi generali” espressi (introdurre regole per «le nuove assunzioni» al fine di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro» non consentono in alcun modo di incidere sulla disciplina della stabilità reale prevista per i lavoratori già occupati. Ne deriva che il “silenzio” sull'art. 18, se non impedisce di riformare il suo contenuto per i nuovi contratti, non permette in alcun modo di estendere la riforma anche a coloro che sono già dipendenti.

Tra l'altro, la legge-delega non autorizza neanche la introduzione di norme di interpretazione autentica che cerchino di risolvere le incertezze applicative dell'attuale formulazione dell'art. 18 dopo la riforma Fornero, in coerenza con una tesi che sembra circolare in ambienti accademici e del Governo. Il comma 7 dell'art. 1, infatti, consente solo la abrogazione delle disposizioni che contrastano con «il testo organico semplificato, al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative» (lett. *i*). La interpretazione autentica, non è dunque contemplata, anche perché, in questo caso, non sarebbe riferita al riordino dei contratti, ma ad una diversa materia (i licenziamenti). In aggiunta, il legislatore, quando ha voluto prevedere la possibile emanazione di norme interpretative lo ha espressamente detto, come nel caso della «semplificazione e razionalizzazione delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro» (comma 5). In questo caso, infatti, il comma 6 ha stabilito la possibile «semplificazione, anche mediante norme di carattere interpretativo, o abrogazione delle norme interessate da rilevanti contrasti interpretativi, giurisprudenziali e amministrativi» (lett. *b*).

⁷⁷ C. cost. 13 marzo 2014, n. 47, in *DeJure*, 5. Per ulteriori sentenze della Corte costituzionale in materia (oltre a quelle già indicate nella decisione già citata) cfr. le relazioni del Presidente della Corte costituzionale del 27 febbraio 2014 (220 ss.) e del 18 aprile 2013 (170 ss.) entrambe reperibili in www.cortecostituzionale.it.

Una simile disposizione, nel comma relativo al contratto a tutele crescenti, non è prevista.

L'assetto legislativo che scaturirà dai decreti delegati avrà quindi un carattere "binario", con una disciplina dei licenziamenti per chi è già occupato e un'altra per chi ha appena stipulato un contratto di lavoro. Se le differenze tra i due regimi saranno particolarmente accentuate, si potrebbe porre un delicato problema di violazione del principio di eguaglianza ai sensi dell'art. 3 Cost. La questione è molto complessa in linea generale, ed impossibile da risolvere, comunque, in assenza della esatta individuazione della normativa per i nuovi assunti (che è elemento essenziale ai fini della comparazione tra le due discipline giuridiche per il giudizio di costituzionalità). La differenza nei contenuti delle norme, come è noto, non contrasta con la Costituzione quando devono essere regolate situazioni differenti. Inoltre la diversità di discipline deve essere vagliata alla luce di un principio di ragionevolezza, ricordando che una disposizione difforme può essere censurata per carenza di giustificazione adeguata della distinzione normativa o per mancanza di proporzione rispetto all'obiettivo perseguito⁷⁸. Molto, dunque, dipenderà dal contenuto della normativa di dettaglio. Va detto, peraltro, che l'obiettivo di ridurre le tutele per incrementare l'occupazione non è di per sé tale da legittimare differenze eccessive od irrazionali. Tali principi dovranno dunque essere attentamente valutati dal legislatore delegato.

In relazione al contenuto del nuovo contratto a t. indeterminato, la delega, oggi meno generica rispetto alla formulazione originaria, lascia ampi margini di discrezionalità al Governo. La riforma, comunque, è senza alcun dubbio orientata a ridurre ulteriormente l'ambito di applicazione della reintegrazione e ad accentuare la tutela esclusivamente monetaria nel caso di licenziamento illegittimo. Si tratta di una scelta che, oltre a non essere coerente con la disciplina di molti Paesi europei – dove la reintegra costituisce ancora uno strumento largamente diffuso anche per i licenziamenti ingiustificati⁷⁹ –, si muove in una dimensione tipica dell'approccio di *law and economics* che consente la esatta predeterminazione del costo del recesso e, di fatto, esclude il controllo del giudice sulle ragioni organizzative che sono a fondamento del

⁷⁸ Su tali aspetti si veda anche A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *op. cit.*, I, 65 ss., 70-71, 76 (a cui si rinvia per l'indicazione della giurisprudenza costituzionale). Sul principio di eguaglianza e sul controllo delle leggi esercitabile in base all'art. 3 Cost. cfr. anche A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 28 ss. (con ulteriori citazioni di giurisprudenza costituzionale).

⁷⁹ Si veda l'approfondito quadro comparato di analisi recentemente effettuato da M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa: studio comparato*, in *DLRI*, 2014, n. 141, 3 ss.

licenziamento. Ho già espresso critiche ad un'impostazione che "svalorizza" in modo sostanziale l'attività lavorativa e l'impresa quale luogo di realizzazione della persona alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale⁸⁰. Tuttavia mi sembra che questa tendenza sia ormai inarrestabile e foriera di sviluppi ulteriori, al momento non prevedibili.

La riforma che verrà introdotta è in parte diversa dalle ipotesi formulate dalla dottrina. Infatti, in alcune di esse, al periodo transitorio – durante il quale il lavoratore avrebbe potuto essere licenziato con un modesto "costo di separazione" – sarebbe seguito il regime ordinario del licenziamento previsto per tutti i lavoratori. Al contrario la legge-delega è orientata ad introdurre una disciplina completamente diversa rispetto all'art. 18 Stat. lav. vigente per i dipendenti già assunti, creando quella duplice regolamentazione di cui si è già parlato.

Le regole per i nuovi assunti dovrebbero essere le seguenti. La reintegrazione rimarrà per i licenziamenti discriminatori, probabilmente con l'applicazione della disciplina prevista dal comma 1 dell'art. 18. Per i licenziamenti disciplinari, la reintegra (presumibilmente con le stesse regole attualmente contenute nel comma 4 dell'art. 18) sarà conservata per «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato». Sembra dunque prefigurarsi una disciplina in cui vi sarà una tipizzazione delle varie ipotesi in cui dovrebbe essere possibile il recesso, superando quindi la tecnica della «insussistenza del fatto contestato», attualmente prevista dall'art. 18⁸¹. Nelle ipotesi diverse da quelle «specifiche» verrà previsto «un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio». Infine, per i recessi economici, la reintegrazione sarà abolita e vi sarà soltanto il risarcimento del danno, con predeterminazione di erogazioni economiche esattamente individuate e incrementate sempre in relazione alla anzianità. Si è poi previsto che occorrerà stabilire "tempi certi" per l'impugnazione del licenziamento.

La formulazione della legge, le indicazioni fornite dal Ministro e scaturenti dal dibattito politico non consentono di precisare molti aspetti. Vi è totale indeterminatezza su quali dovrebbero essere «le specifiche fattispecie», sulla entità dell'indennizzo nel periodo transitorio ed in quello di applicazione della disciplina ordinaria, se la nuova normativa verrà differenziata anche in relazione ad aspetti soggettivi (ad esempio l'età del lavoratore) o gli ambiti

⁸⁰ Ho esaminato in modo molto dettagliato le questioni indicate nel testo in V. SPEZIALE, *op. cit.*, 316 ss.

⁸¹ La previsione di una casistica dettagliata delle ipotesi in cui si applica la tutela reale è auspicata da F. SANTONI, *op. cit.*, 108 del [dattiloscritto](#).

oggettivi (il numero dei dipendenti)⁸². Tuttavia, alcune osservazioni possono essere fatte.

La nuova disciplina riguarderà i licenziamenti nulli e discriminatori, quello disciplinare ed i «licenziamenti economici». Non sono contemplati i recessi per giustificato motivo oggettivo per inidoneità fisica o psichica del lavoratore o per superamento del periodo di comporto, attualmente regolati dall'art. 18, comma 7, prima parte, della l. n. 300/1970. Si tratta, infatti, di ipotesi di giustificato motivo oggettivo connesse a requisiti soggettivi del lavoratore e non alle ragioni economiche dell'impresa⁸³. Pertanto una regolazione su questa materia sarebbe totalmente estranea alla delega, che, sul punto, è chiarissima. E tale chiarezza, tra l'altro, è confermata dal dibattito pubblico e dagli stessi lavori parlamentari, che non hanno mai riguardato questi licenziamenti, senza che, quindi, possa attribuirsi al "silenzio" del legislatore delegante sul punto valore interpretativo. Si tratterebbe, infatti, come si è già spiegato, di una normazione in contrasto con la "ratio" e gli "indirizzi generali" della legge-delega⁸⁴.

A parte il licenziamento discriminatorio (e probabilmente anche quello nullo o per motivo illecito determinante), dove nulla dovrebbe cambiare, nel recesso disciplinare la tutela reintegratoria dovrebbe essere ridimensionata alle ipotesi più rilevanti di mancanza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo indicate specificatamente dalla legge. Nel suo intervento al Senato, il Ministro Poletti aveva affermato che la reintegrazione sarebbe stata limitata ai recessi «ingiustificati particolarmente gravi»⁸⁵. Il testo approvato non fa riferimento alla "gravità" delle ipotesi. Tuttavia, alla luce del dibattito politico e parlamentare in atto, sarebbe strano che le "fattispecie" tipizzate non fossero riferite a situazioni particolarmente serie. In sostanza la reintegra dovrebbe essere comminata nei casi in cui l'assenza della giustificazione del recesso è

⁸² F. SANTONI, *op. cit.*, 101 del [dattiloscritto](#), rileva come, in base all'art. 6 della [direttiva 2000/78/CE](#), l'applicazione del nuovo istituto al fine di favorire l'occupazione giovanile non costituirebbe una discriminazione per età, purché risponda ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

⁸³ Su questi recessi mi permetto di rinviare a V. SPEZIALE, *op. cit.*, 337 ss.

⁸⁴ In senso contrario si esprime Pietro Ichino nella sua [relazione alla Commissione Lavoro della Camera](#), cit., 4, secondo il quale la reintegra dovrebbe essere esclusa per tutti i licenziamenti non disciplinari, compresi quelli «temporaneamente inefficaci per mancato superamento del periodo di comporto di malattia». Tuttavia questa opinione mi sembra non tenga conto del tenore inequivocabile della legge-delega e delle finalità da essa perseguite.

⁸⁵ Le parole tra virgolette riportate nel testo e quelle successivamente indicate sono tratte (salvo diverse indicazioni) dall'intervento del Ministro al Senato in sede di approvazione della delega, reperibile nel sito di questo ramo del Parlamento.

più evidente. Si pensi alle situazioni in cui il fatto contestato al lavoratore sia particolarmente lieve (ad esempio un licenziamento per un ritardo di pochi minuti) o se l'azione/omissione attribuita al lavoratore sia del tutto mancante (viene contestato un furto o un grave danneggiamento di materiali o attrezzature che in realtà non sono stati mai compiuti).

La disciplina attuale prevede la reintegra nel caso di sanzioni conservative previste dai contratti collettivi. Si tratta di un criterio razionale, che valorizza il ruolo dell'autonomia collettiva, che, nei due anni dalla entrata in vigore della riforma, ha svolto una funzione positiva⁸⁶. Non sappiamo se la nuova normativa confermerà questa linea di tendenza e quali spazi saranno riservati ai contratti collettivi. La tipizzazione contenuta nella legge, infatti, non sarebbe in contrasto con un rinvio in positivo alle ipotesi di giusta causa o giustificato motivo previste dalla contrattazione collettiva o, in negativo, ai fatti per i quali i CCNL prevedono soltanto sanzioni conservative.

Nel dibattito pubblico successivo all'approvazione del testo alla Camera, poi confermato al Senato, sono proposte le ipotesi più diverse, tutte tese ad ampliare o ridurre l'ambito di applicazione della reintegrazione. Mi sembra che l'indicazione delle «specifiche fattispecie» impone in ogni caso una loro tipizzazione all'interno della nuova disciplina. Tuttavia il Governo avrà una discrezionalità molto ampia, con possibilità di adottare una casistica più o meno restrittiva e senza che, in concreto, sia possibile un qualsiasi controllo sul contenuto di una normativa così delicata. Tutto sarà rimesso, quindi, alle più o meno visibili forme di «pressione» esercitate da organizzazioni sindacali, associazioni imprenditoriali e così via, oltre che alle scelte operate in sede ministeriale, che spesso seguono logiche del tutto imprevedibili ed assai lontane da quelle dei partiti politici e degli esperti in materia.

L'ammontare dell'indennità risarcitoria avrà valore determinate. La individuazione dell'entità del risarcimento del danno non è lasciata alla totale discrezionalità del legislatore. La materia dei licenziamenti, infatti, è regolata da fonti sovranazionali (art. 30 della Carta di Nizza; art. 24 della Carta sociale europea; Convenzione OIL n. 158/1982). Tali fonti non impongono la reintegrazione come «sanzione obbligata» in caso di recesso illegittimo e tale

⁸⁶ Sul ruolo svolto dai contratti collettivi dopo la riforma Fornero mi permetto di rinviare a V. SPEZIALE, [La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2013, n. 190, 24 ss., in particolare, 30 ss. Si veda anche M. BIASI, [Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2013, n. 181, 1 ss. In generale, per un’analisi dei primi orientamenti giurisprudenziali in materia cfr. anche C. GIORGIANTONIO, [Riforma del mercato del lavoro e giudizi sui licenziamenti individuali: prime evidenze](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 210, 1 ss.

principio è stato ribadito anche dalla nostra Corte costituzionale. Tuttavia l'indennizzo monetario, in coerenza con quanto stabilito dalla giurisprudenza europea in materia di licenziamenti collettivi e discriminatori, oltre che di contratto a termine, deve essere «adeguato, effettivo e dissuasivo»⁸⁷, in modo da costituire «efficace deterrente per il datore e proporzionato risarcimento del danno sofferto dalla vittima»⁸⁸.

La previsione di un risarcimento molto basso in una fase prolungata successiva all'assunzione potrebbe essere in contrasto con i principi descritti, vanificando l'intento del legislatore che vorrà probabilmente garantire – per un lungo arco temporale – la possibilità di licenziare con il pagamento di una indennità risarcitoria ridotta. Il decreto delegato potrebbe garantire al lavoratore, in caso di licenziamento illegittimo, una somma non irrisoria nel periodo iniziale (ad esempio 6 mesi di retribuzione nel primo anno, 8 nel secondo e 12 nel terzo), con applicazione, successivamente, da un minimo di 12 ad un massimo di 24 mensilità come oggi è previsto dalla riforma Fornero. In questo caso la normativa sarebbe coerente con la disciplina esistente in molti Paesi europei e, probabilmente, non si porrebbe in contrasto con le fonti sopranazionali, anche alla luce di legislazioni già esistenti nella Unione⁸⁹.

La situazione sarebbe molto diversa se invece si adottassero le regole proprie della Spagna. In questo Paese, nel caso di *despido improcedente* (identificato con un licenziamento non affetto da nullità ma da vizi di forma o assenza di prova delle ragioni giustificative), il datore di lavoro è tenuto al pagamento di una indennità risarcitoria pari a 33 giorni di retribuzione per anno lavorato sino ad un massimo di 24 mensilità⁹⁰. L'applicazione di questa disciplina in Italia comporterebbe che per un tempo assai lungo (ad esempio 10 anni), il recesso disciplinare non assistito da reintegra o quello economico potrebbe essere esercitato a costi molto contenuti per l'impresa⁹¹. Ora, a parte i profili di compatibilità con le fonti sovranazionali (che mi sembra non sussistano in

⁸⁷ G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 639.

⁸⁸ M.T. CARINCI, [Il rapporto di lavoro al tempo della crisi](#), relazione al XVII Congresso Nazionale Aidlass, [Il Diritto del Lavoro al tempo della Crisi](#), Pisa, 7-9 giugno 2012, 33. Sulle questioni indicate nel testo rinvio a V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., 310 ss. (con ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza).

⁸⁹ Per una recente approfondita valutazione comparata delle varie discipline oggi esistenti si veda M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 3 ss. Rinvio anche a V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., 315-316 (nota 61 in particolare).

⁹⁰ M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 34.

⁹¹ Poco meno di un anno, nel caso di anzianità pari a 10 anni; 6 mesi circa per una assunzione che dura da 5 anni.

questo caso), saremmo in presenza di un radicale abbassamento delle tutele contro i licenziamenti con tutti gli effetti negativi in termini di fruibilità dei diritti fondamentali già analizzati⁹².

Nel momento in cui si scrive, una delle ipotesi considerata tra le più plausibili è quella di riconoscere al lavoratore un risarcimento pari a un mese e mezzo di retribuzione per ogni anno di servizio con il limite massimo di 24 mesi (o di 36). Il datore di lavoro, inoltre, potrebbe offrire al lavoratore una mensilità retributiva per ogni anno di lavoro fino a un massimo di 24 (o di 18 mesi). Il lavoratore, accettando queste indennità – che dovrebbero essere esenti da oneri contributivi e fiscali –, rinunciarebbe all'azione giudiziaria o arbitrale diretta a contestare la legittimità del recesso. Questa normativa, se attuata, determinerebbe quella situazione negativa di riduzione di tutele che si è già descritta e porrebbe – per un arco temporale assai lungo – il problema della inadeguatezza del risarcimento a svolgere la funzione di deterrenza ed effettività richiesta dalla giurisprudenza europea.

Inoltre, è evidente che l'esiguità del costo dei licenziamenti economici di fatto determinerebbe la riduzione drastica del recesso disciplinare che concretamente non sarebbe più comminato, soprattutto per evitare il rischio del reintegro. Questa situazione potrebbe determinare profili di incostituzionalità della disciplina nella misura in cui, di fatto, priverebbe il lavoratore della protezione in caso di recesso per giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Oppure l'incostituzionalità potrebbe essere rilevata sotto il diverso profilo dello squilibrio tra le due tutele, qualora le differenze nei contenuti delle discipline (reintegrazione in un caso, risarcimento ridotto nell'altro) fossero così accentuate da non essere giustificate dalla diversità, pur esistente, tra il licenziamento disciplinare e quello economico⁹³.

Il quadro delle fonti sovranazionali, comunque, non consente di introdurre un diritto di recesso del datore di lavoro sottratto al controllo giudiziale e in ogni caso soggetto ad un indennizzo economico, secondo la proposta di Pietro Ichino, recentemente ribadita per il licenziamento economico⁹⁴. Infatti, sia alla luce degli orientamenti della Corte costituzionale, sia in base alle fonti sopra indicate, il recesso deve essere “causale” con possibilità per il lavoratore che ritiene di essere stato licenziato senza giustificazione di rivolgersi ad un

⁹² Si veda *retro* la parte finale del § 4.

⁹³ Le differenze tra i due tipi di recesso sono certamente esistenti ma non così ampie da giustificare distinzioni nelle discipline eccessivamente differenziate. Sul punto mi permetto di rinviare a V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., 349 ss.

⁹⁴ P. ICHINO, [La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori](#), cit.

giudice imparziale per valutare l'assenza o la presenza della ragione a fondamento del licenziamento⁹⁵.

Al contrario, non dovrebbe essere incompatibile con i principi indicati una normativa che prevedesse la possibilità per il lavoratore di optare per un'indennità inferiore a quella che otterrebbe in caso di accertamento della illegittimità del recesso in cambio della rinuncia ad impugnare il licenziamento⁹⁶. In questo caso, infatti, l'eliminazione del controllo giudiziale sarebbe frutto di una scelta del lavoratore molto simile a quella esercitata nell'ambito di una rinuncia o transazione. Anche se, ovviamente, occorrerebbe che la volontà del lavoratore fosse "assistita", secondo le modalità usuali previste dall'art. 2113 c.c., per evitare scelte non consapevoli dei diritti in gioco.

Un aspetto problematico è quello della disciplina dei licenziamenti collettivi. Nel testo della legge-delega approvato al Senato non vi era alcun riferimento a questa materia. Tuttavia, nella versione finale si parla di esclusione «per i licenziamenti economici» della reintegrazione, con un indennizzo solo monetario. La formulazione della legge – che tra l'altro si riferisce al plurale ai recessi per ragioni economiche (e quindi sia a quello individuale, sia a quello collettivo) – potrebbe consentire l'estensione di questa disciplina anche ai licenziamenti regolati dalla l. n. 223/1991. Ne deriverebbe l'eliminazione della reintegrazione nel posto di lavoro nel caso di violazione dei criteri di scelta, secondo quanto stabilito dall'art. 5, comma 3, della legge⁹⁷.

Il testo della legge prevede anche di intervenire sul regime di decadenza del licenziamento, con la previsione di "tempi certi". Dopo la l. n. 183/2010 e l'ulteriore riforma introdotta dalla l. n. 92/2012, i termini di impugnazione stragiudiziale o dinanzi al giudice sono esattamente definiti (60 e 180 giorni). Non si vede, dunque, la necessità di intervenire ulteriormente sulla materia. Probabilmente l'intenzione è quella di ridurre ulteriormente il periodo di

⁹⁵ Per l'analisi più approfondita di tale aspetto rinvio a V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., 311.

⁹⁶ Si tratta di una delle tante ipotesi in circolazione anticipate dalla stampa (F. FUBINI, [Lavoro, pronti indennizzi esentasse se licenziati non fanno causa](#), in *La Repubblica*, 15 novembre 2014) e considerata, come si è detto nel testo, tra quelle che più plausibilmente verranno introdotte.

⁹⁷ Non credo che il legislatore delegato voglia modificare anche il regime sanzionatorio previsto per il licenziamento collettivo privo di forma scritta (oggi disciplinato dal comma 1 dell'art. 18 Stat. lav.), anche se la formulazione della delega non escluderebbe questa possibilità. Se così facesse, peraltro, si porrebbe un problema di compatibilità – sotto il profilo del principio di uguaglianza – tra la diversa disciplina prevista per i recessi individuali e collettivi.

decadenza, penalizzando in misura maggiore il lavoratore ed allo scopo di rendere più problematico l'accesso alla tutela giurisdizionale.

La riforma dei licenziamenti nel contratto a tutele crescenti è diretta, secondo il Ministro del lavoro, anche ad escludere gli elementi di incertezza ed a limitare la discrezionalità del giudice in questa materia. Si tratta di un obiettivo sicuramente condivisibile. Le modifiche del 2012, oltre ad aver peggiorato il livello di tutela del lavoratore, hanno introdotto una formulazione dell'art. 18 certamente non immune da critiche e tale da consentire letture anche molto diverse della norma, con conseguente incremento del potere di interpretazione del magistrato⁹⁸. Indubbiamente, la previsione dell'indennizzo economico per il licenziamento ingiustificato ridurrà il grado di incertezza, che permarrà soltanto per la definizione dell'ammontare del risarcimento. E lo stesso potrà accadere per il recesso disciplinare, nella misura in cui si evitino formule come quella utilizzata nella l. n. 92/2012 e si proceda ad una migliore tipizzazione delle ipotesi nelle quali vi è la reintegra (magari con rinvio alla autonomia collettiva). Va detto, peraltro, che questo obiettivo non richiedeva necessariamente il peggioramento della tutela del lavoratore e poteva essere perseguito semplicemente con una migliore definizione normativa delle fattispecie nelle quali il recesso ingiustificato imponeva la reintegrazione. Il Governo, invece, persegue una strada diversa, dove la semplificazione del sistema passa per la limitazione di diritti fondamentali.

8. Le mansioni

L'art. 1, comma 7, lett. *e*, prevede la «revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento; previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera».

⁹⁸ In tal senso anche F. SANTONI, *op. cit.*, 107 del [dattiloscritto](#).

La delega, dunque, prefigura una possibile dequalificazione del lavoratore in situazioni particolari, con una ipotesi normativa derogatoria dell'art. 2103 c.c., che si affianca alle varie norme già esistenti che consentono di adibire a mansioni diverse, anche inferiori (lavoratrice madre, inabilità sopravvenuta, motivi sanitari, alternativa al licenziamento collettivo)⁹⁹. D'altra parte la giurisprudenza si è da tempo consolidata nell'ammettere la dequalificazione quando sia finalizzata ad evitare il licenziamento per ragioni economiche, in una dimensione dove la tutela del posto di lavoro prevale su quella della professionalità, nonostante la nullità del patto modificativo *in pejus* delle mansioni. Ed analoghe considerazioni posso essere estese a casi in cui i mutamenti peggiorativi delle mansioni per periodi transitori sono giustificati da esigenze aziendali improrogabili, legittimate in base ai principi di correttezza e buona fede¹⁰⁰.

In considerazione della genericità, anche in questo caso, della disposizione, la nuova fattispecie potrebbe avere contenuti diversi. Una prima ipotesi è quella che, a fronte di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale tali da imporre il licenziamento, il lavoratore possa essere dequalificato. Infatti le modifiche organizzative descritte potrebbero incidere sui posti di lavoro in organico, imponendone la riduzione. In questo caso vi sarebbe semplicemente la formalizzazione legislativa di una giurisprudenza ormai così consolidata da costituire un vero e proprio "diritto vivente". L'effetto innovativo della nuova disposizione, quindi, sarebbe molto limitato. Una ipotesi alternativa è quella di introdurre uno *jus variandi* peggiorativo a fronte di processi organizzativi che non necessariamente determinino eccedenze di personale. In questa situazione la dequalificazione sarebbe piuttosto un adattamento necessario alle nuove caratteristiche della struttura produttiva conseguente alla ristrutturazione, senza che sia in gioco il posto di lavoro. Si tratterebbe dunque di un ampliamento delle prerogative manageriali a detrimento della tutela della professionalità.

La delega, pur consentendo queste diverse opzioni, impone peraltro alcuni limiti. Innanzitutto, il demansionamento dovrebbe essere effettuato in base a parametri oggettivi, come ad esempio la modifica dell'organizzazione del lavoro per il raggiungimento di un maggiore livello di efficienza, l'introduzione di nuove tecnologie, il mutamento dell'oggetto della produzione e così via. Le norme di attuazione non potrebbero, quindi, attribuire un potere generico di dequalificazione ma dovrebbero indicare le condizioni produttive in cui la variazione peggiorativa delle mansioni può essere realizzata.

⁹⁹ Ivi, 113 del [dattiloscritto](#).

¹⁰⁰ *Ibidem*.

Inoltre, è necessario il contemperamento fra gli interessi dell'impresa e gli interessi del lavoratore dove un preciso valore viene attribuito anche alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche del lavoratore. Pertanto il demansionamento deve essere contenuto entro certi limiti – come ad esempio la riduzione di un livello previsto dal CCNL – senza poter operare un vero e proprio stravolgimento delle condizioni di lavoro del dipendente o una notevole riduzione del trattamento economico.

La legge attribuisce alla contrattazione collettiva nazionale, aziendale o territoriale un forte potere integrativo, con l'aggiunta di «ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera». L'integrazione, ovviamente, potrà avvenire soltanto per i casi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale e non per situazioni diverse, come dimostra il riferimento alla disciplina contenuta nel comma 7, lett. e. La formulazione del testo sembra prospettare una vera e propria “delega in bianco” ai contratti collettivi. In verità, l'autonomia collettiva dovrà sempre operare nell'ambito dei limiti previsti dalla legge (parametri oggettivi, contemperamento dell'interesse dell'impresa e del lavoratore alla tutela del posto, della professionalità, ecc.). Per quanto riguarda i contratti collettivi aziendali, dove particolarmente debole potrebbe essere la “forza di resistenza” del sindacato di fronte alle richieste imprenditoriali, si introduce una ipotesi “speciale” che dovrebbe costituire una deroga alla disciplina generale di competenza normativa introdotta dall'art. 8 della l. n. 148/2011. Pertanto l'autonomia collettiva, in relazione a questa materia, potrà agire anche in assenza dei presupposti normativi (“vincoli di scopo”, efficacia soggettiva, ecc.) previsti dalla disposizione del 2011) e fermo restando, ovviamente, il rispetto – oltre che dei contenuti della delega – anche dei limiti imposti dalla costituzione e dalle altre fonti sovraordinate alla legge¹⁰¹.

9. I controlli a distanza

L'art. 1, comma 7, lett. f, regola la «revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto

¹⁰¹ Si è detto che «la delega sembra quindi confermare la cedevolezza del divieto di variazioni peggiorative delle mansioni in presenza di beni garantiti a livello prioritario rispetto alla professionalità, come la salvaguardia dell'occupazione, alla stregua di una sorta di “*giustificato motivo di deroga*” di carattere generale idoneo a spalancare le porte al declino della norma inderogabile”» (F. SANTONI, *op. cit.*, 114 del [dattiloscritto](#)).

dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e riservatezza del lavoratore».

L'art. 4 Stat. lav., emanato in un contesto tecnologico completamente diverso (e diretto a regolare essenzialmente l'utilizzazione delle video camere a circuito chiuso), potrebbe essere considerata come una delle norme più obsolete, in considerazione dei grandi cambiamenti nelle tecnologie, particolarmente per quanto attiene a quelle informatiche e di controllo ambientale. Tuttavia, dottrina e giurisprudenza, insieme alla *Authority* sulla *privacy*, hanno di fatto adeguato la disposizione alle nuove realtà, individuando una serie di regole che sicuramente hanno consentito alla norma di resistere alle novità¹⁰². In verità le innovazioni hanno arricchito in modo enorme le possibilità di controllo del lavoratore (tramite personal computer, Internet, reti informatiche aziendali, posta elettronica, telefoni cellulari, sistemi di monitoraggio e guida satellitare GPS, dati biometrici, ecc.), ma lasciano del tutto immutata la questione della legittimità o meno delle forme di verifica "occulta" sulla attività del lavoratore, che, come è noto, l'art. 4 della l. n. 300/1970 vieta.

La delega, con la previsione che la revisione dovrebbe riguardare soltanto i controlli «sugli impianti e strumenti di lavoro», sembra volere confermare il primo comma dell'art. 4, con il divieto delle apparecchiature che hanno la esclusiva finalità di consentire la verifica a distanza della persona e della sua attività lavorativa. In questo caso la riforma, pur potendo introdurre modifiche anche di rilievo, non potrà porre in discussione la illegittimità del controllo tecnologico che non sia motivato da esigenze organizzative, produttive o di sicurezza del lavoro. D'altra parte, rispetto al 1970, se è vero che sono mutate in modo radicale le tecnologie, è anche cambiato l'intero assetto giuridico a tutela della riservatezza dell'individuo, con un principio generale – l'utilizzazione di dati solo con il consenso dell'interessato e salvo casi specifici e tassativi – che renderebbe certamente illegittima una normativa che pretendesse di prescindere dalla «tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore» (come previsto dalla lett. *f* del comma 7).

La riforma, peraltro, consentirà di adeguare l'art. 4 a tutte le nuove tecnologie (come quelle indicate in precedenza), permettendo che questi strumenti siano utilizzati per soddisfare «esigenze produttive ed organizzative», tra cui dovrebbero essere ricomprese anche quelle connesse alla sicurezza sul lavoro, incredibilmente non contemplate dalla disposizione. Non mi sembra, infatti,

¹⁰² In tal senso anche F. SANTONI, *op. cit.*, 114 ss. del [dattiloscritto](#) (a cui si rinvia per l'analisi della evoluzione della materia).

che la sicurezza possa essere ricondotta alla «dignità ed alla riservatezza», che sono “beni” completamente diversi. Con qualche sforzo interpretativo, peraltro, la protezione della salute dovrebbe poter essere inclusa nelle necessità proprie della struttura produttiva, visto che il d.lgs. n. 81/2008 (e le normative ulteriori in materia) sono parte integrante della organizzazione d’impresa, che deve necessariamente conformarsi a quanto previsto da questa legislazione. In sostanza, le «esigenze produttive ed organizzative» non possono essere soddisfatte a prescindere dalla sicurezza, perché l’apparato legislativo non permette di realizzare e gestire una impresa che non sia “sicura” per i dipendenti.

Un’ulteriore questione che si pone è il ruolo attribuito alle organizzazioni sindacali, che non sono contemplate nella disposizione della legge-delega. Si è già detto, in considerazione dell’evoluzione degli strumenti tecnologici (pc, Internet, telefoni cellulari, ecc.), che «non avrebbe alcun senso che la loro utilizzazione venisse assoggettata ad una autorizzazione preventiva delle organizzazioni sindacali», anche se sarebbe sempre necessaria l’introduzione di regole «di trasparenza e correttezza» a protezione dei lavoratori e per evitare «il rischio di controlli che esorbitino dalle normali esigenze dell’organizzazione produttiva»¹⁰³. In verità questo autore, nel proprio Codice semplificato del lavoro elaborato con Tiraboschi e presentato nel 2014¹⁰⁴, ha espresso l’opinione contraria ritenendo che il consenso della rsa fosse necessario anche per «l’installazione [e] l’uso di programmi informatici che rispondono alle esigenze inerenti alla produzione o alla sicurezza delle persone e dei beni, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori in tempo reale»¹⁰⁵.

A me sembra che il controllo sindacale sia, come lo stesso Ichino ha ritenuto (salvo poi... dire il contrario), ancora un essenziale presupposto per evitare possibili abusi nei confronti dei lavoratori. Anzi, poiché le nuove tecnologie consentono forme di controllo dirette e indirette enormemente superiori a quelli di un tempo e con un livello di “inconsapevolezza” del lavoratore molto più accentuato, la necessità del sindacato per limitare usi non corretti di queste apparecchiature è ancora più importante che in passato.

Tuttavia si potrebbe obiettare che nella lett. *f* del comma 7 manca qualsiasi riferimento alle organizzazioni sindacali, con esclusione, quindi, della possibilità, per il legislatore delegato, di coinvolgerle nella normativa di

¹⁰³ P. ICHINO, *Controlli in azienda: perché una riscrittura dello Statuto è indispensabile*, in www.pietroichino.it, 10 novembre 2014.

¹⁰⁴ Si veda *retro* e nota 64.

¹⁰⁵ Art. 2115 del Codice semplificato, citato nella nota 64.

dettaglio. Il problema forse può essere superato in base al principio, espresso dalla Corte costituzionale, secondo il quale anche il “silenzio” del legislatore delegante non impedisce al Governo di legiferare purché le sue scelte «non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega»¹⁰⁶. Infatti, la finalità della tutela della dignità e riservatezza del lavoratore può consentire di regolare la materia attribuendo al sindacato il medesimo ruolo oggi svolto in base all’art. 4 Stat. lav. Il controllo della RSA o della RSU sarebbe giustificato proprio per garantire la protezione di beni fondamentali che attengono alla persona del lavoratore, venendo quindi ad assumere un ruolo strumentale al raggiungimento dei fini perseguiti da questa disposizione della legge-delega.

La formulazione del comma 7, lett. *f*, è molto ampia, perché consente una «revisione» della disciplina «tenendo conto dell’evoluzione tecnologica». Dunque la riforma può non essere limitata ad adeguare la normativa alle nuove tecnologie, ma può riguardare tutta la regolazione dei controlli a distanza, anche se devono essere rispettati i limiti sopra descritti. Si è già detto che sono oggi possibili controlli impensabili 40 anni fa, con i quali, senza che il lavoratore sia consapevole, è possibile verificare, in tempo reale, cosa stia facendo, analizzando in modo occulto, secondo per secondo, la sua attività. Vi sono infatti *software* che permettono di monitorare le prestazioni lavorative a totale insaputa del dipendente, con possibilità addirittura di interagire con il lavoratore, inserendosi on line nella attività che sta svolgendo. Inoltre possono essere immagazzinati e conservati tutti i dati connessi al lavoro, con esatta individuazione dei tempi e dei modi di esecuzione della prestazione. È possibile inoltre rilevare, tramite altre apparecchiature, gli spostamenti sul territorio, le comunicazioni interne ed esterne con posta elettronica o altri sistemi di trasmissione. In definitiva il datore di lavoro ha strumenti di controllo a distanza molto estesi e di estrema precisione che, rispetto al 1970, aumentano in modo rilevante il grado di pervasività delle verifiche sulla attività lavorativa.

In questo ambito, il legislatore delegato non potrà certamente fare a meno di considerare le dettagliate prescrizioni imposte dal Garante per la protezione dei dati personali in tema di utilizzo della posta elettronica e della rete internet¹⁰⁷ e dei vari provvedimenti emessi per regolare molti casi concreti¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Si rinvia alle sentenze della Corte indicate nella precedente nota 77.

¹⁰⁷ Si rinvia, in tale ambito, alla [deliberazione 1° marzo 2007, n. 13, Lavoro: le linee guida del Garante per posta elettronica e internet](#), in *Bollettino del*, marzo 2007, n. 81.

È vero che queste previsioni sono state elaborate in relazione all'art. 4 Stat. lav. tuttora vigente e che, quindi, a fronte della delega e delle sue vaste possibilità di modifica, si potrebbe ritenere che esse siano superate. In realtà la lettura delle linee guida rivela come esse siano basate, oltre che sull'art. 4, anche su ulteriori fonti normative quali il Testo Unico sulla privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), la Costituzione e la giurisprudenza della Corte costituzionale. Pertanto sarà difficile che il Governo possa prescindere da tali prescrizioni, particolarmente quando vietano determinati controlli.

Tra i divieti, ad esempio, rientrano l'utilizzazione di sistemi hardware e software che consentano la «lettura e [la] registrazione sistematica dei messaggi di posta elettronica ovvero dei relativi dati esteriori, al di là di quanto tecnicamente necessario per svolgere il servizio e-mail»; la «riproduzione ed eventuale memorizzazione sistematica delle pagine web visualizzate dal lavoratore»; la «analisi occulta di computer portatili affidati in uso». In altre ipotesi le verifiche giustificate da esigenze produttive ed organizzative (ad esempio per rilevare anomalie o per manutenzioni) o per la sicurezza sul lavoro (i c.d. controlli preterintenzionali) potranno essere effettuati soltanto a determinate condizioni, tassativamente specificate¹⁰⁹. Mentre, in base alla disciplina attuale – che, peraltro, come si è già spiegato non potrebbe che essere confermata in considerazione del divieto di controlli a distanza preordinati esclusivamente a tale finalità – non possono essere effettuate «riprese al fine di verificare l'osservanza dei doveri di diligenza stabiliti nel rispetto dell'orario di lavoro e la correttezza nella esecuzione della prestazione lavorativa»¹¹⁰.

Il legislatore delegato, tra l'altro, dovrebbe specificare le modalità di memorizzazione ed uso dei dati, la loro cancellazione automatica e periodica dopo un determinato periodo di tempo (a meno che non vi siano esigenze produttive, organizzative o di sicurezza del lavoro che ne giustifichino la conservazione), i limiti entro cui effettuare test psico-reattivi o indagini motivazionali e così via, coinvolgendo le organizzazioni sindacali ed imponendo la loro preventiva autorizzazione.

Un aspetto particolarmente delicato è quello dei c.d. “controlli difensivi”, finalizzati alla protezione dei beni aziendali ed alla verifica e prevenzione di

¹⁰⁸ Si vedano, a titolo di esempio, i provvedimenti del 18 ottobre 2012 n. 307, del 17 gennaio 2013 n. 16 e del 9 ottobre 2014 n. 448, tutti reperibili nel registro dei provvedimenti in <http://www.garanteprivacy.it>.

¹⁰⁹ Si veda la [deliberazione n. 13/2007](#), cit., § 5.

¹¹⁰ [Provvedimento del Garante 17 gennaio 2013, n. 16, Sistema di videosorveglianza installato presso un esercizio commerciale](#) (con ulteriore indicazione di altre decisioni analoghe).

atti illeciti posti in essere dai dipendenti. La delega è espressamente riferita alla «disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro». Il legislatore delegato non potrà quindi occuparsi delle verifiche effettuate tramite agenzie investigative sulla esattezza dell'adempimento o sulla effettiva sussistenza della malattia (che sono ormai abitualmente usate dalle aziende e sulle quali si è più volte espressa la giurisprudenza, non sempre con orientamenti uniformi), perché si tratta di controlli estranei agli apparati produttivi dell'azienda¹¹¹.

La questione è molto più complessa per le apparecchiature informatiche e telefoniche che, anche se usate con finalità difensive (per accertare abusi da parte dei dipendenti), comportano la possibilità di controlli occulti a distanza che incidono su diritti fondamentali dei lavoratori (tutela della riservatezza delle comunicazioni in generale ed in rapporto a dati sensibili; controlli sugli spostamenti in un determinato territorio o sulle persone incontrate, ecc.). Da questo punto di vista la giurisprudenza è oscillante. Vi sono infatti decisioni secondo le quali i “controlli difensivi” effettuati con le tecnologie descritte, quando sono diretti ad accertare l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali e non la tutela di beni estranei al rapporto di lavoro, devono essere soggetti alle garanzie sostanziali e procedurali imposte dall'art. 4, comma 2, della l. n. 300/1970¹¹². Altre sentenze ritengono, invece, che le verifiche sulle strutture informatiche aziendali (ad esempio la posta elettronica), se non sono finalizzate alla sorveglianza sulla attività lavorativa ma sono dirette a controllare la effettuazione di comportamenti illeciti, non sono soggette alle regole della norma dello statuto dei lavoratori¹¹³.

Il problema esaminato è di difficile soluzione. Non vi è dubbio che il controllo sul contenuto della prestazione lavorativa – che, oltre ad essere espressione del potere direttivo, è una proiezione dell'interesse creditorio all'esatto adempimento – e l'uso delle apparecchiature per evitare la commissione di atti illeciti sono prerogative del datore di lavoro sicuramente meritevoli di tutela. Esse, tra l'altro, sono certamente riconducibili alle «esigenze produttive ed organizzative» dell'impresa. Tali esigenze, peraltro, devono essere bilanciate con il divieto di verifiche occulte, che ledono il diritto alla dignità ed alla

¹¹¹ Può rientrare, invece, nella delega, il controllo sul computer portatile di proprietà del datore di lavoro ed affidato al lavoratore che opera fuori della struttura aziendale, perché si tratterebbe di una verifica «sugli strumenti di lavoro». In questo caso, peraltro, dovrebbero essere rispettati i limiti e le cautele già analizzate.

¹¹² Si vedano, ad esempio, Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375; Cass. 1° ottobre 2012, n. 16662. La prima è riferita alla utilizzazione della posta elettronica e la seconda al rilevamento delle telefonate con un particolare software.

¹¹³ Cfr. Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722.

riservatezza della persona. E non vi è dubbio che le nuove tecnologie, consentendo in tempo reale un controllo non palese sul lavoro svolto, sono sempre potenzialmente in grado di ledere i beni tutelati dall'art. 4 Stat. lav. e dalla stessa normativa che dovrà riformare la materia.

La soluzione potrebbe essere trovata, oltre che nel rispetto delle prescrizioni della *Authority* in materia già descritte, nell'effettuare la verifica sul contenuto dell'attività lavorativa svolta per mezzo di apparecchiature ad alto contenuto tecnologico con il consenso del lavoratore e sanzionando disciplinarmente il rifiuto a permettere il controllo. Oppure con la previsione di un particolare procedimento giudiziario o amministrativo che, tramite il coinvolgimento di un soggetto terzo imparziale, autorizzi ad accedere ai dati ed alle apparecchiature affidate al lavoratore per sottoporre a verifica le sue prestazioni.

Al momento non è possibile sapere se i decreti delegati disciplineranno anche questi aspetti.

10. Il salario minimo

La lett. g del comma 7 dell'art. 1 prevede la «introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo, applicabile ai rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato nonché, fino al loro superamento, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

L'Italia è uno dei pochi Paesi europei a non avere una legge sul salario minimo, insieme a Svezia, Finlandia, Danimarca, Austria e Cipro¹¹⁴. Nell'Unione europea il contesto giuridico ed economico è caratterizzato da fenomeni specifici, quali il decentramento della contrattazione collettiva a livello aziendale e la riduzione dei salari garantiti dei contratti nazionali¹¹⁵.

¹¹⁴ M. MAGNANI, *Salario minimo*, in questo volume, 2 del [dattiloscritto](#); T. BOERI, C. LUCIFORA, *Salario minimo e legge delega*, in [Lavoce.info](#), 26 settembre 2014. Su tali aspetti si veda soprattutto S. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *LD*, 2014, n. 1, 188 ss.

¹¹⁵ M. MAGNANI, *Salario minimo*, cit., 2 ss. del [dattiloscritto](#); F. GUARRIELLO, *Verso l'introduzione del salario minimo legale?*, in questo volume, 2 del [dattiloscritto](#); V. BAVARO, *op. cit.*

Inoltre, le indicazioni europee in materia sono ispirate ai principi di austerità retributiva, auspicando il «congelamento o taglio ai salari minimi» e la «deindicizzazione degli stessi»¹¹⁶. Il tutto in un ambito nel quale la retribuzione è considerata un «fattore di competitività dei costi» e non come prefigura l'ILO un «fondamentale *labour standard*», tale da rafforzare «l'uguaglianza retributiva e favorire l'inclusione sociale»¹¹⁷.

La mancanza di una legge sul salario minimo nel nostro Paese è connessa alla funzione svolta dalla giurisprudenza, che sin dagli anni Cinquanta, con una interpretazione dell'art. 36 Cost. quale disposizione immediatamente precettiva, ha stabilito che la retribuzione sufficiente deve essere identificata con i minimi salariali previsti dai contratti collettivi nazionali dei vari settori produttivi¹¹⁸, creando, in questo modo, «un equivalente funzionale del salario minimo legale proprio di altri ordinamenti»¹¹⁹. La stessa giurisprudenza, come è noto, ha previsto deroghe a questa regola, consentendo al giudice, con adeguata motivazione, di discostarsi dalle disposizioni dei CCNL in relazione a condizioni locali del mercato del lavoro e del costo della vita, alle retribuzioni praticate nella zona, alle dimensioni delle imprese o al suo carattere artigianale o «per conto terzi»¹²⁰. E si è rilevato, anche in questo caso, come sia in corso, negli ultimi anni, «un “trend ribassista”»¹²¹, legato all'opera “correttiva” della giurisprudenza.

La mancanza di una legge sul salario minimo non ha però impedito la generale estensione dei livelli retributivi dei contratti collettivi nazionali. I minimi salariali, infatti, sono applicati all'80% dei lavoratori dipendenti, mentre il 20% di quelli esclusi costituisce una media, con «picchi di oltre il 40% in agricoltura, 30% delle costruzioni, oltre il 20% delle attività artistiche, di

¹¹⁶ F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 1 del dattiloscritto, che sottolinea come queste regole non sono imposte soltanto ai Paesi in evidente crisi finanziaria sottoposti alla regole enunciate dalla Troika nei *Memoranda of Understandings*, ma anche a tutti gli altri Stati «attraverso le CSRs utilizzate dalla Commissione nel quadro del semestre europeo».

¹¹⁷ F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 2 del dattiloscritto.

¹¹⁸ Su tale aspetto si rinvia, per tutti, a T. TREU, *Il 1° comma dell'art. 36*, in *Commentario della Costituzione. Art. 35-40. Rapporti economici*, Zanichelli, 1979, 77 ss., e, in tempi più recenti, a G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Giappichelli, 2012; S. LEONARDI, *op. cit.*, 190, 204-205; M. MAGNANI, *Salario minimo*, cit., 5 ss. del [dattiloscritto](#) (con ulteriori indicazioni bibliografiche), F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 1 del dattiloscritto; F. SANTONI, *op. cit.*, 111 del [dattiloscritto](#).

¹¹⁹ S. LEONARDI, *op. cit.*, 205.

¹²⁰ Si vedano gli AA. citati nella nota 118.

¹²¹ F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 2 del dattiloscritto. In tal senso anche S. LEONARDI, *op. cit.*, 208; G. RICCI, *op. cit.*

intrattenimento e nei servizi di hotel e ristorazione»¹²². Inoltre, anche per l'effetto della crisi è presente un 16% di lavoratori dipendenti qualificati come *working poor*¹²³.

Si è osservato che in Italia vi sono già alcune forme di salario minimo previste in forma diretta o indiretta, come nel caso del socio lavoratore (art. 3, l. n. 141/2001), dell'equo compenso dei giornalisti (l. n. 233/2012) o dei collaboratori a progetto (si veda *infra*) e dei lavoratori in distacco¹²⁴. Tuttavia in queste ipotesi non vi è la predeterminazione esatta di un compenso orario, come previsto da tutte le normative europee, ma solo il rinvio ai minimi salariali dei contratti collettivi per i lavoratori equiparabili dal punto di vista delle prestazioni svolte. In questo caso, dunque, il meccanismo è parzialmente diverso, perché richiede un giudizio di comparazione dell'attività lavorativa che lascia margini di discrezionalità, del tutto assenti nel caso in cui il compenso orario è predeterminato in cifra fissa dalla legge.

Le organizzazioni sindacali sono fortemente contrarie ad una legge sul salario minimo per varie ragioni tutte comprensibili. La normativa sul compenso orario molto difficilmente potrebbe recepire i minimi retributivi previsti dai contratti collettivi¹²⁵. Questo recepimento, se effettuato con la determinazione della retribuzione e senza automatico rinvio ai contratti, non porrebbe comunque problemi di costituzionalità, sia perché, secondo la Corte, non esiste una riserva normativa in materia da parte delle OO.SS.¹²⁶, sia perché non vi

¹²² F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 3 del dattiloscritto, con indicazione di ulteriori riferimenti bibliografici. Si vedano anche T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*; S. LEONARDI, *op. cit.*, 195 ss., 205-206.

¹²³ F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 3 del dattiloscritto, con riferimento ai lavoratori poco istruiti o scarsamente qualificati, ai giovani, alle donne, ai *part-timers*, ai lavoratori a termine occupati in agricoltura e nei servizi, nel mezzogiorno o in piccole imprese. S. LEONARDI, *op. cit.*, 195 ss., tuttavia, individua i *working poor* in una percentuale del 12,4%. T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*, rilevano che «circa il 13 per cento dei lavoratori risulta avere un salario orario lordo inferiore al minimo contrattuale rilevante per il settore di appartenenza, con punte superiori al 30 per cento nelle costruzioni e in agricoltura».

¹²⁴ F. SANTONI, *op. cit.*, 112 del [dattiloscritto](#); M. MAGNANI, *Salario minimo*, cit., 8 ss. del [dattiloscritto](#); F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 2 del dattiloscritto.

¹²⁵ Si rinvia all'analisi di S. LEONARDI, *op. cit.*, 193-194, che rileva come i salari minimi legali si discostino in misura considerevole dalla media nazionale di quelli contrattuali. Tra l'altro, il nostro Paese è quello dove il salario minimo orario, calcolato sulla media di quelli dei CCNL, è tra i più alti d'Europa. Sarebbe quindi assai difficile poterlo confermare per legge.

¹²⁶ Si vedano le sentenze della C. cost. n. 106/1962, n. 120/1963, n. 60/1968 e n. 101/1968. Si rinvia, sul punto, a T. TREU, *op. cit.*, 74; L. ZOPPOLI, *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, I, Jovene, 1994, 93 ss.; M. MAGNANI, *Salario minimo*, cit., 14 del [dattiloscritto](#), a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

sarebbe un'estensione generalizzata dell'autonomia collettiva in violazione dell'art. 39 Cost., bensì un'autonoma determinazione del salario da parte dello Stato, che utilizzerebbe i CCNL soltanto come parametro. Tuttavia, le retribuzioni previste dai contratti collettivi sono mediamente superiori a quelle che, nelle varie realtà europee, caratterizzano il compenso minimo¹²⁷. Pertanto, con quasi certezza, i compensi orari sarebbero inferiori a quelli contrattuali, penalizzando i lavoratori. Infatti, a fronte di una disciplina legislativa come quella indicata ed al meccanismo di estensione ai sensi dell'art. 36 Cost. utilizzato dalla giurisprudenza, è plausibile ritenere che il nuovo "salario sufficiente" verrebbe identificato in quello legale, riducendo quindi le somme rivendicabili da coloro che non hanno l'applicazione diretta del CCNL¹²⁸.

Oltre a danneggiare i lavoratori, la normativa sul salario minimo avrebbe un forte effetto di depotenziamento della contrattazione collettiva. L'ampia utilizzazione dei CCNL – che riguardano, come si è visto, l'80% dei lavoratori – è conseguenza della estensione generalizzata dei minimi salariali da parte della giurisprudenza. Oggi, infatti, le imprese applicano spontaneamente il contratto collettivo anche se non sono iscritte alle associazioni sindacali stipulanti in quanto la mancata adesione ai sindacati non incide sulla possibile estensione dei minimi salariali ai sensi dell'art. 36 Cost. Tra l'altro, in molti casi (anche se non tutti), questa situazione spinge le imprese ad applicare l'intero contratto collettivo e non soltanto le retribuzioni. E questo spiega perché il grado di applicazione dei contratti è ben superiore alla quota di imprese e di lavoratori iscritti alle rispettive associazioni sindacali stipulanti i CCNL¹²⁹.

L'introduzione di un salario minimo inferiore a quello previsto dai contratti collettivi determinerebbe una "fuga" degli imprenditori dalle rispettive associazioni sindacali, al fine di evitare il vincolo delle retribuzioni più elevate imposte dalla applicazione diretta dei CCNL. Inoltre, verrebbe meno l'effetto di "trascinamento" che spinge le imprese ad applicare l'intero contratto collettivo e non solo i salari. Per evitare queste conseguenze, i sindacati «dovranno accettare di abbassare il salario minimo contrattuale nazionale,

¹²⁷ Il salario minimo, infatti, è «fissato a: 4,48 euro in Spagna, circa 7,50 euro nel Regno Unito (6,31 sterline) fino agli 8,5 euro della Germania (dal 2015) e i 9,35 euro della Francia» (T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*). Sul punto si veda anche M. MAGNANI, *Salario minimo*, cit., 17 del [dattiloscritto](#), e S. LEONARDI, *op. cit.*, 192 (con dati riferiti anche ad altri Paesi europei).

¹²⁸ Ed è questa la conclusione a cui giungono, ad esempio, F. SANTONI, *op. cit.*, 111-112 del [dattiloscritto](#), e V. BAVARO, *op. cit.*

¹²⁹ Infatti, a fronte di una applicazione dei minimi salariali dei contratti collettivi pari all'80%, il tasso di sindacalizzazione nazionale è del 35% (S. LEONARDI, *op. cit.*, 191).

avvicinandolo sempre più al salario minimo legale»¹³⁰. In questo modo, tra l'altro, si realizzerebbe quel complessivo effetto di riduzione generalizzata delle retribuzioni quale fattore di competitività auspicato dall'Unione europea, in un contesto di forte penalizzazione dei lavoratori in considerazione dei salari già non molto elevati – rispetto agli altri Paesi europei – attualmente garantiti dai contratti collettivi nazionali.

Da questo punto di vista, dunque, la riforma potrebbe avere effetti di profonda alterazione dei rapporti tra ordinamento statuale e sindacale¹³¹, ridurre fortemente il ruolo delle OO.SS. e determinare un ulteriore impoverimento dei redditi. Tuttavia, la soluzione adottata dalla legge-delega non sembra prefigurare questa situazione. La normativa sul compenso orario va applicata «nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». La disposizione è quindi assai chiara: essa non potrebbe incidere sui lavoratori a cui si applica il contratto collettivo, ma soltanto nei casi in cui i CCNL non sarebbero esistenti.

Da questo punto di vista, la funzione dei minimi salariali dei contratti collettivi non cambierebbe. Essi continuerebbero, infatti, ad avere applicazione diretta per le imprese iscritte. Inoltre, anche in relazione alla funzione parametrica ai sensi dell'art. 36 Cost., nulla muterebbe. Se infatti il salario minimo legale non riguarda le categorie caratterizzate dalla presenza dei CCNL, è evidente che la giurisprudenza dovrebbe necessariamente continuare ad operare come sino ad oggi è accaduto. Non può infatti essere qualificato come salario “sufficiente” quello che non ha un'applicazione generalizzata a tutto il sistema produttivo, ma limitato soltanto alle situazioni in cui l'autonomia collettiva non è presente. Per tale ragione vi sarebbero due meccanismi di applicazione dell'art. 36 Cost. Il primo opererebbe nei confronti dei lavoratori operanti in contesti produttivi nei quali vi è il contratto collettivo, non utilizzabile in via diretta per i limiti di efficacia soggettiva. Il secondo riguarderebbe invece i settori non regolati dall'autonomia collettiva e avrebbe come punto di riferimento il salario legale¹³². Questa situazione, tra l'altro, non

¹³⁰ V. BAVARO, *op. cit.*

¹³¹ Ivi, 2 ss.

¹³² Si è sostenuto che «non si può pensare di avere ben due diverse soglie di limite minimo di sufficienza retributiva di rango costituzionale» (V. BAVARO, *op. cit.*). Non vedo in realtà ostacoli in tal senso. L'art. 36 delinea un parametro, quello della sufficienza, la cui definizione è rimessa alla legge ordinaria o alla interpretazione giurisprudenziale. Nulla vieterebbe, ad esempio, che la fonte primaria differenziasse la sufficienza del salario in relazione a diversi profili (ad esempio in relazione ai settori produttivi) purché il trattamento differenziato fosse ragionevole alla luce del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Non si comprende

determinerebbe neanche l'effetto di "fuga" dal contratto collettivo in precedenza descritto e le altre modificazioni essenziali nell'ordinamento intersindacale (compresa la rinegoziazione "al ribasso" dei minimi dei CCNL per adeguarli a quello definito per legge). Le imprese, in presenza di un sistema non modificato di applicazione parametrica dell'autonomia collettiva per la determinazione dei salari minimi, non avrebbero nessun interesse ad "uscire" dal sistema di relazioni industriali. Anche se operassero in tal modo, infatti, correrebbero il rischio di essere ugualmente soggette ai minimi retributivi previsti dai contratti ai sensi dell'art. 36¹³³.

Vi sarebbe quindi un sistema "duale", caratterizzato in via prevalente dalla presenza dei contratti collettivi applicati in via diretta e parametrica in base alla norma costituzionale, ed un altro settore, minoritario, garantito dal salario minimo legale¹³⁴. Va anche detto, peraltro, che i 440 contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati più rappresentativi regolano i rapporti di lavoro nella quasi totalità delle attività produttive del nostro Paese. Pertanto sarà difficile identificare i «settori non regolati dai contratti collettivi» a cui dovrebbe applicarsi il compenso orario legale. Il rischio, dunque, potrebbe essere quello di una concreta inapplicabilità della normativa di attuazione per carenza dell'oggetto da regolare. Comunque, se in effetti sarà possibile identificare queste particolari categorie di dipendenti in aree produttive prive dell'intervento dell'autonomia collettiva, il salario minimo potrebbe svolgere una funzione importante per i «lavoratori vulnerabili»¹³⁵, riducendo i *working poors* e favorendo un processo di inclusione sociale¹³⁶.

dunque perché la legge stessa non potrebbe limitare il suo intervento legislativo solo a settori non regolati dai CCNL, lasciando alla giurisprudenza la possibilità di definire, in via interpretativa, una soglia più elevata di retribuzione sufficiente, giustificata dal ruolo e dal rilievo costituzionale (art. 39 Cost.) dell'autonomia collettiva.

¹³³ Non potrebbe dunque esservi il rischio descritto da V. BAVARO, *op. cit.*: «dato il nostro sistema giuridico nel quale si può liberamente applicare o non applicare un contratto collettivo (appunto perché privo di efficacia giuridica vincolante per tutti), è facile prevedere che un numero sempre maggiore di imprese potrebbe trovare più conveniente non applicare il salario previsto dal contratto nazionale più rappresentativo e limitarsi ad applicare il salario minimo legale». Questa convenienza, alla luce della permanenza del meccanismo previsto dall'art. 36 Cost. descritto, non sussisterebbe realmente.

¹³⁴ Tra l'altro, se questo salario fosse vicino o addirittura superiore a quello previsto dai contratti collettivi "pirata", un ulteriore effetto positivo sarebbe costituito dal disincentivo alla diffusione di questi CCNL.

¹³⁵ F. SANTONI, *op. cit.*, 112 del [dattiloscritto](#).

¹³⁶ Questi effetti si sono realizzati, ad esempio, in Gran Bretagna e Francia, con benefici estesi proprio a categorie "deboli" di lavoratori (*part-timers*, giovani, immigrati) e scarsamente sindacalizzati (S. LEONARDI, *op. cit.*, 198 ss.).

La disposizione della legge-delega, nella parte in cui non prevede un salario minimo legale per tutti i lavoratori ma solo per quelli operanti nei settori dove l'autonomia collettiva è assente, è stata criticata¹³⁷. A fondamento di questa tesi si sottolineano le alte percentuali di lavoratori che percepiscono somme inferiori ai minimi contrattuali¹³⁸, auspicando quindi una normativa di generale applicazione. In realtà questi autori non comprendono quali effetti destrutturanti, già descritti, potrebbe avere questa opzione. D'altra parte, nel sistema attuale, i lavoratori non pagati in base ai minimi dei CCNL avranno sempre la possibilità di rivolgersi al giudice per ottenere, ai sensi dell'art. 36 Cost. l'adeguamento salariale in base a quanto previsto dall'autonomia collettiva. Mentre, qualora vi fosse il salario minimo legale generalizzato a tutti i lavoratori, se essi non fossero pagati nonostante l'entità più ridotta del compenso – ipotesi possibile in considerazione della crisi economica e della impossibilità per molte imprese di sopportare anche costi salariali modesti – potrebbero rivendicare solo questa retribuzione inferiore e non quella del CCNL di riferimento. Per questa categoria di “lavoratori vulnerabili”, quindi, non vi sarebbe alcun concreto vantaggio.

L'assetto scaturente dalla introduzione di una normativa sul compenso orario minimo può certamente essere quello descritto in considerazione della interpretazione della disposizione contenuta nella legge-delega. Tuttavia le conseguenze sarebbero completamente differenti qualora si assumesse una interpretazione della disposizione che, di fatto, attribuisse al salario minimo legale il valore di parametro generale di determinazione della retribuzione in tutti i casi in cui non vi fosse l'applicazione diretta del contratto collettivo. In questo caso, infatti, se il compenso orario diventasse “l'unica” retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost., si determinerebbero tutti gli effetti di depotenziamento della contrattazione collettiva e di alterazione del sistema di relazioni industriali già descritti in precedenza, oltre all'abbassamento generalizzato delle retribuzioni dei lavoratori.

A mio giudizio questa possibilità è esclusa dalla formulazione letterale della disposizione contenuta nel comma 7, lett. g, dell'art. 1. Si parla infatti di una legislazione operante nei settori «non regolati dai contratti collettivi». Il termine utilizzato lascia chiaramente intendere che la normativa deve riguardare lavoratori per i quali non è previsto alcun contratto collettivo e non quelli ai quali il CCNL non si applica in via diretta per i noti limiti di efficacia soggettiva. Per avvalorare una diversa interpretazione, la legge avrebbe dovuto utilizzare parole differenti (come ad esempio «in caso di mancata applicazione

¹³⁷ T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*

¹³⁸ Si veda *supra* testo e nota 123.

di contratti collettivi» o altre analoghe). Tuttavia soltanto il decreto delegato potrà sgombrare ogni dubbio. E sarebbe opportuno che, proprio per evitare qualsiasi equivoco, la normativa specificasse come il parametro di riferimento per la retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 dove esistono i contratti collettivi continuerà ad essere costituito dal CCNL. Una simile disposizione, tra l'altro, non porrebbe alcun problema di costituzionalità per violazione dell'art. 39 Cost. Infatti, la legge non attribuirebbe ai contratti collettivi efficacia *erga omnes*, con il “recepimento materiale” costituito dalla generalizzazione, tramite fonte primaria o secondaria, dei contenuti di contratti collettivi come nel caso della l. n. 741/1959. In questo caso, in attuazione dell'art. 36 Cost., si limiterebbe a definire il parametro di individuazione della retribuzione sufficiente, dove i contratti collettivi non diventerebbero essi stessi “legge” né verrebbero recepiti in un atto normativo, ma costituirebbero soltanto un criterio di valutazione del principio di “giusta retribuzione” previsto dalla Costituzione.

Se questa chiarezza del decreto delegato non vi fosse, l'eventuale effetto positivo della tutela di lavoratori marginali oggi non garantiti dalla contrattazione collettiva sarebbe totalmente annullato dalla destrutturazione del sistema di relazioni industriali e dalla riduzione delle retribuzioni già descritte. Verrebbe quindi confermata la linea di “austerità salariale” perseguita dall'Unione europea che, a mio giudizio, non potrà che peggiorare complessivamente gli standard retributivi, già non molto elevati, dei lavoratori italiani¹³⁹.

Il livello del salario minimo orario, che, con riferimento ai Paesi europei, oscilla tra i 4,48 euro della Spagna ai 9,35 della Francia è molto importante. Se, in linea generale l'esistenza di una retribuzione per legge non determina effetti negativi per l'occupazione e ha conseguenze positive su salari e redditi¹⁴⁰, l'entità del compenso orario è molto importante perché se è troppo elevato può avere ricadute negative sui livelli occupazionali, particolarmente

¹³⁹ Infatti, «i nostri salari contrattuali scontano da tempo ormai una delle peggiori dinamiche del mondo industrializzato, con grave perdita – nel lungo periodo – sia del loro potere di acquisto che della quota complessiva del reddito nazionale» (S. LEONARDI, *op. cit.*, 206).

¹⁴⁰ T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.* (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche). Cfr. anche S. LEONARDI, *op. cit.*, 198.

per i giovani ed i lavoratori meno qualificati¹⁴¹, e, comunque, può scoraggiare l'applicazione dei minimi salariali previsti dai contratti collettivi¹⁴².

Si è proposta una articolazione del salario minimo correlata alle aree geografiche, con riferimento al costo della vita¹⁴³, con una tesi che richiama le “gabbie salariali” osteggiate dalle organizzazioni sindacali. A parte l'opportunità o meno di un simile intervento, che forse potrebbe avere effetti occupazionali positivi in aree economicamente depresse (ma la questione è controversa, a meno che l'entità della retribuzione non fosse individuata ad un livello assai ridotto), una simile proposta sembra essere assai discutibile in relazione al salario minimo legale. Se, come è facile immaginare, esso sarà meno elevato rispetto alle medie dei contratti collettivi e riferito ad aree produttive nelle quali vi sono lavoratori “marginali”, l'entità del compenso si collocherà a livelli alquanto ridotti. Una riduzione ulteriore su base territoriale rischierebbe di rendere le retribuzioni del tutto irrisorie. D'altra parte, questa articolazione collegata al territorio sarebbe un «*unicum* nel panorama comparato» e renderebbe ancora più complessa la normativa, in relazione alla individuazione delle zone salariali¹⁴⁴. Va anche detto, infine, che la differenziazione retributiva non è prevista nella legge-delega e dedurla come criterio implicito è assai difficile, visto che la finalità della legge, in questo caso, è tutelare i lavoratori privi della applicazione, diretta ed indiretta, della contrattazione collettiva e non quella di una ulteriore articolazione su base territoriale della retribuzione minima legale¹⁴⁵. Un discorso analogo può essere fatto per la differenziazione del salario in relazione all'età o ad altri requisiti soggettivi, escludendo, ad esempio, alcune categorie di lavoratori¹⁴⁶. A parte i problemi connessi alla violazione dei principi in tema di discriminazioni dirette ed indirette, a me sembra che, anche in questo caso, la delega non

¹⁴¹ T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*, con ulteriori indicazioni bibliografiche; P. ICHINO, [Minimum wage: perché non piace ai sindacati](#), in [www.pietroichino.it](#), 3 novembre 2014, con citazione di altri studi in materia; F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 3 del dattiloscritto.

¹⁴² È questo, ad esempio, il caso della Francia, dove il *salaire minimum interprofessionnel de croissance* (SMIC) è di 1.380,07 euro al mese, con un livello che «induce molti datori di lavoro ad attestarsi esclusivamente su questo livello minimo, a scapito degli ulteriori incrementi previsti dalla contrattazione collettiva» (S. LEONARDI, *op. cit.*, 200).

¹⁴³ P. ICHINO, [Minimum wage: perché non piace ai sindacati](#), *cit.*, che riprende una sua opinione già in precedenza espressa (P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *RIDL*, 2010, n. 4, I, 744).

¹⁴⁴ M. MAGNANI, *Salario minimo*, *cit.*, 16-17 del [dattiloscritto](#). In tal senso anche S. LEONARDI, *op. cit.*, 197.

¹⁴⁵ Dunque, in questo caso, il “silenzio” del legislatore delegante non potrebbe assumere il ruolo che è stato già analizzato. Si veda *retro* § 7 e nota 77.

¹⁴⁶ M. MAGNANI, *Salario minimo*, *cit.*, 17-18 del [dattiloscritto](#).

preveda nulla in merito e non consenta, per le ragioni già spiegate, questo tipo di operazioni, previste in altri Paesi¹⁴⁷.

Per quanto riguarda le modalità di determinazione e l'aggiornamento dell'entità del compenso orario, si propone di introdurre meccanismi di indicizzazione automatica¹⁴⁸ o, al contrario, di stabilire «*meccanismi gradualmente e non automatici di adeguamento* alla crescita di produttività e di prezzi, attraverso una commissione indipendente»¹⁴⁹, come accade in Francia, Gran Bretagna e Germania¹⁵⁰. Il secondo metodo dovrebbe essere teoricamente quello più adeguato, per evitare aumenti automatici che potrebbero avere effetti inflazionistici più evidenti per il noto meccanismo delle “aspettative”, che spinge le imprese ad aumentare i prezzi poco prima dell'incremento salariale. Tuttavia, in questo caso la situazione potrebbe essere diversa. Innanzitutto, è molto difficile misurare la produttività a livello nazionale, e, quindi, sarebbe assai complesso poter effettuare l'adattamento dei salari. Inoltre, in considerazione del fatto che le retribuzioni minime riguardano una quota limitata di lavoratori, l'effetto inflazionistico connesso all'aumento automatico del compenso orario sarebbe molto limitato. Dunque, anche un sistema di indicizzazione con cadenza periodica e basato su parametri oggettivi (ad esempio le variazioni dei prezzi accertate dall'Istat) potrebbe essere certamente adottato. In questo secondo caso la “Commissione indipendente” – se fosse istituita – avrebbe una funzione più ridotta di monitoraggio della situazione.

La legge-delega, peraltro, non regola nessuno degli aspetti indicati (sistema di adeguamento del salario minimo e Commissione). Tuttavia, poiché si tratterebbe di istituti che sono direttamente finalizzati a garantire la *ratio* della normativa (aggiornare il compenso orario minimo che è diretto ad assicurare condizioni di vita dignitose a lavoratori marginali), il “silenzio” del legislatore delegante non dovrebbe impedire «al Governo di legiferare», perché si tratterebbe di norme che non sono «in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega»¹⁵¹.

La determinazione del compenso orario legale verrà effettuata «previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul

¹⁴⁷ Ad esempio nel Regno Unito vi sono soglie minime diverse collegate all'età ed in Germania sono escluse alcune categorie di lavoratori. Cfr. M. MAGNANI, *Salario minimo*, cit., 17 del [dattiloscritto](#).

¹⁴⁸ T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*

¹⁴⁹ F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 4 del [dattiloscritto](#).

¹⁵⁰ M. MAGNANI, *Salario minimo*, cit., 19 del [dattiloscritto](#); T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*

¹⁵¹ Le parole citate nel testo sono quelle della Corte costituzionale. Si rinvia *retro* al § 7 ed alle sentenze citate alla nota 77.

piano nazionale». Non vi sarà dunque alcuna forma di negoziazione¹⁵² o di concertazione¹⁵³. Tra l'altro quest'ultima tecnica di regolazione è assai lontana dal Governo Renzi, che ha più volte manifestato lo scarso valore attribuito allo stesso dialogo con le organizzazioni sindacali, con incontri assai brevi finalizzati soltanto ad informarle delle attività dell'esecutivo e senza possibilità di una effettiva interlocuzione o tanto meno riconoscendo la possibilità di una sfera d'influenza. La «consultazione» servirà soltanto a sondare quale sia l'opinione dei sindacati, ma la decisione sarà del tutto indipendente dalle opinioni da loro espresse.

Il salario minimo dovrà essere esteso «fino al loro superamento» anche «ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa». Sulla eliminazione di questa tipologia di rapporti di lavoro si è già detto (si veda *retro*, § 6). Per quanto attiene al lavoro a progetto, dopo la riforma del 2012, il compenso deve essere determinato in base a parametri specifici (qualità e quantità del lavoro; natura della prestazione e del contratto; minimi previsti dalla contrattazione di settore eventualmente esistente), e comunque non può essere inferiore a quello previsto dai CCNL per i lavoratori subordinati equiparabili. Pur in presenza di una formulazione legislativa «contorta ed in parte contraddittoria»¹⁵⁴, la finalità della legge è quella di evitare che il corrispettivo del collaboratore sia inferiore ai minimi inderogabili previsti da una (eventuale) contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi o, in mancanza, per i lavoratori subordinati¹⁵⁵. La delega, anche in questo caso, riguarderà soltanto i settori non regolati dai contratti collettivi. Dunque, per il contratto a progetto (che peraltro dovrebbe essere abrogato: si veda *retro*, § 6) la disposizione implicherà una normativa di attuazione che modificherà in modo sostanziale l'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003. In sostanza la norma attuativa introdurrà un compenso minimo che opererà in mancanza di una specifica contrattazione collettiva per i lavoratori a progetto¹⁵⁶. Se essa non esiste,

¹⁵² V. BAVARO, *op. cit.*

¹⁵³ F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 4 del dattiloscritto.

¹⁵⁴ G. FERRARO, *Il lavoro autonomo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, M. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 134. Si veda anche V. PINTO, *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in P. CHIECO (a cura di), *op. cit.*, 223, che parla di «sintassi errata».

¹⁵⁵ Cfr. gli AA. citati nella nota precedente.

¹⁵⁶ Pertanto, il salario minimo non si applicherà, ad esempio, per i collaboratori a progetto dei call center operanti in regime di *outbound* per i quali esiste il CCNL stipulato il 1° agosto 2013 tra Assotelecomunicazioni-Asstel, Assocontact e la Slc-Cgil, Fistel-Cisl, Uilcom-Uil. Questo contratto collettivo, infatti, regola anche i trattamenti economici dei collaboratori (rinviando al minimo tabellare dei CCNL per i dipendenti del settore telecomunicazioni).

invece di determinare il corrispettivo orario alla luce dei CCNL dei lavoratori subordinati equiparabili, entrerà in vigore il compenso minimo legale, che, come per i dipendenti, sarà presumibilmente inferiore. Il risultato sarà, dunque, quello di una riduzione di tutele per i collaboratori a progetto, che oggi non possono avere corrispettivi inferiori a quelli dei lavoratori subordinati e che, domani, avranno invece la minore remunerazione prevista dalla legge. In questo caso, dunque, la norma non avrà una funzione di “inclusione sociale” e di estensione di garanzie economiche a lavoratori marginali, ma ridurrà le tutele oggi esistenti.

Per quanto riguarda gli altri contratti di collaborazione coordinata e continuativa – sempre che il Governo non intenda eliminare completamente questa forma di lavoro autonomo (si veda *retro*, § 6) – la situazione è in parte diversa. In questi settori la contrattazione collettiva esiste soltanto per alcune categorie molto speciali (agenti e rappresentanti di commercio, medici convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale o con case di cura private, co.co.co. che operano presso cooperative o altri enti, o a favore di organizzazioni non governative, ecc.). In alcuni casi, come per gli accordi economici collettivi degli agenti e rappresentanti, nulla viene stabilito per le remunerazioni¹⁵⁷. In altri, al contrario, vengono fissate tariffe di vario genere, come nel caso del CCNL per la disciplina dei rapporti dei medici di medicina generale o per i pediatri convenzionati con Servizio Sanitario Nazionale o per i collaboratori delle organizzazioni non governative (ONG). Quando la contrattazione collettiva di settore prevede i corrispettivi, il compenso orario minimo non si applicherà. In altri casi non potrà in concreto svolgere alcuna funzione, perché le remunerazioni vengono stabilite non su base oraria ma – come nel caso degli agenti di commercio – con percentuali provvisoriale che cambiano a seconda dell’attività svolta e rispetto alle quali la predeterminazione di una somma in cifra fissa non è coerente con le pratiche commerciali esistenti. Il salario minimo potrà quindi essere operativo solo dove non esistono minimi contrattuali, svolgendo un utile funzione di garanzia e purché non sia troppo elevato e tale da collocare fuori mercato le prestazioni svolte da questi collaboratori.

È stato opportunamente osservato che per i co.co.co. la mancanza di un orario di lavoro ben definito renderebbe il salario minimo legato all’ora facilmente

¹⁵⁷ Lo stesso può dirsi per le co.co.co. disciplinate dal CCNL sottoscritto l’8 aprile 1998 da varie organizzazioni sindacali (Cnai, Ucict, Unapi, Anilf, Anti, Cisl, Sape) per lo svolgimento di prestazioni di lavoro parasubordinato presso aziende, cooperative od organismi in genere.

aggirabile¹⁵⁸. In queste ipotesi, pertanto, sarebbe opportuno stabilire minimi retributivi mensili la cui violazione determinerebbe la trasformazione di questi contratti in rapporti di lavoro subordinato¹⁵⁹. A parte quest'ultimo aspetto, che non può essere realizzato perché completamente al di fuori della delega, la proposta è ragionevole proprio per l'assenza, in capo ai collaboratori autonomi, di tempi di lavoro esattamente predefiniti.

La nuova normativa potrebbe essere inserita «eventualmente anche in via sperimentale». Si tratta di una previsione utile e da realizzare, in primo luogo perché la sperimentazione consentirebbe di valutare l'impatto della nuova normativa su una struttura così delicata come quella delle relazioni industriali e su un tema così "sensibile" come la fissazione dei minimi salariali. Inoltre si potrebbe verificare se, in realtà, la nuova disciplina non sia tale da determinare i (possibili) effetti destrutturanti del sistema già descritti, soprattutto in relazione al ruolo della giurisprudenza e della contrattazione collettiva. Il carattere sperimentale, inoltre, sarebbe a maggior ragione ancora più necessario qualora il Governo decidesse di non chiarire in modo esplicito che la nuova normativa sul compenso orario minimo non può costituire il salario sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost. valido per tutti i lavoratori subordinati a cui non si applichi direttamente la contrattazione collettiva. In questo caso, infatti, i possibili effetti negativi della riforma potrebbero essere ancora più accentuati ed il monitoraggio sarebbe quindi particolarmente utile¹⁶⁰.

11. Conclusioni. Le innovazioni "regressive" di alcune discipline del contratto di lavoro

A questo punto è possibile esprimere alcune conclusioni relative all'analisi sino ad ora svolta.

Nella parte iniziale di questo lavoro ho affermato che non tutte le innovazioni prefigurate dalla legge-delega hanno un valore negativo e, anche nell'esame dei singoli istituti, ho espresso una valutazione in tal senso. Mi sembra, peraltro, che, almeno in relazione ad aspetti fondamentali della disciplina giuridica del contratto di lavoro, il giudizio non possa essere positivo. Questa conclusione è, in primo luogo, estensibile alla prevista riforma delle mansioni

¹⁵⁸ T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*; F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 4 del dattiloscritto.

¹⁵⁹ T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*

¹⁶⁰ La sperimentality viene fortemente propugnata da P. ICHINO, [Minimum wage: perché non piace ai sindacati](#), cit., pur se al diverso scopo di testare gli effetti di salari differenziati su base territoriale. Sul punto si veda anche F. GUARRIELLO, *op. cit.*, 3 del dattiloscritto.

e dei controlli a distanza. In questo caso la legge, pur nei limiti sopra descritti (si veda *retro*, §§ 8 e 9), si propone di ridurre i diritti dei lavoratori e di rafforzare le prerogative del datore di lavoro. Si tratta di riforme che sicuramente non sono tra quelle più urgenti richieste dal nostro diritto del lavoro e certamente non imposte dall'attuale contesto sociale ed economico né da eventuali orientamenti della giurisprudenza eccessivamente "rigidi" e tali da ostacolare le normali dinamiche organizzative delle imprese. In verità queste innovazioni erano volute soprattutto da alcuni partiti che sostengono l'attuale Governo e fortemente auspiccate dalla Confindustria. La legge-delega asseconda queste richieste, che certamente non sono giustificate neanche dalle (presunte) capacità di queste riforme di aumentare l'occupazione ed altera in modo significativo – a favore del datore di lavoro – l'equilibrio dei poteri e diritti all'interno del contratto individuale. Senza dimenticare la potenziale pericolosità di innovazioni che incidono su "beni" particolarmente delicati, quali la tutela della professionalità, della dignità e riservatezza, che attengono ad aspetti fondamentali della personalità umana. La riforma di diritti così importanti – se si tradurrà in una riduzione delle tutele del lavoratore – rende ancora meno giustificabile l'intervento su queste materie.

Tali conclusioni sono estensibili alle modifiche del rapporto a termine ed alla nuova disciplina dei licenziamenti nel contratto a tutele crescenti. Anche in questo caso, come si è visto, vi è il concreto rischio di un incremento della precarietà e, comunque, una evidente riduzione dei diritti dei lavoratori nella protezione contro il recesso ingiustificato. Il che, oltretutto, è giustificato da esigenze di incremento dei livelli occupazionali molto discutibili nella loro concreta possibilità di realizzazione alla luce della letteratura economica e dei dati empirici in nostro possesso (si veda *retro*, § 7).

Si potrebbe obiettare che, in realtà, queste riforme vanno lette nel contesto complessivo delle modifiche introdotte dalla legge-delega, che è diretta a rafforzare le tutele nel mercato del lavoro, sia per quanto attiene al sostegno al reddito, sia in relazione alla possibilità di assistenza nel passaggio ad una nuova occupazione, secondo le linee guida della *flexicurity* di impronta europea. Ora, fermo restando che una solida protezione contro la disoccupazione ed un sostegno alla ricerca di nuove possibilità di lavoro sono elementi certamente positivi, a questa obiezione è possibile replicare con alcune considerazioni.

In primo luogo la qualità del lavoro è un bene che non può prescindere dal tipo di contratto utilizzato ed alla sua più o meno accentuata stabilità. Rendere più agevoli i contratti a termine ed aumentare il potere di licenziamento sono elementi certamente tali da incidere sulle prospettive esistenziali dei

lavoratori, aumentando l'insicurezza sul futuro della propria occupazione e muovendosi in netto contrasto con gli obiettivi di inclusione sociale e di implementazione di migliori condizioni di lavoro che è una delle finalità perseguite anche dall'Unione europea¹⁶¹.

D'altra parte, stabilire che il recesso sia insindacabile nei suoi presupposti organizzativi e, nel caso di sua illegittimità, prevedere un limitato risarcimento del danno (in coerenza con la volontà del Governo in sede di attuazione della delega) (si veda *retro*, § 7), significa ridurre in modo consistente tutti i diritti dei lavoratori. Infatti, una solida protezione contro il licenziamento è una sorta di “norma di chiusura” dell'intero diritto del lavoro. La mancanza di un'efficace regolamentazione contro il recesso ingiustificato e la minaccia di una possibile interruzione del rapporto a costi contenuti e senza obblighi ripristinatori nel contratto rendono di fatto “inagibili” molti diritti essenziali del lavoratore durante il rapporto (retribuzione, professionalità, privacy, sicurezza, ecc.). Inoltre, anche la possibile adesione al sindacato e l'esercizio dei diritti collettivi è altamente problematica. Il dipendente, infatti, per timore di perdere il posto di lavoro non eserciterà le sue prerogative, come dimostra l'esperienza delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria, dove solo dopo l'estinzione del contratto vi sono contenziosi che attengono a diritti fondamentali del lavoratore. Se la riforma del licenziamento verrà realizzata secondo le linee di intervento analizzate (si veda *retro*, § 7), il lavoratore, per periodi temporali molto lunghi – potenzialmente ancora più estesi per il possibile cumulo tra rapporti a termine e contratto a tutele crescenti – vivrà questa condizione di possibile mancata fruizione di diritti. Un tema, quest'ultimo, completamente obliterato dal dibattito pubblico e dalla legge, dove la flessibilità della *job employment protection* è valutata soltanto in chiave economica e senza considerare i profili giuridici esaminati.

Qualche osservazione deve essere fatta anche per quanto riguarda la tutela nel mercato del lavoro, che dovrebbe compensare la minore protezione nel rapporto. La legge-delega prevede una «rimodulazione» dell'ASpI, «con omogeneizzazione della disciplina relativa ai trattamenti ordinari e ai trattamenti brevi, rapportando la durata dei trattamenti alla pregressa storia

¹⁶¹ Infatti, ai sensi dell'art. 151 del TFUE, la «promozione dell'occupazione» deve avvenire nell'ambito del rispetto dei «diritti sociali fondamentali» e con l'obiettivo del «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro». Inoltre, la disciplina del contratto a termine, considerato dalla [direttiva 1999/70/CE](#) come strumento essenziale di *flexicurity* e rispondente «sia ai desideri dei lavoratori che alle esigenze di competitività» (considerando 5), espressamente ribadisce che «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro» (*Preambolo*).

contributiva del lavoratore» (art. 1, comma 2, lett. *b*, n. 1). Si stabilisce, inoltre «l'incremento della durata massima per i lavoratori con carriere contributive più rilevanti» (art. 1, comma 2, lett. *b*, n. 2).

Va ricordato, innanzitutto, che l'Assicurazione Sociale per l'Impiego, introdotta nel 2012 e con decorrenza dall'anno successivo, ha sicuramente esteso i benefici della precedente indennità di disoccupazione. Tuttavia, quando la riforma sarà pienamente a regime essa determinerà sia la estinzione definitiva della cassa integrazione per cessazione dell'attività aziendale (che, pur costituendo un'evidente anomalia, è stata utilizzata quale surrogato del licenziamento)¹⁶², sia dell'indennità di mobilità. Pertanto, almeno per quanto attiene ai licenziamenti per riduzione del personale, la tutela nel mercato del lavoro sarà nettamente inferiore a quella in precedenza esistente sia per quanto attiene alla durata, sia per il grado di copertura economica.

La delega prevede una possibile estensione temporale dell'ASpI per i lavoratori che hanno versato contributi in misura consistente, mentre rapportare la durata del trattamento alla pregressa storia contributiva del lavoratore potrebbe teoricamente significare anche ridurre l'arco temporale. Sembra prefigurarsi un abbandono della logica egualitaria del legislatore del 2012, con la previsione di una revisione in senso assicurativo dell'istituto, che potrebbe determinare conseguenze assai gravi per i lavoratori con carriere discontinue, con salari bassi o con consistenti omissioni nel versamento dei contributi¹⁶³. Al momento, inoltre, la durata massima dell'ASpI varia dagli 8 sino ai 14 mesi (a seconda delle fasce di età e con ulteriori incrementi di due mesi nel 2015), per poi arrivare, nel 2016, a 12 mesi per i lavoratori fino a 54 anni ed a 18 mesi per gli over 55. Attualmente, dunque, una fascia molto consistente di lavoratori ha una copertura temporale abbastanza ridotta (8/12 mesi).

Pur prendendo in considerazione la disciplina a regime della nuova indennità di disoccupazione, va rilevato inoltre come la sua estensione temporale non è particolarmente favorevole se rapportata a quella di molti Paesi europei, almeno per quanto riguarda la misura massima (24 mesi in Germania, Danimarca e Spagna; 38 mesi in Olanda, 36 mesi in Francia). D'altra parte, anche per quanto attiene alla entità economica dell'indennità, la disciplina

¹⁶² L'anomalia, come è evidente, consiste nell'utilizzare uno strumento (la CIGS) che presuppone la continuazione dell'attività produttiva in una situazione in cui l'impresa è destinata ad interrompere definitivamente la produzione.

¹⁶³ Per un primo commento sulla riforma dell'ASpI si rinvia a E. BALLETTI, *La riforma degli ammortizzatori sociali alla luce del disegno di legge delega 3 aprile 2014, n. 1428 Senato*, in F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 32 ss. del [dattiloscritto](#).

italiana si colloca al di sotto della media di molti Paesi importanti, soprattutto se si considera l'intero periodo di fruizione dell'indennità¹⁶⁴.

Da questo punto di vista, dunque, la tutela nel mercato del lavoro italiano – soprattutto fino al 2015 ma anche successivamente – non sembra essere particolarmente rilevante, soprattutto se paragonata ai modelli più virtuosi di *flexisecurity* a livello europeo. In una dimensione diacronica, si può osservare come la riduzione costante dei diritti in tema di licenziamenti – già operata nel 2012 ed ulteriormente accentuata con il contratto a tutele crescenti – non trovi un significativo riequilibrio nelle protezioni di cui lavoratore potrà godere per affrontare la disoccupazione. Una simile valutazione può essere fatta in primo luogo in relazione ad un passato non troppo lontano ed in considerazione ai trattamenti di sostegno al reddito che sono oggi solo temporaneamente conservati. Una conclusione analoga può essere estesa anche al momento in cui l'ASpI sarà a regime (con la eliminazione della cassa integrazione per cessazione di attività e dell'indennità di mobilità), soprattutto in un confronto con altre importanti esperienze europee. Non pare azzardato, dunque, sostenere che il sistema italiano coniughi la riduzione delle tutele del licenziamento con una diminuzione delle protezioni sul mercato del lavoro, nonostante si continui ad affermare il contrario.

In questo contesto, la stessa previsione della promozione di «accordi per la ricollocazione che vedono come parte le agenzie per il lavoro o altri operatori accreditati» (art. 1, comma 4, lett. *p*, della legge-delega), pur costituendo un fattore indubbiamente positivo di politica attiva del lavoro, non mi sembra sia tale da poter compensare i fenomeni negativi prima descritti. In presenza, infatti, di una immediata riduzione delle tutele in materia di licenziamento e di una indennità di disoccupazione che non è certamente tale da sostenere il reddito del lavoratore (in termini di durata e di copertura economica) in misura equivalente a quanto previsto nel passato in Italia e da molti altri importanti Paesi europei, si prevede una possibile ricollocazione del lavoratore del tutto eventuale e strettamente connessa non solo alle modalità attuative di questo istituto ma anche e soprattutto alle effettive condizioni di mercato. In situazione di crisi assai accentuate, soprattutto in aree territoriali depresse, è difficile preconizzare che il contratto di ricollocazione riuscirà a compensare le consistenti riduzioni di benefici normativi ed economici già descritti.

Mi sembra, dunque, che la legge-delega, almeno nelle parti qui esaminate, si muova nell'ambito di linee di tendenza, anche di derivazione europea, che

¹⁶⁴ Tra questi, ad esempio, Germania (67% della retribuzione), Olanda (75%, per i primi 6 mesi e poi 70% successivamente, con un tetto massimo) e Danimarca (90%, con un tetto massimo).

difficilmente potrebbero essere definite come “progressiste” o, come spesso ripete il Premier Renzi, di estensione di diritti e di tutele.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV., [I giuslavoristi e il Libro verde “Modernizzare il Diritto del Lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”. Una valutazione critica e propositiva](#), 2007
- ANASTASIA B., [Tempo indeterminato: gli incentivi nella manovra](#), in [Lavoce.info](#), 4 novembre 2014
- BALLETTI E., *La riforma degli ammortizzatori sociali alla luce del disegno di legge delega 3 aprile 2014, n. 1428 Senato*, in F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell’attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro](#), ADAPT University Press, 2014
- BAVARO V., [Il salario minimo legale e le relazioni industriali](#), in [Il Diario del Lavoro](#), 22 ottobre 2014
- BIASI M., [Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2013, n. 181
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2006
- BOERI T., GARIBALDI P., *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, 2008
- BOERI T., LUCIFORA C., [Salario minimo e legge delega](#), in [Lavoce.info](#), 26 settembre 2014
- CARINCI F., *Jobs Act, atto I: la legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, di prossima pubblicazione in *DRI*, 2015, n. 1
- CARINCI M.T., [Il rapporto di lavoro al tempo della crisi](#), relazione al XVII Congresso Nazionale Aidlass, [Il Diritto del Lavoro al tempo della Crisi](#), Pisa, 7-9 giugno 2012
- CASALE G., PERULLI A., *Towards the Single Employment Contract. Comparative Reflections*, Hart, 2013
- CECCANTI S., [Perché una delega legislativa che appare generica è normale e non è censurata dalla Corte](#), in [www.stefanoceccanti.wordpress.com](#), 9 ottobre 2014
- CELOTTO A., *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006, 65 ss.

- *CELOTTO A., FRONTONI E., *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. Dir. Aggiornamento*, 2002, VI, 697 ss.
- CIANI E., DE BLASIO G., [A volte funzionano: i sussidi alla stabilizzazione dei precari](#), in [Lavoce.info](#), 24 giugno 2014
- DRAGHI M., [Crescita, benessere e compiti dell'economia politica](#), lezione magistrale al convegno in ricordo di Giorgio Fuà, *Sviluppo economico e benessere*, Ancona, 5-6 novembre 2010, in [www.bancaditalia.it](#)
- FABRIZI E., PERAGINE V., RAITANO M., *Flessibilità e lavoro in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 49 ss.
- FERRARO G., *Il lavoro autonomo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, M. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 128 ss.
- FUBINI F., [Lavoro, pronti indennizzi esentasse se licenziati non fanno causa](#), in [La Repubblica](#), 15 novembre 2014
- FUMAGALLI A., [Le insostenibili leggerezze del Jobs Act](#), in [Economia e Politica](#), 4 settembre 2014
- GARILLI A., [Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 226
- GIORGIANTONIO C., [Riforma del mercato del lavoro e giudizi sui licenziamenti individuali: prime evidenze](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 210
- ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, vol. I, Giuffrè, 2000
- ICHINO P., *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *RIDL*, 2010, n. 4, I, 719 ss.
- ICHINO P., *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, Mondadori, 2011
- ICHINO P., [La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori](#), relazione introduttiva al convegno del Centro nazionale Studi di diritto del lavoro "Domenico Napoletano", Pescara, 11-12 maggio 2012, in [www.pietroichino.it](#)
- ICHINO P., [Minimum wage: perché non piace ai sindacati](#), in [www.pietroichino.it](#), 3 novembre 2014
- ICHINO P., [Sulla censura di eccessiva genericità della delega lavoro](#), in [www.pietroichino.it](#), 2014
- ICHINO P., [Contro la leggenda metropolitana dei 50 tipi di contratto di lavoro](#), in [www.pietroichino.it](#), 13 ottobre 2014
- ICHINO P., [Controlli in azienda: perché una riscrittura dello Statuto è indispensabile](#), in [www.pietroichino.it](#), 10 novembre 2014

- INPS, [Il lavoro parasubordinato. Aggiornamento all'anno 2013](#), in www.inps.it, 2014
- LEONARDI M., [L'indennità nell'incertezza](#), in [Lavoce.info](#), 27 marzo 2012
- LEONARDI S., *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *LD*, 2014, n. 1, 185 ss.
- MAGNANI M., [La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 212
- MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, [I rapporti di lavoro nel II trimestre 2014](#), Sistema delle Comunicazioni obbligatorie – II nota trimestrale 2014, settembre 2014, n. 10, in www.lavoro.gov.it
- ORLANDINI G., *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 619 ss.
- PACELLA A., REALFONZO R., TORTORELLA ESPOSITO G., *Flessibilità del lavoro e competitività in Italia*, in *DLM*, 2014, n. 1, 57 ss.
- PALADIN L., *Art. 76*, in *Commentario della Costituzione. Art. 76-82. La formazione delle leggi*, tomo II, Zanichelli, 1979
- PANDOLFO A., PASSALACQUA P., *Il nuovo contratto di lavoro a termine. Aggiornato alla legge 16 maggio 2014*, n. 78, Giappichelli, 2014
- PEDRAZZOLI M., *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa: studio comparato*, in *DLRI*, 2014, n. 141, 3 ss.
- PERULLI A., *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, 1996
- PERULLI A., SPEZIALE V., [L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2011, n. 132
- PINTO V., *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 199 ss.
- REALFONZO R., [La favola dei superprotetti. Flessibilità del lavoro, dualismo e occupazione in Italia](#), in [Economia e Politica](#), 26 settembre 2014
- REALFONZO R., TORTORELLA ESPOSITO G., [Gli insuccessi nella liberalizzazione del lavoro a termine](#), in [Economia e Politica](#), 13 maggio 2014
- RICCI G., *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Giappichelli, 2012
- ROMEI R., *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *DLRI*, 2014, n. 144, 675 ss.
- RUOTOLO M., SPUNTARELLI S., *Art. 76 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Utet, 2006, 1484 ss.

- SANTONI F., *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro](#), ADAPT University Press, 2014
- SCHIAVETTI F., CAIROLI S., *L'attuale disciplina sull'apposizione del termine*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato. Atto I*, Giappichelli, 2014, 10 ss.
- SCIARRA S., *Monitoraggio e valutazione: la riforma nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 37 ss.
- SICLARI M., *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità*, Cedam, 1992
- SISTEMA PERMANENTE DI MONITORAGGIO DELLE POLITICHE DEL LAVORO, [Il primo anno di applicazione della legge 92/2012](#), Quaderno n. 1, gennaio 2014, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in www.lavoro.gov.it
- SPEZIALE V., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 305 ss.
- SPEZIALE V., [La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2013, n. 190
- TIRABOSCHI M., TOMASSETTI P., *Il nuovo lavoro a termine*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University Press, 2014, 1 ss.
- TREU T., *Il 1° comma dell'art. 36*, in *Commentario della Costituzione. Art. 35-40. Rapporti economici*, Zanichelli, 1979, 72 ss.
- TRIDICO P., [La flessibilità del lavoro e la crisi dell'economia italiana](#), in *Economia e Politica*, 17 aprile 2013
- ZOPPOLI L., *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, I, Jovene, 1994

La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?

di Alessandro Boscati

1. Premessa

Anche il Governo Renzi, al pari di tutti i Governi che si sono succeduti nel secondo dopoguerra, ha inserito tra le questioni centrali della propria agenda il tema della riforma della pubblica amministrazione. Il settore pubblico rappresenta un ambito privilegiato delle politiche di contenimento della spesa pubblica; una politica che con sintonica uniformità è stata scandita da successivi interventi legislativi interessati prioritariamente alla riforma della disciplina del rapporto di lavoro pubblico piuttosto che alla realizzazione di un nuovo assetto organizzativo.

Se quanto detto è noto, del pari nota è l'evoluzione normativa che ha portato alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego, ma che verrà qui ripercorsa nei suoi passaggi essenziali cercando di cogliere quelli che sono gli elementi qualificanti di ogni fase per porli a confronto con le più recenti proposte¹. Un'analisi che dovrà considerare e comparare tra loro anche la successione interna degli interventi normativi e delle proposte di legge del presente esecutivo, dal suo insediamento, a fine febbraio 2014, fino ad oggi. Solo alla luce di tale ricostruzione, e dopo aver analizzato per macro-aree gli interventi

¹ In merito cfr. per una dettagliata ricostruzione critica F. CARINCI, *Una riforma "conclusa"*. *Fra norma scritta e prassi applicativa*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, XLIII ss.

recenti in materia di lavoro pubblico, si trarranno le fila per far emergere i profili di continuità e quelli di discontinuità della «politica del Governo Renzi per il settore pubblico». In particolare si focalizzerà l'attenzione sul rapporto tra riforma organizzativa e riforma del rapporto di lavoro per verificare la sussistenza o meno dell'enunciato cambio di passo, non tralasciando l'analisi del nuovo rapporto che sembra profilarsi tra potere politico e vertice burocratico, segnatamente la tenuta o meno del tanto acclarato metodo manageriale.

1.1. Dal Rapporto Giannini alla contrattualizzazione del 1992

La premessa più lontana è costituita dal *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione*², meglio noto come *Rapporto Giannini*³, con cui si apriva la breccia per il superamento del principio dell'ontologica incompatibilità tra lavoro pubblico e regolamentazione privatistica (ancorché limitato a coloro che svolgevano prestazioni lavorative non implicanti l'esercizio di una pubblica funzione)⁴; un rapporto seguito a breve distanza dall'emanazione della legge-quadro del 1983, con cui si dava accesso al «metodo della contrattazione collettiva»⁵ in un contesto in cui, pur

² MINISTERO PER LA FUNZIONE PUBBLICA, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato (trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979)*, in *RTDP*, 1982, n. 3, 722 ss., su cui cfr. M. D'ALBERTI, *Alcune riflessioni generali sul rapporto Giannini*, in *RGL*, 1980, I, 63.

³ S. CASSESE, *Lo stato dell'Amministrazione Pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini*, in *GDA*, 2000, n. 1, 99, lo definisce quale «punto di svolta nella lunga serie di tentativi di riforma che si sono susseguiti dalla prima guerra mondiale in poi».

⁴ Come rileva M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, 1978, 313, fino a quel momento il rapporto di impiego era considerato come un elemento strutturale dell'organizzazione in virtù della «immedesimazione organica» «tra disciplina dell'organizzazione amministrativa – alla quale si riconduce *tout court* l'organizzazione del lavoro – e disciplina del rapporto di lavoro (stato giuridico)» con la conseguente totale attrazione del secondo «nell'orbita della prima».

⁵ Per l'introduzione di tale formula cfr. G. PERA, *Libertà sindacale*, in *Enc.dir.*, 1974, XXIV, 527; E. GHERA, *Il pubblico impiego*, Cacucci, 1975, 69; M. RUSCIANO, *op. cit.*, 200. Come rileva M. BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, 1997, 73, nota 48, l'utilizzazione di tale locuzione in luogo di quella di «contrattazione collettiva» «è stato con ogni probabilità un *escamotage* con il quale ci si è liberati dal dubbio – più che fondato – che quella del pubblico impiego non fosse che una pseudo-contrattazione». Sul significato politico e giuridico del riconoscimento della contrattazione collettiva nel pubblico impiego cfr. F. CARINCI, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in *RTDPC*, 1974, n. 4, 1098 ss., spec. 1103 ss.;

introducendosi significativi spazi di intervento a favore della fonte negoziale, si prevedeva che la stessa potesse acquisire efficacia solo a seguito del recepimento in un decreto del Presidente della Repubblica. Un mutamento che si realizzava in un ambito di riferimento permaneva rigidamente ancorato al diritto pubblico. Il processo subisce una forte accelerazione a partire dall'ultima decade del secolo scorso: ad esigenze di modernizzazione della pubblica amministrazione si uniscono stringenti necessità di contenimento della spesa pubblica e di recupero di produttività e di efficienza nell'ambito di una ravvisata urgenza di trasformazione delle modalità d'azione⁶. Non meno rilevante è la volontà di perseguire riforme in grado di dare una spinta moralizzatrice al sistema all'indomani della manifestazione della c.d. "prima" Tangentopoli. Ma soprattutto vi è il ruolo assunto da un nuovo protagonista, il sindacalismo confederale, portatore di «una proposta radicale che salta a piè pari una mera rivisitazione della legge quadro»⁷ nell'ambito di un "scambio" implicito (per la verità non più di tanto) tra consenso sindacale al progetto governativo di risanamento dei conti pubblici e tendenziale assimilazione delle leggi del lavoro pubblico a quelle del privato⁸.

È questo il substrato fattuale e culturale in cui si inserisce la contrattualizzazione⁹, stimolata e sospinta da un continuo processo interpretativo della dottrina, non solo giuslavoristica¹⁰ e che conduce ad

U. ROMAGNOLI, *Intervento alla tavola rotonda su "Contrattazione collettiva e diritti sindacali nel pubblico impiego"*, in *RGL*, 1976, I, 142 ss.

⁶ In merito L. MONTUSCHI, *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, 50, afferma che l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è «attraversato da un riformismo inquieto».

⁷ F. CARINCI, *All'indomani di una riforma promessa: la "privatizzazione" del pubblico impiego*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. 29/93 alla finanziaria 1995*, Giuffrè, 1995, XXXV.

⁸ Cfr. A. MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico ed il sistema delle fonti*, in *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico ed il sistema delle fonti. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. L'Aquila, 31 maggio-1° giugno 1996*, Giuffrè, 1997, 7, il quale si chiede se accanto ai motivi espressamente enunciati ne esistessero altri, non esplicitati, «ma che, al pari di quelli palesi, servano a dare un quadro completo delle convenienze che hanno guidato il legislatore».

⁹ Come rileva V. FERRANTE, *Note in margine al progetto di riforma dei rapporti individuali e collettivi nel settore pubblico*, in *LD*, 1992, n. 4, 686, la modifica della natura del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti «è solo la tessera di un mosaico ben più ampio».

¹⁰ In particolare si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, n. 3-4, spec. 461, ma prima A. ORSI BATTAGLINI, *Autonomia collettiva, principio di legalità e struttura delle fonti*, in *DLRI*, 1983, n. 18, 287, e A. ORSI BATTAGLINI, *Impiego pubblico e lavoro privato: per un nuovo statuto comune*, in *LD*,

affermare il principio secondo cui la natura giuridica dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni è frutto di una scelta di diritto positivo, non condizionata né dalla riserva di legge in materia di organizzazione degli uffici pubblici, né dal regime pubblicistico che presiede l'azione amministrativa, né dall'origine pubblicistica delle norme applicabili ai rapporti di lavoro. Tutto ciò, peraltro, non senza la ferma opposizione della maggioranza della dottrina giuspubblicistica e della magistratura amministrativa¹¹.

1.2. *Segue: la c.d. prima fase della riforma*

Nasce così la l. n. 421/1992 che si occupa di tre fondamentali materie, sanità, pensioni e lavoro pubblico e che segue di poco tempo tre leggi fondamentali del 1990: la n. 142, con cui nel dettare i principi dell'ordinamento dei comuni e delle province e nel determinarne le funzioni, si riafferma, tra l'altro, il principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione già definito dal d.P.R. n. 748/1972; la n. 146, con cui, in attuazione dell'art. 40 Cost., si introducono le prime regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali; la n. 241 che per la prima volta con l'introduzione della figura del responsabile del procedimento impersonifica la pubblica amministrazione in un soggetto fisico cui il cittadino/utente può rivolgersi.

In materia di lavoro pubblico la logica di decisa rottura con l'impianto precedente viene sviluppata nelle intenzioni del legislatore lungo due linee convergenti. Da un lato, sul versante della disciplina del rapporto di lavoro, ciò avviene tramite la creazione di un «diritto “comune” del lavoro»¹², sia al settore privato che a quello pubblico, in cui il contratto individuale di lavoro

1989, n. 4, 578. Peraltro anche nell'ambito della dottrina giuslavoristica non mancavano alcune voci critiche: si veda G. GHEZZI, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego: prime osservazioni*, in *RGL*, 1992, I, 538; S. SCIARRA, *Intervento*, in *Impiego pubblico e lavoro privato: per un nuovo statuto comune*, in *LD*, 1990, n. 1, 8; E. GRAGNOLI, *Rapporto di lavoro pubblico e inquadramento professionale*, Cedam, 1992, 39 ss.; L. FIORILLO, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, 1990, 22 ss., spec. 46 ss.

¹¹ Si veda il celebre parere C. Stato 31 agosto 1992, n. 146, in *RIDL*, 1993, III, 24 ss., su cui in termini critici M. D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *LD*, 1996, n. 2, 238; in termini analoghi cfr. anche M. BARBIERI, *op. cit.*, 58.

¹² Così M. RUSCIANO, *Rapporto di lavoro “pubblico” e “privato”: verso regole comuni?*, in *LD*, 1989, n. 3, 372. In merito cfr. anche F. CARINCI, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, cit., 1098 ss., sul punto spec. 1103-1105; M. D'ALBERTI, *Impiego pubblico, norme privatistiche, processo del lavoro*, in *GCost*, 1977, I, 509 ss. In particolare per le implicazioni connesse, e desumibili, dalla locuzione “diritto comune” cfr. F. CARINCI, *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *RIDL*, 1993, n. 1, I, 16 ss.

assume il ruolo di “pietra angolare” del sistema, tale da comportare il mutamento della natura giuridica del rapporto di lavoro, cui si affianca la consacrazione del ruolo della contrattazione collettiva quale fonte di regolazione del rapporto di lavoro, senza che vi sia analogia attribuzione di effettiva efficacia regolativa anche al contratto individuale¹³. Una contrattualizzazione che non era pensata per l’intero personale, data la prevista conservazione dello “statuto pubblicistico” in capo ai dirigenti generali ed equiparati. Dall’altro lato, sul piano dei rapporti tra amministrazione e potere politico, si procede al potenziamento del ruolo attribuito alla dirigenza, che si vuole rendere effettivamente autonoma rispetto ai politici e responsabile dell’attività organizzativo-gestoria, sì da recidere anche quella «contiguità tra dirigenti e dipendenti, che era stata spesso causa di tolleranza ed inerzia»¹⁴. Quale effetto della contrattualizzazione vi è la previsione dell’affidamento delle controversie di lavoro riguardanti i pubblici dipendenti contrattualizzati alla giurisdizione del giudice del lavoro (a decorrere dal terzo anno successivo all’emanazione del decreto legislativo e, comunque non prima dell’esaurimento della fase transitoria).

In conformità a quanto previsto dalla legge-delega, il d.lgs. n. 29/1993 ne ha attuato i principi sulla base dei due pilastri appena enunciati: la contrattualizzazione del rapporto di lavoro di tutti i dipendenti, ferme alcune esclusioni soggettive (tra cui, come visto, la dirigenza di vertice), e l’affermazione del principio di portata generale di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione, con attribuzione alla prima dei compiti di indirizzo e di controllo, ed alla seconda dei compiti di attuazione, in maniera autonoma e responsabile, delle direttive ricevute. Un ruolo specifico della dirigenza di cui è dimostrazione la corposa disciplina dedicata alla figura, speciale sia rispetto alla disciplina della dirigenza privata, sia rispetto a quella del restante personale.

Se tramontava così la concezione tradizionale del pubblico impiego che si era fondata fino a quel momento sull’incorporazione della disciplina del lavoro all’interno delle norme sull’organizzazione¹⁵, evidenti ed immediatamente

¹³ In merito cfr. M. PERSIANI, *Brevi riflessioni sulla privatizzazione dell’impiego pubblico*, in *ADL*, 2000, n. 3, 621; S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, 2000, 327.

¹⁴ M. RUSCIANO, *L’unificazione normativa del lavoro pubblico e del lavoro privato*, in *DLRI*, 1989, n. 3, 379.

¹⁵ Si modifica anche il ruolo del sindacato consolidatosi a seguito dell’emanazione della legge-quadro, da “co-gestore interno” a “interlocutore dialettico”; sul punto specifico si veda L. FIORILLO, *Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico (informazione, consultazione, partecipazione): esame della attuale normativa e ipotesi di rivisitazione*, in M. D’ANTONA, P.

percepite erano le difficoltà applicative che ruotavano intorno alla complicazione di far convivere diritto pubblico e diritto privato nella attività di organizzazione e di gestione del rapporto di lavoro. Ciò in ragione di quella che era stata definita essere la c.d. “doppia inclusione”, per cui organizzazione degli uffici e gestione del rapporto di lavoro risultavano soggetti ad un diverso regime giuridico, cui si affiancava la riserva di regime pubblicistico anche per alcune materie attinenti al rapporto di lavoro in base al disposto della legge-delega.

I primi decreti correttivi dell’originaria formulazione del d.lgs. n. 29 (ci si riferisce in particolare ai decreti n. 470 e n. 546 del 1993) cercarono di porre rimedio alle questioni più urgenti, prime fra tutte quelle derivanti dall’applicazione della clausola di specialità¹⁶. Restavano però innumerevoli “zone grigie” derivanti dalla necessaria adozione concorrente e coordinata di misure organizzative e gestionali soggette ad un diverso regime giuridico, pubblicistico le prime, privatistico le seconde; ambiti certamente distinguibili sul piano concettuale, ma non sul piano concreto, attesa la stretta connessione e l’influenza reciproca. Il che incideva sulla rapidità d’azione dell’amministrazione in contrasto con quella che ne doveva essere la logica ispiratrice.

1.3. Segue: la c.d. prima fase della riforma

È sulla scorta di tale situazione che sotto l’abile regia del binomio Bassanini-D’Antona prende avvio, a costituzione invariata e nell’ambito del più ampio progetto di federalismo amministrativo, la c.d. seconda fase della riforma del lavoro pubblico. Una fase che inizia con la riapertura da parte della l. n. 59/1997 (c.d. legge Bassanini, seguita dalla l. n. 127/1997 e l. n. 191/1997, significativamente denominate Bassanini-*bis* e Bassanini-*ter*) della prima

MATTEINI, V. TALAMO (a cura di), *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998). I lavori preparatori ai Decreti legislativi n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e n. 387 del 1998*, Giuffrè, 2001, 47; M. D’ANTONA, *L’autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *FI*, 1995, V, 40, pur prospettando una distinzione di ruoli auspica comunque il consolidamento di un metodo partecipativo al fine di prevenire conflitti e sviluppare la collaborazione tra le parti.

¹⁶ Secondo tale clausola di specialità l’applicazione delle norme del lavoro privato poteva avvenire, «in quanto (esse fossero) compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal presente decreto»; in merito cfr. M.T. CARINCI, *Specialità del rapporto*, in F. CARINCI (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 1993, n. 3-4, 665 ss.

delega di cui alla l. n. 421/1992, integrata da nuovi principi direttivi e che, nelle intenzioni, si sarebbe dovuta concludere con l'emanazione di un Testo Unico, ai sensi di quanto previsto dalla l. n. 50/1999 (nota come legge di semplificazione 1998, i cui termini furono poi prorogati dalla l. n. 340/2000). Una riforma che, come evidenziato esplicitamente dagli stessi protagonisti, voleva accantonare «la nota dominante dell'emergenza finanziaria»¹⁷ che aveva caratterizzato la prima fase per cedere il passo ad una nuova in cui venissero privilegiate regole flessibili nell'organizzazione della struttura e nella gestione del personale. Ciò avviene con l'emanazione di tre decreti delegati, il n. 396/1997, n. 80/1998 e n. 387/1998, tutti all'insegna di una contrattualizzazione spinta, con la ridefinizione della linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato, non più tagliata sull'asse organizzazione/rapporto, bensì interna alla stessa organizzazione, con una c.d. macro-organizzazione (ovvero l'organizzazione nelle sue linee essenziali) lasciata al diritto pubblico ed una micro-organizzazione, comprendente tutte le decisioni di organizzazione e di gestione dell'apparato di competenza dei dirigenti preposti agli uffici di livello dirigenziale generale e dei dirigenti subordinati, ricondotta al diritto privato¹⁸. Una nuova linea di confine che aveva previamente trovato l'esplicita legittimazione della Corte costituzionale¹⁹, ma che apriva una lunga e dibattuta querelle dottrinale relativa all'individuazione degli ambiti di libera esplicazione della contrattazione collettiva che troverà soluzione unicamente con la c.d. riforma Brunetta. La questione, nota come c.d. negoziabilità dei poteri dirigenziale, risiedeva nel poter considerare o meno materie contrattabili tutte quelle assoggettate all'egida del diritto privato.

Dal punto di vista “soggettivo” l'estensione del diritto privato si traduceva nella contrattualizzazione del rapporto di lavoro anche dei dirigenti apicali. Tale mutamento costringeva la Corte costituzionale nel breve volgere di alcuni

¹⁷ M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. BATTINI, S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1997, 1, 8.

¹⁸ Per la distinzione tra micro e macro-organizzazione si vedano C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.Lgs. n.29/1993 ai D.Lgs. nn.396/1997, 80/1998 e 387/1998*, Giuffrè, 2000, 99, e A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, *Art. 2. Fonti. Comma 1°*, in *NLCC*, 1999, n. 5-6, 1067 ss.

¹⁹ C. cost. 16 ottobre 1997, n. 309, in *LPA*, 1998, n. 1, II, 131, con nota di M. BARBIERI, *Corte Costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*; in merito si vedano anche le osservazioni di F. CARINCI, “Costituzionalizzazione” ed “autocorrezione” di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico), in *ADL*, 1998, n. 1, 38.

anni a giustificare dapprima il permanente assoggettamento al diritto pubblico e successivamente la riconduzione al diritto privato²⁰. Alla generalizzazione della contrattualizzazione dell'intera dirigenza si affiancava l'introduzione della scissione tra contratto di assunzione a tempo indeterminato ed incarico a termine, evidente profilo di specialità del rapporto di lavoro della categoria, visto e vissuto come misura atta a "compensare" il rafforzamento del principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione²¹. Intrinsecamente connessa con la contrattualizzazione del rapporto di lavoro dell'intera dirigenza e con l'introduzione del principio di temporaneità degli incarichi era, poi, la previsione dell'istituzione di un ruolo unico interministeriale, articolato in due fasce, in cui confluivano tutti i dirigenti dei Ministeri e delle amministrazioni autonome dello Stato. L'appartenenza ad una delle due fasce rilevava ai fini del conferimento di particolari incarichi ed agli effetti del trattamento economico.

È in questo periodo che si realizza, altresì, il definitivo passaggio di giurisdizione, dal giudice amministrativo al giudice del lavoro, con la *dead line* del 30 giugno 1998; un definitivo passaggio accelerato dall'introduzione di un termine decadenziale (15 settembre 2000) per la proposizione davanti al giudice amministrativo delle controversie riguardanti questioni inerenti il rapporto di lavoro contrattualizzato anteriori al 30 giugno 1998 (art. 45, comma 17, del d.lgs. n. 80/1998).

²⁰ Con la sentenza C. cost., 25 luglio 1996, n. 313, in *RIDL*, 1997, n. 1, II, 36, con nota di E. GRAGNOLI, *Imparzialità del dipendente pubblico e privatizzazione del rapporto*, la Corte avallò la scelta del legislatore della duplicazione delle fonti regolatrici del rapporto, non ritenendola in contrasto con le regole di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa; con la successiva C. cost. ord. 30 gennaio 2002, n. 11, in *LPA*, 2002, n. 2, II, 293, affermò che «la privatizzazione del rapporto di impiego pubblico (intesa quale applicazione della disciplina giuslavoristica di diritto privato) non rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente pubblico, posto che per questi (dirigente o no) non vi è – come accade per i magistrati – una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico particolare che assicuri, ad esempio, stabilità ed inamovibilità», per cui rientra nella discrezionalità del legislatore disegnare l'ambito di estensione di tale privatizzazione, con il limite del rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e della non irragionevolezza della disciplina differenziata.

²¹ Per le motivazioni sottese a tale soluzione legislativa, per tutti, F. CARINCI, *La privatizzazione della dirigenza generale alla prova della Consulta*, in *LPA*, 2000, n. 5, 710. Si veda anche A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, 2000, 230, il quale sottolinea come tale scelta conduca a configurare tra politica e dirigenza un modello di distinzione funzionale e di contiguità strutturale.

Nell'ambito del progetto complessivo di modifica del sistema amministrativo delineato dalle c.d. leggi Bassanini vengono altresì emanati il d.lgs. n. 286/1999 con cui si riforma il sistema dei controlli e di valutazione delle responsabilità, nonché i decreti delegati n. 300 e n. 303 del 1999 di riforma dell'assetto organizzativo del Governo (Presidenza del Consiglio dei Ministri e plesso governativo ministeriale, oltre le correlative agenzie, ad ordinamento generale ovvero speciale).

Quello che era stato pensato come il nuovo Testo Unico del Pubblico impiego, finalizzato a razionalizzare la copiosa e corposa normativa stratificatasi nel corso degli anni, si traduceva in una mera riscrittura del d.lgs. n. 29/1993, sì da risultare re-immatricolato come d.lgs. n. 165/2001 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*), perdendo così le caratteristiche di un Testo Unico ed assumendo quelle di legge generale sul rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni²².

Di lì a poco, a fine legislatura, era approvata la l. cost. n. 3/2001 con cui si "ribaltava" il precedente criterio di riparto di competenze legislative dello Stato e delle Regioni, con un nuovo art. 117 che nel prevedere una generale potestà legislativa in capo alle Regioni, definiva un primo elenco di materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato ed un secondo elenco di materie a "legislazione concorrente" Stato-Regioni. Se per il lavoro privato ben presto è prevalso in dottrina ed in giurisprudenza l'orientamento che attribuiva alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina del rapporto di lavoro, in quanto riconducibile alla materia ordinamento civile²³, più

²² Come rileva F. CARINCI, *Spes ultima dea*, in *LPA*, 2001, n. 2, suppl., 6, allorché la bozza del Testo Unico venne sottoposta ad una verifica Governo-sindacati «si scontrò con un veto assoluto ed incondizionato degli stessi sindacati» le cui riserve erano rivolte sia al metodo, ed in particolare al non essere il testo il frutto di un confronto regolare e continuo tra le parti sociali, sia al contenuto, lamentandosi uno spostamento della linea di confine tra legge e contratto a favore della prima, cui conseguiva una qual sorta di rilegificazione della materia.

²³ Ordinamento civile che rappresenta la riproduzione del "vecchio" limite del diritto privato fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di uguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole che disciplinano i rapporti tra i privati. Così in dottrina F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, n. 1, 59; M. NAPOLI, *Tutela e sicurezza del lavoro nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Quale futuro per il diritto del lavoro? La politica del Governo: dal libro bianco al disegno di legge delega sul mercato del lavoro. Atti della Giornata di studio. Milano, 12 aprile 2002*, Giuffrè, 2002, 13; R. PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, in *ADL*, 2002, n. 1, 75; M.G. GAROFALO, *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in *RGL*, 2002, n. 3, I, 410; M. MAGNANI, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, in *ADL*, 2002, n. 3, 645; P. TOSI, *I nuovi rapporti tra Stato e Regioni: la disciplina del contratto di lavoro*, ivi, 599 ss.; M. DE LUCA, *Il*

complessa e stratificata è stata l'interpretazione del testo costituzionale con riguardo al personale delle amministrazioni regionali e locali, in ragione dell'intreccio tra disciplina del rapporto di lavoro e profili organizzativi. La giurisprudenza costituzionale, pur con alcune oscillazioni, ha ricondotto i profili relativi alle modalità di accesso al lavoro pubblico regionale alla materia dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali; e, dunque, nella competenza residuale regionale *ex art. 117, comma 4, Cost.*²⁴, mentre ha riportato nella materia "ordinamento civile" anche la disciplina del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato²⁵.

lavoro nel diritto regionale: tra statuto della regione siciliana e recenti modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (note minime), in *FI*, 2002, n. 12, V, 272; M. PALLINI, *La modifica del Titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in *RGL*, 2002, n. 1, I, 21. Altri AA. addivenivano al riconoscimento della competenza esclusiva dello Stato attraverso diverse argomentazioni e cioè attraverso il richiamo al fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. (M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2002, n. 1, 19 ss.), o invocando la diversa materia di competenza statale esclusiva «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (M. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro italiano nel federalismo*, in *LD*, 2001, n. 3, 491 ss.; cfr. anche L. ZOPPOLI, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile puzzle?*, in *LPA*, 2002, n. 1, suppl., 149 ss., che muovendo dai livelli essenziali delle prestazioni afferma l'esistenza di uno spazio per la legislazione regionale che può operare innalzando i livelli di tutela e sicurezza del lavoro). In via di ipotesi M.V. BALLESTRERO, *Differenze e principio di uguaglianza*, in *LD*, 2001, n. 3, 424, e R. DEL PUNTA, *Tutela e sicurezza del lavoro*, *ivi*, 434, affermano che la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile non sembra assorbire interamente la disciplina del rapporto di lavoro e optano per l'individuazione di un nucleo regolativo essenziale ed intangibile della legislazione nazionale. In giurisprudenza cfr. C. cost. 6 novembre 2001, n. 352, antecedente di 2 giorni rispetto all'entrata in vigore della revisione del titolo V e, pertanto, assai significativa conoscendo già la Corte il testo del nuovo art. 117 Cost.; in seguito si veda C. cost. 28 luglio 2004, n. 282, che parla di un limite «rimasto fondamentalmente invariato nel passaggio dal vecchio al nuovo testo». In merito si veda anche C. cost. 26 giugno 2002, n. 282, che ha affermato che la determinazione dei livelli essenziali non configura una materia a sé stante, ma al più una competenza di carattere trasversale idonea ad incidere su tutte le altre e volta a preservare l'unità giuridica ed economica della Repubblica; ancora cfr. C. cost. 28 gennaio 2005, n. 50.

²⁴ Cfr. C. cost. 16 giugno 2006, n. 233, che riconduce le nomine e l'attribuzione di incarichi dirigenziali da parte degli organi di indirizzo politico nell'ambito dell'organizzazione amministrativa regionale, ponendosi semmai un problema circa la lesione degli artt. 3 e 97 Cost. Più in generale C. cost. 7 luglio 2010, n. 235, che riconduce nell'ambito dell'organizzazione degli uffici la regolamentazione delle modalità di instaurazione di contratti di lavoro con le Regioni. Per la prima giurisprudenza che aveva affermato che la competenza legislativa residuale delle Regioni in materia di ordinamento dei propri uffici

1.4. Segue: la c.d. terza fase della riforma: dalla riforma Frattini alla riforma Brunetta passando per le stabilizzazioni del Governo Prodi

La “codificazione” del 2001 è stata in seguito novellata dalla l. n. 145/2002, con una significativa riscrittura delle disposizioni in tema di dirigenza; un disegno di legge pensato dalla nuova maggioranza di centro-destra con un obiettivo iniziale limitato, volto ad una generalizzazione retroattiva dello *spoil system*, e poi via via incrementatosi di contenuti e di *ratio*, assumendo nelle mature intenzioni del legislatore una matrice contro-riformatrice tesa ad una ripubblicizzazione/decontrattualizzazione della dirigenza. Una riconduzione della dirigenza sotto l’egida pubblicistica che non ha, però, trovato conforto nell’interpretazione delle norme e soprattutto dalla non superata matrice contrattuale del rapporto di lavoro. Una novella che nel comportare una rilegificazione della disciplina del conferimento degli incarichi, precludendo *expressis verbis* un possibile intervento regolativo della contrattazione collettiva, incrementava il peso delle scelte politiche in ordine alla preposizione dei dirigenti negli uffici, sì da rafforzare il legame fiduciario fra nominante e nominato.

Da lì a qualche mese la l. n. 30/2003 ed il successivo d.lgs. n. 276/2003 di riforma del mercato del lavoro sancivano la loro espressa non applicabilità alle «pubbliche amministrazioni» e al «loro personale» (art. 6, l. n. 30/2003, e art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003), sì da aprire la via al progressivo allontanamento della disciplina del lavoro pubblico dai modelli normativi che ispirarono la contrattualizzazione²⁶.

poteva estendersi anche a disciplinare il rapporto di impiego dei propri dipendenti, si veda C. cost. 15 novembre 2004, n. 345, nonché C. cost. 24 luglio 2003, n. 274.

²⁵ Con specifico riferimento al rapporto di lavoro pubblico si veda C. cost. 21 marzo 2007, n. 95; C. cost. 14 giugno 2007, n. 189, nonché più recentemente C. cost. 29 aprile 2010, n. 151. Per la legittima differenziazione della disciplina del rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello privato in quanto il processo di omogeneizzazione è soggetto al limite della specialità del lavoro pubblico si veda C. cost. 16 maggio 2008, n. 146; C. cost. 9 novembre 2006, n. 367; C. cost. 5 giugno 2003, n. 199; C. cost. 27 marzo 2003, n. 82; C. cost. 23 luglio 2001, n. 275.

²⁶ Così espressamente S. MAINARDI, *Il pubblico impiego nel “Collegato lavoro”*, in *GI*, 2011, n. 11, 2447. Un allontanamento che più volte la Corte costituzionale ha legittimato, si veda in questo senso, da ultimo, C. cost. 10 maggio 2012, n. 120, su cui cfr. in particolare L. ZOPPOLI, [Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica](#), Working Paper CSDL “Massimo D’Antona”.IT, 2013, n. 168, 14-15.

Nella successiva legislatura, l'attenzione della maggioranza di centro sinistra in materia di lavoro pubblico è stata rivolta in via principale alla riduzione della spesa degli enti (e, dunque, anche alla spesa in materia di personale) e alla soluzione dell'annosa questione del precariato, effetto del blocco delle assunzioni degli anni precedenti e che aveva condotto all'assunzione di personale con contratto a termine o addirittura con contratti di collaborazione. Così ad un primo decreto-legge dai poliedrici contenuti (d.l. n. 223/1996, convertito dalla l. n. 248/2006), desumibili dal suo stesso titolo (*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*), le leggi finanziarie per il 2007 (l. n. 296/2006) e per il 2008 (l. n. 244/2007) introducevano specifiche regole volte alla c.d. stabilizzazione del personale assunto con contratto flessibile e che avesse lavorato con tale tipologia contrattuale per almeno un triennio. Un impegno che vide coinvolte direttamente anche le parti sociali con le quali a fine gennaio del 2007 veniva sottoscritto il *Memorandum d'intesa sul lavoro pubblico e riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche*. Un memorandum che si apre con l'incipit secondo cui «una profonda riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche è un passaggio obbligato affinché l'economia italiana torni su un sentiero di crescita duratura» e che prosegue affermando che «le iniziative di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche vengano attuate attraverso indirizzi e criteri generali concordati in connessione con il rinnovo dei contratti». Dunque, un'affermata esplicita volontà di ritorno al contratto di cui si prospetta una *vis expansiva* anche con riguardo ai profili organizzativi²⁷. È altresì da ricordare come in questa fase sono stati anticipati, ancorché con direttiva del Ministro della funzione pubblica, alcuni principi che saranno ripresi in seguito dal legislatore con riferimento alla procedimentalizzazione delle modalità di conferimento degli incarichi dirigenziali. La direttiva Nicolais (n. 10 del 19 dicembre 2007), in parte rifacendosi ad alcuni contenuti dell'appena citato memorandum, poneva in luce l'esigenza di individuare strumenti per realizzare un'adeguata pubblicità dei posti dirigenziali vacanti e per consentire ai dirigenti che ritenevano di possedere la professionalità idonea allo svolgimento del relativo incarico di potersi candidare per lo svolgimento dell'incarico vacante. Una scelta che sarebbe poi spettata all'amministrazione all'esito di un'adeguata ponderazione delle candidature avanzate.

²⁷ In merito si veda criticamente A. GARILLI, *Dove va il pubblico impiego?*, in *Jus*, 2010, n. 3, 456, il quale sottolinea che il memorandum «sembra ricadere nell'errore di spingere eccessivamente verso una co-gestione dell'efficienza».

1.5. Segue: la quarta fase: da Brunetta a Renzi, passando per Monti e Letta

Di lì a poco, nel nuovo esecutivo di centro-destra, la scena era occupata dal vulcanico Ministro Brunetta propulsore di una visione riformatrice della pubblica amministrazione che, come è stata unanimemente commentato dalla dottrina, è stata pensata e scritta all'insegna di una spiccata visione aziendale della pubblica amministrazione. L'obiettivo era di introdurre nel settore pubblico una "reale" cultura dell'efficienza, del merito e dell'integrità anche per riaffermare la fiducia della collettività nei confronti dell'operato della pubblica amministrazione. Ciò anche tramite una maggiore partecipazione del cittadino nella gestione dei servizi pubblici, rendendo possibile il controllo sull'utilizzo delle risorse pubbliche, attraverso la massima trasparenza delle informazioni concernenti l'organizzazione, i costi dei servizi ed i trattamenti economici erogati.

Si tratta di una riforma di cui si è detto molto, al limite dell'abuso del dire, originariamente fondata su di un doppio binario, avendo a riferimento la riforma dell'organizzazione e del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, divenuto ben presto una monorotaia in cui una delle due rotaie, quella relativa alla riforma del lavoro, ha "assorbito" l'altra. Nascono in diretta consequenzialità, a fine maggio 2008 ed inizio giugno dello stesso anno, due progetti di riforma, l'uno denominato *Piano Industriale per la riforma della Pubblica amministrazione*, l'altro *Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva*, sulla base dei quali vengono in breve tempo redatti 2 disegni di legge. Il primo, progetto di legge n. 1441 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*) viene stralciato in autonomi disegni di legge, perdendo nell'approvazione definitiva dei vari testi l'iniziale organicità²⁸; il secondo, ddl S 847 (*Delega al Governo finalizzata*

²⁸ Segnatamente dal progetto n. 1441-*bis*, deriva l'approvazione della l. 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, dal n. 1441-*ter* la l. 23 luglio 2009, n. 99, *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*, dal n. 1441-*quater* la l. 4 novembre 2010, n. 183, *Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro*.

all'ottimizzazione della produttività) viaggia rapidamente e conduce all'approvazione della l. n. 15/2009 ed alla successiva emanazione del d.lgs. n. 150/2009. Se l'iter che ha condotto all'approvazione della legge-delega non aveva presentato particolari ritardi, ben più stratificato e complesso è stato il percorso che ha condotto all'approvazione del decreto delegato, licenziato in via definitiva dopo oltre quaranta revisioni. Nelle more era stato emanato a fine giugno del 2008 il d.l. n. 112/2008, poi convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008, con cui si intendevano risolvere i problemi contingenti e più urgenti²⁹. Una scansione temporale/normativa importante in sé e per alcune analogie con quanto sta avvenendo durante il presente esecutivo³⁰.

Una riforma, quella del 2009, che nell'ambito del d.lgs. n. 150/2009 vede ben separate due parti, una prima del tutto nuova, comprendente i titoli II e III, rispettivamente dedicati a *Misurazione, Valutazione e Trasparenza della Performance* e *Merito e Premi* e l'altra contenuta nel successivo titolo IV comprendente *Nuove norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche* con cui si agisce con la tecnica della novellazione sul d.lgs. n. 165/2001. La prima parte, nell'introdurre principi in parte nuovi e nel cercare di rivitalizzare sistemi premiali mai decollati, pone al centro del sistema i c.d. *stakeholders*, in funzione di garanzia di una valutazione oggettiva ritenuta del tutto funzionale all'incremento dell'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione. Viene così introdotto il principio dell'accessibilità totale delle informazioni, punto di

²⁹ In merito si veda M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008. Lavoro privato, pubblico e previdenza*, Ipsoa, 2009.

³⁰ Sulla riforma Brunetta, senza pretesa di esaustività, con riferimento alla legge-delega e al decreto delegato si veda AA.VV., *La terza riforma del lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, Parti I-II-III, in *LPA*, rispettivamente: 2008, n. 6, 949 ss.; 2009, n. 1, 1 ss., e 2009, n. 3-4, 469 ss.; a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 150/2009, L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, ES, 2009; M. TIRABOSCHI, F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico. Commento alla legge 4 marzo 2009, n. 15, e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Giuffrè, 2010; AA.VV., *La riforma "Brunetta" del lavoro pubblico. D. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *GDA*, 2010, n. 1, 1 ss.; P. MASTROGIUSEPPE, R. RUFFINI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico tra continuità ed innovazione*, Ipsoa, 2010; M. PERSIANI, *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, in *GI*, 2010, n. 12, 2697 ss.; AA.VV., *Il pubblico impiego dopo la riforma del 2009*, in *RGL*, 2010, n. 4, I, 447 ss.; F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico. Commentario al D.Lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato Lavoro"*, Ipsoa, 2011; M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, in *NLCC*, 2011, n. 5, 1073 ss., e sempre M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo. D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135) (Spending Review)*, Cedam, 2013.

partenza per la successiva normativa in materia di trasparenza ed incompatibilità. Nella seconda parte viene ampliata la specialità di disciplina del lavoro pubblico, qualificando, altresì, come imperative tutte le speciali disposizioni del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. art. 2, comma 2, primo periodo, ed art. 40, comma 1)³¹, con una significativa contrazione dell'ambito di libera esplicabilità della contrattazione collettiva a favore di un'unilateralità delle decisioni datoriali³². Un'azione del legislatore che risulta però caratterizzata da una evidente contraddizione di fondo. Da un lato l'indicazione del sindacato quale "controparte" da limitare, con l'introduzione di norme volte a rafforzare l'unilateralità delle scelte a scapito del ruolo regolativo della contrattazione collettiva e a rendere obbligatoria l'azione della dirigenza, ossia del datore di lavoro pubblico, incanalata dentro ben definiti argini tramite un pervasivo intervento regolatore; dall'altro lato la strutturale esigenza della sottoscrizione di nuovi contratti collettivi, a livello nazionale ed integrativo, per l'effettiva attuazione di quanto previsto soprattutto in materia di merito e di politiche incentivanti. Una riforma che nel riprendere principi espressi dalla legislazione precedente, in larga parte "rimasti sulla carta", segnava una precisa discontinuità quanto alle previste modalità di attuazione: non si limitava a ribadire il principio, ma ne definiva anche le modalità attuative, assegnando tuttavia alla fonte negoziale alcuni importanti ambiti di intervento derogatorio. Il blocco della contrattazione collettiva disposto dal d.l. n. 78/2010 ha inevitabilmente fermato ed irrigidito il percorso, congelando nei fatti il sistema di relazioni sindacali³³. Ma il blocco della contrattazione, unito

³¹ Già la l. n. 15/2009 aveva significativamente modificato il secondo periodo del secondo comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001 rafforzando il ruolo della legge rispetto alla contrattazione collettiva. Si era, infatti, previsto che eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto contenenti discipline dei rapporti di lavoro con applicabilità limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, potevano essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non erano ulteriormente applicabili, «solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge» e non più «salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario», sì da rimettere ad un'espressa indicazione del legislatore la derogabilità del disposto normativo. In merito si veda M. NAPOLI, *La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della performance*, in M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo. D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135) (Spending Review)*, cit., 4.

³² Cfr. M. RICCI, *Il contratto collettivo verso il suo ridimensionamento*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *op. cit.*, 313 ss., spec. 322 ss.

³³ Così anche A. VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in *DLRI*, 2013, n. 137, 73, il quale sottolinea gli effetti negativi del blocco delle dinamiche retributive per l'effettivo avvio delle riforme.

all'interpretazione sindacale dell'obbligo di adeguamento delle previsioni dei contratti integrativi previsto dall'art. 65 del d.lgs. n. 150/2009, nel senso di ricavare dalla norma la transitoria vigenza (fino ai successivi rinnovi contrattuali nazionali) delle previgenti disposizioni negoziali anche per le parti in contrasto con i nuovi principi, portava prima ad un contenzioso giudiziale dagli esiti compositi e, infine, all'emanazione del d.lgs. n. 141/2011³⁴. Un decreto con cui si ribadiva per legge l'immediata applicabilità del nuovo assetto delle fonti e sostanzialmente si congelavano le tre fasce di merito introdotte dal d.lgs. n. 150/2009, uno dei temi oggetto di maggiori critiche e su cui era già intervenuta un'intesa Governo-sindacati all'inizio di febbraio del 2011.

Una riforma quella del 2009 che non affronta compiutamente il tema sempre centrale del rapporto tra politica ed amministrazione o, meglio, lo affronta senza introdurre misure effettivamente in grado di limitare l'ingerenza della prima sui vertici burocratici. Dal punto di vista generale la previsione di un ciclo di gestione della performance rappresenta una precisazione del processo circolare indirizzo – gestione – verifica già delineato dal d.lgs. n. 165/2001; l'indicazione delle caratteristiche degli obiettivi e la precisazione delle modalità di valutazione, certamente pregevole, non è però di per sé in grado di arginare comportamenti dilatori e poco puntuali degli organi di vertice. Sul piano del singolo rapporto di lavoro dirigenziale ad una maggiore attenzione alla fase di conferimento dell'incarico, non si accompagna un'uguale attenzione per la fase di svolgimento e di cessazione dello stesso. Anzi, dopo pochi mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009 con il già citato d.l. n. 78/2010 viene eliminato l'unico effettivo baluardo eretto a tutela delle dirigenze, ovvero la possibilità di modificare alla scadenza l'incarico solo in presenza di una valutazione negativa o di pregresse ed enunciate ragioni di carattere organizzativo³⁵. Un aspetto importante in sé, ma ancor più rilevante

³⁴ In merito a tale decreto legislativo si veda A. BELLAVISTA, *Il decreto correttivo della riforma Brunetta e il "cantiere aperto" del lavoro pubblico*, in *LG*, 2011, n. 12, 1185 ss.; con riferimento specifico alla c.d. negoziabilità dei poteri dirigenziali cfr. A. TOPO, *La contrattazione integrativa*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *op. cit.*, 415 ss., spec. 427.

³⁵ Si veda in termini critici S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *GDA*, 2010, n. 1, 43, secondo cui la procedimentalizzazione della decisione di mancata conferma rappresentava una garanzia sostanziale e non formale; cfr. G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in *LPA*, 2010, n. 5, 595, il quale rileva come in un sol colpo il Governo sia riuscito a svuotare di significato tanto il principio di autonomia funzionale, quanto il momento valutativo, e A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della*

se comparato con quanto è alla base del ddl S 1577 che, come si avrà modo di esplicitare, appare ispirato da una visione opposta, tutta a favore della ontologica precarietà dell'incarico. Una soluzione che trova un importante anello di congiunzione nella legge anticorruzione e nel principio ivi affermato dalla generale applicazione del principio di rotazione per tutti gli incarichi. Ma più in generale appare evidente l'assenza di misure atte ad incentivare il vertice politico a svolgere tutti i compiti di indirizzo assegnatigli, nei tempi e nei modi indicati dalla riforma³⁶.

Si delinea così un sistema in cui il restringimento del ruolo negoziale, unito alla etero determinazione dei necessari comportamenti della dirigenza, rafforza la continuità tra politica ed amministrazione, a dispetto della distinzione di ruoli e di compiti.

Gli interventi del successivo Governo Monti in materia di lavoro pubblico sono tutti protesi alla riduzione della spesa pubblica (e, dunque anche del personale) a servizi invariati ed in assenza di un organico progetto di riforma³⁷. Prova emblematica ne è la c.d. legge Fornero (l. n. 92/2012), scritta e pensata per il solo lavoro privato e che solo nell'imminenza della definitiva approvazione inserisce 2 commi, il 7 e l'8 dell'art. 1, con i quali si prevede, con formula invero equivoca, che le disposizioni della legge «per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» (comma 7); e che «Al fine dell'applicazione del comma 7» il Ministro della funzione pubblica, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative «individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche» (comma 8). Commi letti ed analizzati soprattutto nella prospettiva dell'applicabilità o meno del riformato art. 18 Stat. lav. al lavoro pubblico, ma che incrementano il solco tra disciplina legislativa del settore privato e di quello pubblico; un settore, quest'ultimo, ormai costruito, anche in ragione dei molteplici interventi normativi settoriali e specifici, come un modello regolativo ampio e separato dal lavoro privato.

performance organizzativa della P.A., in *GI*, 2010, n. 12, 2717, secondo cui «risultano così ristretti al minimo gli spazi di verifica sulla legittimità della scelta».

³⁶ Cfr. A. GARILLI, *Dove va il pubblico impiego?*, cit., 455, il quale sottolinea l'incapacità di stabilire sanzioni per l'organo di indirizzo politico che non eserciti le sue funzioni.

³⁷ In merito L. ZOPPOLI, [Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica](#), cit., 5, parla di sviluppi «disarmanti prima ancora che allarmanti».

Sul piano delle relazioni sindacali, l'apertura ai sindacati è simbolica, tesa più ad armonizzare tra loro disposizioni normative che ad innovare. Così nell'ambito della legge c.d. di *spending review* (n. 95/2012) vi è una limitata modifica del comma 2 dell'art. 5 e del successivo art. 6 del d.lgs. n. 165/2001. Previsioni con le quali si apre alla partecipazione sindacale rispettivamente nel caso di misure riguardanti i rapporti di lavoro (sempreché l'esame congiunto sia previsto dai contratti collettivi) e nel caso di processi di riorganizzazione per l'esame dei criteri per l'individuazione di esuberanti o per le modalità delle procedure di mobilità.

L'esecutivo Monti implementa il principio di trasparenza dettato dall'art. 11 del d.lgs. n. 150/2009. Nel breve arco di pochi mesi vengono emanati, effetto dell'onda lunga della c.d. riforma Brunetta, la l. n. 190/2012 in materia di anticorruzione e, da Governo dimissionario, i d.lgs. n. 33/2013 e n. 39/2013 in materia di trasparenza e di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi³⁸; a fine mandato viene approvato anche il "nuovo" Codice di comportamento dei dipendenti pubblici che sarà però pubblicato in Gazzetta Ufficiale nel periodo di Governo Letta.

Quest'ultimo esecutivo resta in carica poco più di 9 mesi. Un arco temporale certamente non ampio, ma durante il quale viene emanato il d.l. n. 101/2013 (*Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*)³⁹ convertito dalla l. n. 135/2013. Il provvedimento, come ammesso dallo stesso Governo che l'ha licenziato, non aveva la pretesa di realizzare una riforma epocale, ma si è limitato ad alcuni interventi settoriali. Per quanto concerne il lavoro pubblico l'intervento è stato espressamente volto al superamento del precariato, non senza presentare alcune incoerenze interne, prima fra tutte in materia di novellata disciplina del contratto a termine. Infatti il legislatore al fine di rafforzare la regola dell'assunzione con contratto a tempo indeterminato ha anteposto alla necessaria temporaneità ed eccezionalità delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine l'avverbio esclusivamente; senonché nel contempo ha sostituito la congiunzione "e" (temporanee e eccezionali) con la disgiuntiva

³⁸ Con riferimento a tali interventi normativi, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *GDA*, 2013, n. 8-9, 795; F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, *ivi*, 806; G. SIRIANNI, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, *ivi*, 816; B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, *ivi*, 821.

³⁹ Su cui si veda A. TAMPIERI, *Prime osservazioni sulla legge 30 ottobre 2013, n. 125*, in *LPA*, 2013, n. 5, 737 ss.

“o” (temporanee o eccezionali), sì da facilitare, almeno in teoria, il ricorso a tale tipologia contrattuale. Significative sono le disposizioni per favorire la stabilizzazione del c.d. personale precario, sia riaprendo i termini dettati dalle leggi finanziarie per il 2007 ed il 2008, sia dettando nuovi criteri, tra i quali la possibilità di prorogare oltre i limiti i contratti a tempo determinato in essere al fine della successiva conversione in contratto a tempo indeterminato. Di rilievo sono anche le disposizioni che hanno subordinato le nuove assunzioni a tempo indeterminato nelle amministrazioni centrali ad un doppio vincolo: il primo, l’aver accertato vacanze di organico, con divieto di procedere ad assunzioni nelle qualifiche e nelle aree in cui vi sia sovrannumero, di per sé scontato e desumibile dai principi generali; il secondo, l’aver immesso in servizio tutti i vincitori di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato collocati nelle graduatorie vigenti⁴⁰. Si introduce, altresì, il principio – che come vedremo sarà ripreso per la dirigenza dal ddl S 1577 – del concorso unico per il reclutamento dei dirigenti e delle figure professionali comuni a tutte le pubbliche amministrazioni; procedure previste per le amministrazioni centrali cui possono aderire anche le Regioni e gli enti locali.

2. Gli interventi del Governo Renzi

Se la ricostruzione in chiave critica degli interventi antecedenti, remoti e prossimi, è di fondamentale importanza per affrontare compiutamente il tema assegnato, non meno rilevante è l’analisi critica di ciò che è avvenuto dall’insediamento dell’esecutivo in carica fino ad oggi.

Anche in materia di lavoro pubblico l’esordio del Governo Renzi è mediatico e partecipativo, connotati che nel corso del tempo si andranno a declinare in una modalità sempre più mediatica e meno partecipativa. Una “campagna” che inizia con l’affermazione, peraltro comune a tutte le agende dei governi che si sono succeduti nel secondo dopoguerra, della centralità della riforma della pubblica amministrazione. L’esecutivo dichiara di voler imprimere un significativo cambio di rotta a quella che considera un’appiattita prassi ultraventennale, caratterizzata, pur con alcune differenziazioni, da restrittive manovre di carattere economico-finanziarie e prive di un organico progetto riformatore. Il Governo esprime chiaramente l’intenzione di impegnarsi maggiormente rispetto a quanto fatto dai precedenti esecutivi.

⁴⁰ A questi si aggiungeva per le amministrazioni statali l’impossibilità di nuove assunzioni nel caso di mancato adeguamento alla riduzione degli organici ed alla riorganizzazione prevista dalla spending review.

Se questa è l'intenzione proclamata, nei fatti il nuovo Governo si trova subito di fronte ad un primo problema, in apparenza contingente, ma di ampio respiro, facilmente addebitabile alle "gestioni" precedenti: le difficoltà finanziarie del Comune di Roma e l'esigenza di un nuovo intervento urgente per evitare il *default* della Capitale. Il nuovo esecutivo, ereditando in larga parte un testo sostanzialmente confezionato da altri, emana un decreto-legge sugli enti locali (d.l. 6 marzo 2014, n. 16) contenente le misure c.d. "salva Roma-ter". Nel corpo di un decreto-legge in cui si affrontano molteplici questioni (Tasi, Web Tax, Comune di Roma, IMU ed altre disposizioni urgenti di carattere finanziario) un apposito articolo, il 4, è dedicato alle *Misure conseguenti al mancato rispetto di vincoli finanziari posti alla contrattazione integrativa e all'utilizzo dei relativi fondi*. Con tale provvedimento si è sancito l'obbligo per le Regioni e gli enti locali di recuperare integralmente le somme indebitamente erogate al personale mediante il loro graduale assorbimento nelle successive tornate contrattuali e si è stabilito per le Regioni e gli enti locali in regola con il patto di stabilità interno (nonché con le altre disposizioni in materia di contenimento delle spese del d.l. n. 78/2010) l'inapplicabilità del comma 3-*quinques* dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 (ovvero della norma che sancisce la nullità delle clausole del contratto integrativo in contrasto con quanto disposto dalla contrattazione nazionale e dalla legge) «agli atti di utilizzo dei fondi per la contrattazione decentrata adottati anteriormente ai termini di adeguamento previsti dall'art. 65 del d.lgs. n. 165/2001» che non abbiano comportato né il superamento dei vincoli finanziari per la loro costituzione, né il riconoscimento giudiziale della responsabilità erariale.

La prima finalità della norma era indubbiamente quella di risolvere un problema concreto e contingente, ovvero di evitare medio tempore (ovvero nelle more del recupero delle somme indebitamente erogate) l'attivazione di giudizi contabili e di sospendere quelli in essere⁴¹; ciò sul presupposto di un futuro recupero a livello di amministrazione delle somme indebitamente erogate. Rimaneva però aperta la questione degli effetti della previsione sul singolo dipendente il quale nell'immediato non avrebbe più dovuto percepire somme erogate in contrasto con i vincoli finanziari e che forse in futuro

⁴¹ In merito condivisibilmente A. BELLAVISTA, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo. D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135) (Spending Review)*, cit., 423, ha attribuito alla contrattazione integrativa la responsabilità principale di aver fatto esplodere in modo del tutto incontrollato la spesa pubblica «proprio in quanto ha assunto, nella realtà effettuale, caratteristiche anomiche, al di là di ogni vincolo e prescrizione formale».

avrebbe dovuto restituire in parte ciò che aveva già ricevuto. Se sul piano giuridico la questione poteva considerarsi transitoriamente congelata, sul piano politico il problema permaneva in presenza di dipendenti che non apparivano disposti né ad accettare una riduzione immediata dei propri compensi, né tantomeno a restituire quanto già percepito. Di qui una serie di successivi interventi atti a chiarire il disposto normativo. Dapprima, all'indomani della conversione in legge del d.l. n. 16/2014 (avvenuta con la l. n. 68/2014 pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 5 maggio 2014) i Ministri per gli affari regionali, per la semplificazione e la pubblica amministrazione e dell'economia e delle finanze ritenevano opportuno chiamare in causa la Conferenza Unificata affinché venissero forniti chiarimenti univoci del nuovo testo normativo. Veniva così emanata il 12 maggio un circolare con cui nell'investire di tale compito la Conferenza si rimetteva agli organi di governo degli enti «una prima valutazione delle modalità attuative» dell'art. 4 «finalizzata ad assicurare la continuità nello svolgimento dei servizi necessari e indispensabili, anche attraverso l'applicazione, in via temporanea e salvo recupero, delle clausole dei contratti collettivi vigenti, ritenuti indispensabili a tal fine».

Una successiva circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri dell'8 agosto⁴², firmata sempre dai Ministri per gli affari regionali, per la semplificazione e la pubblica amministrazione e dell'economia e delle finanze, nel fare proprie le indicazioni contenute nel documento varato dalla Conferenza Unificata il 10 luglio precedente, ha escluso nell'applicazione dei primi 3 commi dell'art. 4 del d.l. n. 16/2014 «in ogni caso» «la possibilità di procedere alla ripetizione dell'indebito direttamente sui dipendenti». La circolare, come si avrà modo di riprendere anche in seguito, offre una lettura molto “libera” del dettato normativo, giungendo non solo ad escludere la ripetibilità nei confronti dei singoli lavoratori, ma lasciando aperte altre rilevanti questioni interpretative. Dunque, un *modus operandi* che non ha avuto “nulla da invidiare” all'azione dei precedenti esecutivi.

Facendo un passo indietro e riprendendo le fila del discorso dal punto in cui si è aperta la parentesi derivante dall'applicazione del d.l. n. 16/2014, il 2 aprile 2014 il Ministro Madia, nel corso dell'audizione congiunta delle Commissioni I e XI della Camera dei Deputati, presentava gli obiettivi della riforma della pubblica amministrazione. In tale occasione si evidenziava la mancanza nel

⁴² Recante *Indicazioni applicative in materia di trattamento retributivo accessorio del personale di regioni ed enti locali*. Art. 4 del d.l. 6 marzo 2014, n. 16, recante *Misure conseguenti al mancato rispetto dei vincoli finanziari posti alla contrattazione integrativa e all'utilizzo dei relativi fondi*.

passato di «una visione d'insieme del modo in cui il pubblico potere, in tutte le sue articolazioni, debba essere organizzato per la gestione virtuosa della cosa pubblica» e si poneva in luce come il governo della pubblica amministrazione «richiede di decidere in modo semplice e chiaro alcune cose fondamentali: chi fa che cosa, come va fatto e con quali costi». Si sottolineava, altresì, la necessità di evitare di cadere nel corso del processo riformatore in due errori: seguire formule di ragionamento basate solo su numeri, costi e voci di spesa; oppure cedere alla tentazione dell'astrattezza accademica, inseguendo teorie giuridiche o modelli economici che non tengono conto della realtà del contesto amministrativo.

Gli obiettivi della riforma erano poi riassunti in sei punti:

- 1) semplificare l'amministrazione, il suo linguaggio, la sua azione;
- 2) garantire la trasparenza con azioni concrete;
- 3) riportare le persone e le loro competenze al centro dell'azione amministrativa, con azioni volte a realizzare una “staffetta generazionale” e ringiovanire la P.A., offrire garanzie di assunzione ai vincitori di concorso e attribuire punteggi aggiuntivi ai precari nelle selezioni e rivedere i meccanismi della mobilità, volontaria e obbligatoria;
- 4) fare dei dirigenti pubblici i protagonisti della riforma, creando un corpo unitario, in competizione, con meccanismi trasparenti di affidamento degli incarichi ed aperto al contributo di professionalità provenienti dal privato;
- 5) conciliare i tempi di vita e garantire pari opportunità nei ruoli di vertice;
- 6) utilizzare il denaro dei cittadini in modo efficiente attraverso la prosecuzione della *spending review* e la lotta alla corruzione.

Il giorno successivo (3 aprile) era approvato in via definitiva dal Parlamento il disegno di legge recante *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* come l. 7 aprile 2014, n. 56, nota anche come legge Delrio. Una legge che ridisegna i confini e le competenze dell'amministrazione locale senza modificare il titolo V della Costituzione e apparentemente senza incidere direttamente sulle regole di governo del personale.

Dopo questi primi passaggi il Governo apre la consultazione pubblica con cui intende segnare nella forma un'evidente discontinuità rispetto al passato. Il 30 aprile 2014 una “lettera aperta” del Presidente del Consiglio e del Ministro Madia, strutturata in 44 punti e rivolta a tutti i dipendenti pubblici ed a tutti i cittadini, avvia un confronto *on line*, con cui il Governo chiede suggerimenti, critiche e proposte⁴³. I pubblici dipendenti da fannulloni o nullafacenti⁴⁴

⁴³ In termini positivi S. CASSESE, *Rifare l'Italia? Il governo Renzi e la questione amministrativa*, in *GDA*, 2014, n. 8-9, 785.

vengono chiamati in causa quali attori privilegiati del percorso riformatore. Il messaggio offerto è chiaro ed esplicito: «non si fanno le riforme della Pubblica Amministrazione insultando i lavoratori pubblici»⁴⁵. Di evidente rilievo mediatico è anche l'indirizzo mail scelto per la risposta: rivoluzione@governo.it. All'appello rispondono cittadini e pubblici dipendenti; ma soprattutto intervengono le organizzazioni imprenditoriali, prima fra tutte Confindustria e le organizzazioni sindacali che nelle loro indicazioni aggiungono un ulteriore punto, il 45°^o, con cui si evidenzia l'esigenza di riaprire la contrattazione collettiva. Alla fine le indicazioni raccolte al 30 maggio sono 39.343 e in rapida sequenza vengono collazionate in un report del 4 giugno (*Le proposte dei cittadini*). Indi il 13 giugno il Governo predispose le misure che sono approvate dal Consiglio dei Ministri; misure che sono in parte tradotte nel d.l. n. 90/2014 (recante *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*) ed in parte inserite nel ddl S 1577 (*Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*) presentato al Senato il 23 luglio.

Già l'analisi stessa della struttura di ciò che è già legge e di ciò che è ancora un disegno di legge conferma che quasi tutti i punti, tranne quelli riconducibili al c.d. *open government*, sono ripresi. Il d.l. n. 90/2014, in seguito convertito con modificazioni dalla l. n. 114/2014 (durante l'iter di conversione sono stati introdotti 13 nuovi articoli e numerosi commi), è suddiviso in quattro titoli, a loro volta articolati in capi dedicati a specifiche materie che riprendono alcuni dei 44 punti contenuti nella lettera aperta. Il primo titolo *Misure urgenti per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e per il sostegno dell'occupazione* è suddiviso in due capi, il primo contenente *Misure urgenti in materia di lavoro pubblico* (artt. 1-15), il secondo *Misure in materia di organizzazione della pubblica amministrazione* (artt. 16-23-*quinques*); il secondo titolo *Interventi urgenti di semplificazione* contiene un unico capo *Accesso dei cittadini e delle imprese ai servizi delle pubbliche amministrazioni* (artt. 24-28); il terzo titolo *Misure urgenti per l'incentivazione della trasparenza e*

⁴⁴ In precedenza a porre chiaramente la questione era stato P. ICHINO, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grande ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Mondadori, 2006. Peraltro dal punto di vista etimologico non è irrilevante sottolineare come il nullafacente evochi l'idea di qualcuno che non fa nulla, ipoteticamente anche per criticità riconducibili al dato organizzativo, mentre il fannullone è colui che volontariamente non opera.

⁴⁵ Pur non nascondendo che nel pubblico impiego ci siano anche i fannulloni («che nel pubblico impiego ci siano anche i fannulloni è fatto noto»), ma che «Compito di chi governa non è lamentarsi, ma cambiare le cose. Per questo noi, anziché cullarci nella facile denuncia, sfidiamo in positivo le lavoratrici e i lavoratori volenterosi. Siete protagonisti della riforma della Pubblica Amministrazione».

correttezza delle procedure nei lavori pubblici è suddiviso in due capi, *Misure di controllo preventivo* (art. 29) e *Misure relative all'esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture* (artt. 30-37); il quarto ed ultimo titolo *Misure per lo snellimento del processo amministrativo e l'attuazione* è composto da due capi, *Processo amministrativo* e *Disposizioni per garantire l'effettività del processo telematico*. Le disposizioni in materia di lavoro sono contenute in prevalenza nel primo titolo e, segnatamente, nel capo espressamente dedicato al lavoro pubblico.

Il ddl S 1577 è suddiviso in quattro capi: *Semplificazioni amministrative* (artt. 1-6); *Organizzazione* (artt. 7-9); *Personale* (artt. 10-11) e *Deleghe per la semplificazione normativa* (artt. 12-16). Le disposizioni direttamente concernenti il lavoro pubblico sono contenute non solo nel capo dedicato al Personale, ma anche negli articoli dell'ultimo capo ove, nel dettare i criteri cui si dovranno attenere le deleghe per la semplificazione normativa, sono specificati alcuni autonomi criteri per il «Riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» (cfr. art. 13). Un percorso complessivo che secondo le indicazioni contenute nel disegno di legge dovrà essere compiuto nell'arco massimo di un biennio decorrente dall'approvazione della legge-delega. Il termine per l'adozione dei decreti legislativi per il riordino della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione è, infatti, fissato in 12 mesi decorrenti dalla scadenza della delega per l'adozione di «uno o più decreti legislativi in materia di dirigenza pubblica e di valutazione dei rendimenti dei pubblici uffici», a propria volta da esercitare entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge-delega. Un percorso, dunque, ben più lungo dei preventivati 100 giorni per cambiare l'Italia (100 giorni per #cambiareverso) che sono divenuti dopo l'estate 1.000 giorni («passo dopo passo: mille giorni per cambiare l'Italia»), sì da coincidere sostanzialmente con la scadenza della legislatura.

3. I contenuti dell'intervento normativo nell'ambito di un più ampio progetto di revisione istituzionale

Delineato lo scenario di fondo, indicate le premesse normative lontane e quelle più vicine, la risposta alla domanda posta, ovvero quale sia la politica del Governo Renzi in materia di lavoro pubblico, deve necessariamente passare da una preliminare analisi critica delle novità normative già approvate e di quelle proposte. L'attenzione sarà ovviamente rivolta in via principale alle

disposizioni riguardanti il lavoro, con un'analisi che, pur non potendo scendere nell'esegesi, si pone l'obiettivo di approfondirne criticamente gli aspetti qualificanti nell'ambito di una suddivisione per grandi aree tematiche⁴⁶. Ciò al fine di farne emergere gli elementi qualificanti per una lettura finale e complessiva in cui si cercherà di fornire una lettura sistematica della riforma del lavoro nell'ambito del più esteso processo riformatore.

Una riflessione che porterà a considerare non solo quanto previsto dal d.l. n. 90/2014 e dal ddl S 1577 (*Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*), ma anche i contenuti del ddl S 1429 (*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione*)⁴⁷.

Due riflessioni devono essere però anteposte all'analisi dei contenuti, importanti per la loro compiuta comprensione.

Innanzitutto è evidente l'analogia tra l'azione del Governo in carica e quella del Ministro Brunetta. In entrambi i casi si è scelta una doppia via, ovvero un percorso in cui si intrecciano un decreto-legge contenente gli interventi più urgenti (con il Ministro Brunetta il d.l. n. 112/2008 assunto ai clamori della cronaca soprattutto per le disposizioni in tema di malattia) ed un più corposo disegno di legge-delega (con l'esecutivo Berlusconi-ter, la l. n. 15/2009 ed il d.lgs. n. 150/2009). L'elemento aggiuntivo e qualificante offerto dal presente esecutivo è rappresentato dal fatto che i provvedimenti approvati e quelli proposti sono oggi accompagnati da un disegno di legge costituzionale recante anche la riforma della seconda parte del titolo V della Costituzione e che nel definire il riparto di competenze tra Stato e Regioni dedica specifica attenzione anche al tema del lavoro pubblico. Il ddl S 1429 prevede un'integrazione della lett. g del secondo comma dell'art. 117, riconducendo espressamente nell'ambito della competenza legislativa statale anche le norme «sulla disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tese ad assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale».

Vi è un'altra significativa differenza tra l'azione dell'esecutivo in carica e di quelli che l'hanno preceduto. Mentre l'esperienza fin qui conosciuta si è caratterizzata per la predisposizione di un programma generale poi articolato

⁴⁶ Con scelta consapevole non è stata delineata in questo scritto un'autonoma area di analisi riguardante le c.d. società partecipate in ragione dei molteplici profili di specificità che le riguardano meritevoli di un'autonoma relazione e di cui si farà un accenno in sede di conclusioni.

⁴⁷ Approvato in data 8 agosto 2014 e trasmesso alla Camera (C 2613) che ha iniziato l'esame in Commissione l'11 settembre.

in punti specifici nell'ambito di singoli progetti normativi, il Governo Renzi ha agito con logica ribaltata. Ha individuato nel dettaglio gli strumenti e li ha successivamente tradotti in un testo normativo. Se si compara quanto contenuto nel decreto-legge già convertito e nei disegni di legge in discussione con i punti presentati nella lettera del 30 aprile ne emerge una traduzione sostanzialmente fedele. Un approccio certamente nuovo ed incisivo, criticato a ragione per l'asserito atteggiamento di chiusura a proposte diverse, come ne è conferma la prova dei fatti da cui emerge il recepimento, peraltro non senza contraddizioni, solo di alcune limitate istanze avanzate sia da parte sindacale (soprattutto con riferimento alle disposizioni in tema di mobilità e di assegnazione di nuove mansioni, rispettivamente gli artt. 4 e 5 del d.l. n. 90/2014) sia nel corso del dibattito parlamentare a tutela di interessi corporativi (si veda ad esempio, l'art. 1-*bis* del dl 90 relativo al rifinanziamento della pensione di vecchiaia dei giornalisti).

4. Segue: il riparto tra fonti

4.1. Il riparto tra legge e contrattazione collettiva

Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva non è stato oggetto di esplicita considerazione da parte del d.l. n. 90/2014. Tuttavia, l'estensione della regolazione normativa di alcune materie, ci si riferisce in particolare alle disposizioni in tema di mobilità e di trasferimento di sede (art. 4, commi 1 e 2, del d.l. n. 90/2014), comporta quale effetto un restringimento dell'ambito di libera esplicabilità della contrattazione collettiva. Ancorché questo rappresenti un effetto diretto di quanto previsto dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 secondo cui le speciali previsioni contenute nel medesimo decreto delegato «costituiscono disposizioni di carattere imperativo», sì da non poter essere derogate né in *melius*, né ovviamente in *peius* dalla contrattazione collettiva, il legislatore, forse timoroso dell'eventuale mancata tenuta del principio, ha esplicitato che «sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi» in contrasto con quanto previsto dalla legge (cfr. art. 4, comma 2.2)⁴⁸.

⁴⁸ Una rilegificazione si realizza anche per quanto concerne la corresponsione dei diritti di segreteria ai segretari comunali e provinciali. L'art. 37 del CCNL 16 maggio 2001 includeva tali diritti tra le componenti della loro retribuzione; l'art. 10 del decreto-legge prevede che tali diritti siano integralmente attribuiti al Comune o alla Provincia negli enti in cui siano presenti figure dirigenziali; negli enti privi di figure dirigenziali al segretario rogante è riconosciuta

Una timida apertura a favore della contrattazione collettiva si ha con riferimento all'ipotesi di assegnazione di nuove mansioni disciplinata dall'art. 5 del d.l. n. 90/2014. La norma prevede che i lavoratori in disponibilità possano formulare nei 6 mesi antecedenti alla scadenza del periodo di disponibilità istanza di ricollocazione anche in posizione inferiore e che la ricollocazione non possa avvenire prima dei 30 giorni anteriori alla scadenza dello stesso periodo di disponibilità. Sul piano delle forme di partecipazione sindacale il legislatore stabilisce altresì che in sede di contrattazione collettiva «possono essere stabiliti criteri generali» per l'applicazione di tali disposizioni. Il che pare riguardare principalmente la definizione dei criteri per scegliere concretamente il lavoratore o i lavoratori nel caso in cui siano avanzate più domande.

Superando la rigida previsione dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 il legislatore riconosce il diritto delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (ma sarebbe stato più corretto affermare semplicemente le organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'art. 47 del d.lgs. n. 165/2001) di essere consultate prima dell'emanazione da parte del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione del decreto (eventuale) di fissazione dei criteri per realizzare passaggi diretti di personale tra amministrazioni, in assenza di loro preventivo accordo, per garantire l'esercizio delle funzioni istituzionali di quelle che presentano carenze di organico. Significativa è la discontinuità lessicale tra la novella del 2014 e le modifiche normative previgenti. In particolare il confronto deve essere operato con la formulazione del d.l. n. 95/2012 che per le forme di partecipazione sindacale prevedeva l'esame (anche congiunto qualora previsto dalla contrattazione collettiva) e non la consultazione.

Certamente più impattanti sono le previsioni del ddl S 1577. L'art. 13 (*Riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*) introduce criteri aggiuntivi e specifici rispetto a quelli "generali" dettati dall'art. 12 per l'adozione dei decreti legislativi di semplificazione. Si prevede, tra gli altri, la «concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa, revisione del relativo sistemi di controlli e potenziamento degli strumenti di monitoraggio sulla stessa»; «definizione delle materie escluse dalla contrattazione integrativa anche al fine di assicurare la semplificazione amministrativa, la valorizzazione del merito e la parità di trattamento tra categorie omogenee, nonché di accelerare le procedure negoziali».

una quota dei proventi in misura non superiore a 1/5 dello stipendio in godimento. In merito si veda anche il § 8.1.

Prima di esprimere giudizi definitivi occorre certamente attendere l'approvazione definitiva della legge-delega e dei successivi decreti attuativi. Pare però evidente che qualora la formulazione legislativa finale si traducesse in una limitazione del ruolo regolativo della contrattazione collettiva potrebbero sorgere problemi di non facile soluzione circa la compatibilità della norma di legge con l'art. 39 Cost. Cercando di ipotizzare possibili soluzioni, la limitazione e l'esclusione della competenza della contrattazione integrativa non credo possa essere ottenuta tramite un ulteriore restringimento della competenza della contrattazione nazionale, dovendo seguire altre strade. Si potrebbe pensare, in ipotesi, ad un obbligo per la contrattazione collettiva nazionale di precludere espressamente la rinegoziabilità di ciò che è stato già definito a livello nazionale, prevedendosi tuttavia alcuni specifici ambiti esclusi dal divieto, tra i quali deve essere certamente annoverata la materia del trattamento economico. Inoltre la concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa sembra implicare inevitabilmente un ripensamento della rappresentanza sindacale a livello di singola amministrazione, attesa la competenza negoziale oggi riconosciuta alle rappresentanze unitarie del personale. Ma ancor prima vi è l'esigenza di coniugare questa previsione con i principi che disciplinano la distribuzione del trattamento economico accessorio e che prevedono la costituzione di fondi a livello di ogni singola amministrazione.

Sempre nel disegno di legge-delega, nella norma dedicata alla dirigenza vi è un duplice riferimento al ruolo della contrattazione collettiva, uno diretto, l'altro indiretto. Quanto al primo, nel prevedere la possibilità per ciascun dirigente di attribuire un premio monetario annuale dispone che ciò avvenga sulla base di criteri definiti nel rispetto della disciplina in materia di contrattazione collettiva e nei limiti delle disponibilità dei fondi a essa destinata. L'attenzione si rivolge immediatamente all'art. 2, comma 3, del vigente d.lgs. n. 165/2001 ove si definisce il ruolo prioritario della contrattazione collettiva nella disciplina del trattamento economico. Il secondo riferimento sembra, invece, espressione di un principio opposto, volto a ridimensionare non solo l'autonomia delle amministrazioni nella costituzione dei fondi, ma anche quello del contratto collettivo. La formula utilizzata dal legislatore («definizione di criteri omogenei per la disciplina dei fondi destinati alla retribuzione accessoria delle diverse amministrazioni») pare presupporre un significativo e non circoscritto intervento della fonte legislativa ed è da leggere in stretta connessione con la prevista concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa.

Non priva di significato appare poi l'attribuzione all'Aran delle funzioni di gestione dei contratti da svolgersi di concerto con il Dipartimento della Funzione Pubblica. Una previsione considerata da alcuni quale espressione della volontà di limitare il ruolo delle organizzazioni sindacali e dei Comitati di settore, ma che in realtà pare più pragmaticamente dettata dall'esigenza di utilizzare le competenze di un organismo che nel perdurante blocco della contrattazione rischia di non essere adeguatamente utilizzato.

Ma vi è un'altra disposizione, in apparenza concernente altro, ma che assume un valore centrale sul piano dell'assetto delle fonti, soprattutto per chi ha una certa pratica delle relazioni sindacali a livello di singola amministrazione. Il riferimento è all'art. 11 del disegno di legge (*Promozione della conciliazione dei tempi di vita e lavoro nelle amministrazioni pubbliche*)⁴⁹. Se il primo comma nel prevedere l'adozione da parte delle pubbliche amministrazioni di misure organizzative per il rafforzamento dei meccanismi di flessibilità d'orario di lavoro, per l'adozione del lavoro ripartito, per l'utilizzazione delle possibilità di lavoro offerte dalla tecnologia, tra cui viene espressamente riscoperto il telelavoro, e si indicano le nuove forme del *co-working* e dello *smart-working*, pare porsi in linea di continuità con le disposizioni che attribuiscono alle prerogative unilaterali del datore di lavoro le attribuzioni in materia di organizzazione del lavoro, è del pari evidente come tale disposizione sia idonea a comprimere nella sostanza l'ambito di libera esplicabilità della contrattazione collettiva. Per fare un esempio, l'individuazione degli istituti della c.d. flessibilità oraria costituisce una materia tipicamente negoziale, riguardando diritti ed obblighi direttamente incidenti sul rapporto di lavoro, mentre l'applicazione concreta di tali istituti è rimessa alle prerogative unilaterali nell'ambito della c.d. organizzazione del lavoro; la previsione del disegno di legge-delega sembra suggerire alle

⁴⁹ Un tema che è espressamente considerato anche dall'art. 1, comma 8, del progetto di legge C 2660 (già S 1428) ove si prevede l'emanazione di «uno o più decreti legislativi per la revisione e l'aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità e le forme di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» e, significativamente, si stabilisce che esso è adottato «su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto, *per i profili di rispettiva competenza*, con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione» (corsivo dell'A., ndr). In merito si veda L. CALAFÀ, *La delega alla conciliazione dei genitori al tempo dell'austerità*, in F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro](#), ADAPT University Press, 2014.

amministrazioni di attivarsi comunque unilateralmente, a prescindere da interventi della fonte collettiva nella stessa individuazione degli istituti. Il che è ancora più vero per quanto concerne la «utilizzazione delle possibilità che la tecnologia offre in materia di lavoro da remoto» e che sembra legarsi a doppio filo con quanto è già legge in merito alla trasferibilità dei dipendenti nei 50 Km dalla sede di lavoro e di quanto è previsto per il settore privato nel ddl S 1428 (c.d. delega lavoro, ora C 2660) in merito alla prevista revisione della disciplina dei controlli a distanza. Chi scrive non valuta negativamente l'implementazione di tali forme di lavoro "a distanza" e, più in generale, la flessibilità nell'organizzazione del lavoro. Al contrario, la valutazione è certamente positiva e deve essere letta insieme ad altre tematiche di rilievo generale (*in primis* quella dei trasporti); l'aspetto che pare presentare criticità è l'aver comunque privilegiato una decisione unilaterale delle amministrazioni rispetto a scelte negoziate. Un'affermata unilateralità che deve essere considerata anche alla luce della presupposta esigenza di omogeneità tra tutte le pubbliche amministrazioni; esigenza che – come emergerà anche in seguito – rappresenta l'aspetto caratterizzante dell'intero progetto di riforma.

Di impatto sul sistema di relazioni sindacali è anche la previsione del secondo comma del medesimo art. 11 del disegno di legge secondo cui le amministrazioni al fine di conciliare i tempi di vita e di lavoro dei dipendenti procedono a stipulare convenzioni con asili nido e ad organizzare, anche attraverso accordi con altre amministrazioni pubbliche, servizi di supporto alla genitorialità, aperti durante i periodi di chiusura scolastica. Si tratta di materie che formano sovente oggetto di confronto in sede di contrattazione decentrata nell'ambito della più ampia tematica del welfare aziendale. Anche in questo caso il disegno di legge indica lo strumento da utilizzare (convenzioni od accordi con altre amministrazioni) non considerando (quantomeno esplicitamente) il possibile ruolo della fonte collettiva. Si consideri altresì – ampliando un po' il raggio del ragionamento – che la norma sembra limitare gli interventi alla funzione genitoriale, quando, invece, la prospettiva dovrebbe essere più ampia, comprendendo anche esigenze familiari di tipo diverso.

Una compressione del ruolo della contrattazione che trova conferma nel comma 3 dell'art. 11 ove si attribuisce ad una direttiva della Presidenza del Consiglio la definizione degli indirizzi per l'attuazione dei precedenti 2 commi. Se la finalità di tale previsione può essere facilmente ravvisata nella volontà di evitare ritardi nell'attuazione della norma, è altresì indubbio che gli effetti economici di tali scelte siano di competenza della contrattazione collettiva che le dovrà considerare unitamente alle altre misure di flessibilità del lavoro.

In continuità con gli interventi precedenti, animata dalla volontà di razionalizzazione e di contenimento della spesa⁵⁰, si pone la previsione dell'art. 7 del d.l. n. 90/2014, cui ha fatto immediatamente seguito la circolare n. 5 del 20 agosto 2014 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione. Tale norma, incidendo su quanto già concordato ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 165/2001 tra l'Aran e le confederazioni sindacali rappresentative, dispone un ridimensionamento delle prerogative sindacali, attraverso il dimezzamento dei contingenti complessivi di distacchi, aspettative e permessi, a decorrere dal primo settembre 2014 (alcune deroghe sono concesse per le Forze di Polizia e i Vigili del Fuoco). La rideterminazione dei distacchi è operata per ciascuna associazione sindacale, con arrotondamento delle eventuali frazioni all'unità superiore, non operando nei casi di assegnazione di un solo distacco. Una previsione di facile interpretazione che attribuisce alla contrattazione collettiva la possibilità di modificare la ripartizione dei contingenti tra le associazioni sindacali, potendosi in tale ambito definire, con invarianza di spesa, forme di utilizzo compensativo tra distacchi e permessi sindacali. In merito è da sottolineare come la circolare n. 5, con disposizione interpretativa di indubbio impatto, ha mediato rispetto alla rigidità del dettato normativo prevedendo al § 7 che la riduzione disposta dall'art. 7 del d.l. n. 90/2014 non si applica ai permessi sindacali attribuiti alle RSU previsti dagli artt. 2 e 4 del CCNQ 17 ottobre 2013⁵¹.

Una questione particolare, in parte già anticipata, riguarda gli effetti del d.l. n. 16/2014. Si inizia dalla fine, ovvero dalla circolare del Presidenza del Consiglio dei Ministri dell'8 agosto 2014. Pare evidente che detta circolare offra una lettura del dettato normativo molto più ampia di quanto si possa dallo stesso desumere; infatti mentre quest'ultimo esclude la responsabilità per gli atti di utilizzazione e di distribuzione dei fondi, comunque costituiti, ma

⁵⁰ Così espressamente la [nota di lettura n. 57/2014](#), 47, ove si afferma che si tratta di «norma di razionalizzazione e di riduzione della spesa pubblica dalla quale deriva, in generale e per tutte le amministrazioni pubbliche, la possibilità di impiegare un maggior numero di unità di personale nello svolgimento delle attività istituzionali con una conseguente ottimizzazione nell'impiego delle risorse umane», e con specifico riferimento al comparto Scuola che «la norma determina un minore onere per supplenze».

⁵¹ Per il personale dirigenziale si richiama, invece, la previsione dell'art. 9, comma 5, del CCNQ 5 maggio 2014 secondo cui, laddove alla data del 30 giugno 2014 non si sia ancora proceduto alla elezione delle rappresentanze elettive, la fruizione dei permessi riconosciuti alle RSU è sospesa fino alla data di elezione delle RSU.

non per tutti gli enti (solo per quelli che hanno rispettato il patto di stabilità e sono virtuosi nella gestione del personale), la circolare fornisce un'indicazione di non ripetibilità di carattere generale. Infatti l'art. 4 del d.l. n. 16/2014 nell'obbligare le Regioni e gli enti locali che non hanno rispettato i vincoli finanziari posti dalla contrattazione collettiva integrativa di recuperare integralmente le somme indebitamente erogate mediante il loro graduale riassorbimento, con quote annuali e per un numero massimo di annualità corrispondente a quelle in cui si è verificato il superamento di tali vincoli, ipotizza diverse modalità di recupero a seconda che le Regioni e gli enti locali abbiano o meno rispettato il patto di stabilità. Per gli enti che l'abbiano rispettato prospetta di procedere al recupero anche tramite l'utilizzo di risparmi di spesa, senza dover necessariamente procedere ad una riduzione dell'organico. Ma ciò che più rileva è che, fermo l'obbligo di recupero, si sancisce per le sole Regioni e enti locali in regola con il patto di stabilità interno, nonché con la disciplina in materia di spese ed assunzione di personale e con le disposizioni di contenimento della spesa di cui all'art. 9 del d.l. n. 78/2010, la non applicabilità del quinto periodo del comma 3-*quinques* dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 agli atti di utilizzo dei fondi adottati anteriormente ai termini di adeguamento previsti dall'art. 65 del d.lgs. n. 165/2001 (e, dunque anteriormente al 31 dicembre 2012) qualora non sia stato né il superamento dei vincoli finanziari per la loro costituzione, né il riconoscimento giudiziale della responsabilità erariale. La legge sancisce, dunque, solo nei confronti di tali enti l'inapplicabilità della disposizione secondo cui nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole dei contratti collettivi integrativi sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c. Sotto questo profilo la circolare ministeriale dell'8 agosto pare forzare il dettato normativo; e se ciò può essere utile sul piano della responsabilità erariale per escludere la colpa grave nel caso di mancata ripetizione dell'indebito anche nelle amministrazioni non virtuose, non esclude tuttavia che in sede di ispezione possa essere seguito un diverso orientamento volto comunque a sollecitare il recupero delle somme.

A questa prima questione se ne unisce una seconda, relativa all'individuazione dell'ambito temporale di riferimento del comma 3. La norma è chiara nell'affermare che deve trattarsi di atti di utilizzo adottati anteriormente al termine di adeguamento previsto dall'art. 65 del d.lgs. n. 165/2001; dunque di atti adottati entro il 31 dicembre 2012 (anche se il termine di adattamento è fissato entro il 31 dicembre 2011 lo stesso art. 65 prevede che in caso di

mancato adeguamento i contratti integrativi cessino la loro efficacia il 31 dicembre 2012). Se il *dies ad quem* è certo, dubbi vi sono circa il *dies a quo*. La questione è se la norma si riferisca a tutti gli atti adottati prima del 31 dicembre 2012, a prescindere dal momento della loro adozione precedente, o se l'ambito temporale debba essere limitato al periodo intercorrente tra l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009 (15 novembre 2009) ed il 31 dicembre 2012. Il problema si pone in quanto il comma 3-*quinques* dell'art. 40 è stato introdotto nel 2009 e, dunque, la circostanza che il legislatore abbia operato un esplicito riferimento a tale norma assumerebbe una precisa valenza nel senso di circoscrivere l'ambito temporale di riferimento. In senso contrario si potrebbe sostenere che la sanzione della nullità e della non applicabilità era già prevista con formulazione di analogo contenuto dalla previgente disposizione dell'art. 40, comma 3, dello stesso d.lgs. n. 165/2001⁵². Di qui l'esigenza di privilegiare un'interpretazione sostanzialistica. Senonché a favore della tesi che limita l'ambito temporale di riferimento agli atti adottati nel periodo 15 novembre 2009-31 dicembre 2012 depone un importante principio introdotto espressamente con la riforma Brunetta. Infatti solo a seguito della novella del 2009 l'art. 40 prevede – peraltro nel corpo dello stesso comma 3-*quinques* – l'obbligo di recupero in caso di superamento dei vincoli finanziari nell'ambito della sessione negoziale successiva; ovvero solo dal 2009 si prevede lo stesso obbligo espressamente considerato nel d.l. n. 16/2014.

4.2. Il riparto tra legge statale e legge regionale

Si tratta di ora di chiedersi se e come i più recenti interventi abbiano inciso o siano in grado di incidere sul riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Il dibattito pregresso è stato oggetto di puntuali analisi dottrinali che si sono trovate a confrontarsi con soluzioni della Corte costituzionale non sempre coerenti tra loro⁵³. Cercando di sintetizzare quanto più la questione, senza

⁵² Tale norma disponeva, infatti, che «le pubbliche amministrazioni non possono sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o che comportino oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Le clausole difformi sono nulle e non possono essere applicate».

⁵³ In merito si veda, oltre a quanto già indicato *retro* nelle note da 23 a 25, A. TROJSI, *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Giappichelli, 2013, 124 ss., e R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale. Esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, Cedam, 2005, spec. 151 ss.

scendere nella superficialità, il punto di analisi degli interpreti è stato di definire quanta e quale parte del lavoro pubblico regionale e locale rientrasse nella voce ordinamento ed organizzazione, sì da dover essere ricondotto in forza di una lettura a contrario del vigente art. 117, lett. g, Cost. – che, come noto, riconduce alla competenza esclusiva statale l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali – nella competenza generale e residuale delle regioni. Non meno rilevanti sono state le questioni aperte e le soluzioni offerte sulla base dell'interpretazione della esigenza di coordinamento della spesa pubblica e del principio di imparzialità e buon andamento *ex art. 97 Cost.*

Se si lascia il dibattito pregresso e se ne approccia uno nuovo che tenga conto degli sviluppi recenti, l'attenzione non può che essere rivolta al ddl S 1429. Si è detto dell'integrazione della lett. g che non può essere disgiunta da una valutazione del prospettato mutamento dell'assetto istituzionale e da alcune soluzioni contenute nel ddl S 1577.

Pare evidente che la formula «disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tesa ad assicurare l'uniformità sul territorio nazionale» non possa essere interpretata estensivamente per ricondurre nella competenza legislativa statale tutti i profili di carattere organizzativo rientranti nella c.d. macro-organizzazione (così come definita dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001) degli enti diversi dallo Stato e dalle amministrazioni nazionali. È vero che nel testo riformato dell'art. 117 approvato dal Senato ed ora all'esame della Camera non solo scompare la legislazione concorrente tra Stato e Regioni e sono ampliate le competenze esclusivamente statali, ma si prevede anche che lo Stato potrà esercitare una “clausola di supremazia” verso le Regioni a tutela dell'unità della Repubblica e dell'interesse nazionale. Resta tuttavia il fatto che già sul piano letterale e sistematico, secondo una interpretazione tutta interna al nuovo art. 117, la materia “disciplina giuridica del lavoro” sia mantenuta distinta dalla materia ordinamento ed organizzazione, espressamente conservata alla competenza esclusiva statale solo per quanto concerne lo Stato e gli enti pubblici nazionali. Né ovviamente la clausola di supremazia può essere invocata per dettare una disciplina omogenea degli aspetti strutturali. Ciò sarebbe in palese contrasto con i principi dell'autonomia e del decentramento costituzionalmente garantiti. Vi è però un ambito oggi rientrante nella c.d. macro-organizzazione che, anche sulla scorta di alcuni arresti della Corte costituzionale, non preclude (tanto più alla luce delle proposte modifiche dell'art. 117) una disciplina statale omogenea. Ci si riferisce alla definizione delle regole per l'attribuzione degli incarichi di maggiore rilevanza. Ed in questo senso pare dirigersi l'intero art.

10 del ddl S 1577 nella parte in cui prevede l'istituzione di un ruolo unico dirigenziale anche per le Regioni e gli enti locali, in cui sancisce l'interscambiabilità dei dirigenti tra i ruoli e detta norme comuni per la disciplina del conferimento degli incarichi. In questo ambito, infatti, il profilo che inerisce il dato organizzativo e quello che concerne la disciplina del rapporto di lavoro sono tra loro legati a doppio filo, in un abbraccio inscindibile e che rende difficoltoso definirne i relativi ambiti. Mi pare – e lo pongo come spunto aperto di dibattito, consapevole delle molteplici critiche che mi saranno rivolte – che la clausola di supremazia potrà essere invocata per uniformare su tutto il territorio nazionale quei profili pubblicistici più strettamente connessi al rapporto di lavoro, in particolare per quanto concerne la categoria dirigenziale, senza dover invocare un assorbimento dei profili organizzativi, sulla base di una valutazione complessiva della fattispecie, in quelli attinenti alla regolamentazione del rapporto di lavoro⁵⁴. Una soluzione cui si può giungere anche senza modificare espressamente l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001. Se infatti per valutare l'incidenza della riforma del titolo V del 2001 sulla disciplina del lavoro pubblico si è utilizzato un criterio interpretativo oggettivo-contenutistico in forza del quale si è ritenuto possibile «fermare, almeno *pro tempore*, le lancette dell'orologio ermeneutico al momento del varo del nuovo art. 117 Cost.»⁵⁵, oggi queste lancette paiono in procinto di muoversi. Un movimento che può condurre ad un ampliamento della competenza statale, senza dover necessariamente invocare la voce “ordinamento civile”.

4.3. Definizioni di pubbliche amministrazioni e possibili ricadute sul sistema delle fonti

Il discorso non sarebbe compiuto senza considerare quanto previsto dall'art. 8 (*Definizioni di pubbliche amministrazioni*) del ddl S 1577 con cui – come

⁵⁴ In questo senso la Corte costituzionale con riferimento speciale alla disciplina dell'assunzione con contratto a termine di cui al vigente comma 6 dell'art. 19 con la sentenza 3 novembre 2010, n. 324; sia permesso in termini critici rinviare a A. BOSCATI, *Ordinamento civile per incarichi dirigenziali ad esterni e per procedure di mobilità tra enti*, in *RIDL*, 2011, n. 4, II, 1197 ss.; si veda anche D. BOLOGNINO, *Problemi di applicabilità dell'art. 19, comma 6 e 6-bis, alle regioni ed agli enti locali in uno Stato multilivello*, in *LPA*, 2011, n. 1, II, 144 ss. In merito si veda per l'affermazione della competenza statale C. cost. 28 marzo 2014, n. 61; C. cost. 6 luglio 2012, n. 2012.

⁵⁵ F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, cit., 67; e dello stesso A. si veda anche *Una riforma “conclusa”. Fra norma scritta e prassi applicativa*, cit., LXI.

riportato nella Relazione al provvedimento – si delimita il «“perimetro pubblico” con le diverse nozioni di pubbliche amministrazioni, al fine di agevolare l’individuazione dei destinatari delle norme». Si precisa che «le definizioni introdotte non riguardano soltanto l’ambito di applicazione della presente legge, ma anche quello di tutte le future disposizioni normative che vi faranno espresso riferimento». «In questo modo – prosegue la Relazione – si offrirà al futuro legislatore uno spettro di definizioni di diversa ampiezza, che gli consentiranno di scegliere consapevolmente l’ambito di applicazione delle disposizioni normative in materia, in relazione alla logica e allo scopo delle norme». Si prevedono così sette definizioni di amministrazione, variamente articolate, secondo un modello “matrioska” per cui alcune sono sintesi di altre: amministrazioni statali, amministrazioni nazionali, amministrazioni territoriali, amministrazioni di istruzione e cultura, amministrazioni pubbliche, soggetti di rilievo pubblico e organismi privati di interesse pubblico. Vengono poi fatti salvi i riferimenti ad altri elenchi e definizioni redatti a fini specifici o per l’applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica.

Il dibattito fino ad ora si è concentrato sulle inclusioni/esclusioni operate con riferimento ad ogni singola definizione. Si tratta certamente di un aspetto importante e rispetto al quale anche le Università hanno espresso criticamente il proprio punto di vista (segnatamente con riguardo alla diversa collocazione tra Università pubbliche ed Università private). Posto che le definizioni proposte assumono valore generale, è indubbio che vi siano alcune specificità che ricadono anche sul lavoro pubblico.

La prima attiene al rapporto tra le definizioni dell’art. 8 del disegno di legge e quanto disposto dall’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 con cui, come noto, si definisce l’ambito oggettivo di applicazione del d.lgs. n. 165/2001. La soluzione è in apparenza semplice: poiché nella definizione di “amministrazioni pubbliche” di cui alla lett. *e* dell’art. 8 sono comprese le «amministrazioni nazionali, quelle territoriali, quelle di istruzione e cultura, nonché gli ordini professionali» si può sostenere una coincidenza tra tali amministrazioni e quelle indicate al citato art. 1, comma 2. Dal punto di vista descrittivo oggi è così, ma dal punto di vista giuridico si apre la via a possibili differenziazioni di disciplina; il che, con tutta evidenza, può essere sia positivo, sia negativo, «dipendendo dall’uso che se ne fa».

La seconda, di portata certamente maggiore, attiene all’impatto che le nuove definizioni legislative hanno sulla contrattazione collettiva e, più precisamente, sull’ambito soggettivo della stessa. Come noto, la disciplina vigente nel demandare ad un accordo quadro la definizione dei comparti pone una doppia regola. L’art. 40, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 prevede che

siano definiti fino ad un massimo di quattro comparti di contrattazione collettiva nazionale, cui corrispondono non più di quattro separate aree per la dirigenza. L'art. 41, commi 2 e 3, dello stesso d.lgs. n. 165/2001, individua chi opera come Comitato di settore fornendo alcune precise indicazioni circa l'ambito dei comparti e delle aree. Si prevede, infatti, la costituzione di tre Comitati di Settore: un Comitato nell'ambito della Conferenza delle regioni e che esercita i propri compiti per le regioni, i relativi enti dipendenti e le amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale; un secondo costituito nell'ambito dell'ANCI, dell'UPI e dell'Unioncamere e che esercita le proprie competenze per i dipendenti degli enti locali, delle Camere di Commercio e dei Segretari comunali e provinciali; infine per tutte le altre amministrazioni opera come Comitato il Presidente del Consiglio dei Ministri tramite il Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia. Per assicurare le specificità delle diverse amministrazioni e categorie di personale ivi impiegate devono esser sentiti i ministeri di riferimento e/o le istanze rappresentative delle varie amministrazioni⁵⁶.

L'elemento che emerge evidente se si comparano le definizioni contenute nel disegno di legge con quelle del d.lgs. n. 165/2001 appena richiamate è il numero 4, ovvero la coincidenza tra il numero massimo di comparti previsti dalla vigente disciplina del d.lgs. n. 165/2001 ed il numero di articolazioni interne contenute nella definizione di amministrazioni pubbliche dall'art 8 del disegno di legge (cfr. lett. e prima citata). Il che porta a ritenere che la definizione legislativa del disegno di legge possa avere una significativa influenza sulla determinazione dei comparti da parte del futuro accordo quadro. Anche perché si potrebbe considerare non lineare un sistema in cui l'ambito di applicazione di alcune specifiche disposizioni normative non coincida con quello negoziale.

Sullo sfondo vi è però un altro e più complesso tema: l'incidenza che tutto ciò ha sul tema della rappresentatività sindacale, atteso che in base alla disciplina vigente questa viene misurata a livello di comparto. Non è escluso, ed anzi è probabile, che la scelta delle parti negoziali, volta a contemperare le istanze delle varie anime dell'ampio comparto, possa essere nel senso di far rivivere all'interno dei contratti di comparto delle apposite sezioni con cui, dopo una prima parte comune, si detti una disciplina particolare per certe categorie. Rimane però la questione che la rappresentatività è misurata a livello di comparto, con la probabile conseguenza che alcuni sindacati con disomogenea

⁵⁶ Sui comitati di settore si veda M. D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitato di settore e ARAN*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *op. cit.*, 373 ss.

presenza possano non raggiungere la faticosa soglia del 5%, con l'effetto di non avere la forza di poter neppure presentare le proprie istanze.

5. *Segue: disposizioni riferibili all'assunzione di personale*

Il tema dell'assunzione del personale è affrontato in maniera pressoché esclusiva nel d.l. n. 90/2014, fatto salvo quanto si dirà per la dirigenza. La parola d'ordine dell'esecutivo è di garantire la c.d. staffetta generazionale. A tal fine si prevede l'abolizione del trattenimento in servizio⁵⁷, l'ampliamento della facoltà dell'amministrazione di risolvere unilateralmente i rapporti di lavoro, compresi quelli dei dirigenti⁵⁸, nonché l'allentamento del *turn over* (cfr. artt. 1 e 3, d.l. n. 90/2014). Sotto quest'ultimo profilo viene meno il

⁵⁷ Come noto, tale istituto era stato introdotto dall'art. 16 del d.lgs. n. 503/1992 con cui si prevedeva la possibilità per i dipendenti pubblici di permanere in servizio per un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo; in seguito l'art. 72, commi 7-10, del d.l. n. 112/2008 ha escluso che la permanenza in servizio potesse configurarsi in termini di diritto soggettivo, rimettendo la valutazione della domanda del dipendente alla pubblica amministrazione di appartenenza in ragione delle proprie esigenze organizzative e funzionali; successivamente l'art. 9, comma 31, del d.l. n. 78/2010 ha stabilito che i trattenimenti in servizio possono essere disposti esclusivamente nell'ambito delle facoltà assunzionali previste consentite dalla legislazione vigente in base alle cessazioni del personale e con il rispetto delle relative procedure autorizzatorie.

⁵⁸ È stato riscritto l'art. 72, comma 11, del d.l. n. 112/2008 prevedendosi che le pubbliche amministrazioni, con decisione motivata con riferimento alle esigenze organizzative e ai criteri di scelta applicati e senza pregiudizio per la funzionale erogazione dei servizi, a decorrere dalla maturazione del requisito di anzianità contributiva per l'accesso al pensionamento (attualmente pari a 42 anni e 6 mesi per gli uomini e 41 anni e 6 mesi per le donne) e non prima del compimento dei 62 anni di età (al di sotto della quale opererebbero riduzioni percentuali del trattamento pensionistico), possono risolvere il rapporto di lavoro con un preavviso di 6 mesi. In origine nel 2008 si era introdotta la facoltà per le pubbliche amministrazioni per il triennio 2009-2011 di risolvere unilateralmente il rapporto con il preavviso di 6 mesi nei confronti del personale (compresi i dirigenti) che avessero maturato un'anzianità contributiva di 40 anni. Con l. n. 15/2009 si è disposto che l'istituto si applicasse non al compimento dell'anzianità massima contributiva di 40 anni, bensì al compimento dell'anzianità massima di servizio effettivo di 40 anni. L'art. 16, comma 16, del d.l. n. 98/2011 ha escluso la necessità dell'obbligo di motivazione di ciascun provvedimento qualora l'amministrazione avesse preventivamente determinato in via generale appositi criteri applicativi con atto di organizzazione interna; in seguito con l'art. 1, comma 16, del d.l. n. 138/2011 l'applicazione dell'istituto è stata prorogata per il triennio 2012-2014. In dottrina si veda, con riguardo alla prima formulazione della norma, D. CASALE, *Il licenziamento del personale pubblico (dirigente) con quaranta anni di anzianità contributiva ex art. 72 del d.l. n. 112/2008*, in *LPA*, 2008, n. 6, 1058 ss.

vincolo relativo alla percentuale delle unità cessate nell'anno precedente (c.d. limite capitaro), mantenendosi solo quello legato alla percentuale di risparmi da cessazione. Del pari innovativa è la previsione che subordina anche le nuove assunzioni a tempo determinato per un periodo superiore a 12 mesi alla verificata impossibilità di ricollocare il personale in disponibilità⁵⁹. Un personale che può essere utilizzato anche in comando e che può avvalersi delle disposizioni dell'art. 23-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, ovvero della mobilità tra pubblico e privato.

In continuità con la legislazione vigente (cfr. art. 35, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 165/2001) si pone il criterio direttivo dell'art. 13, comma 1, lett. *a*, del ddl S 1577 che prevede il riconoscimento nei concorsi pubblici della professionalità acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con pubbliche amministrazioni. In evidente discontinuità si pongono, invece, i criteri della successiva lett. *b*, primo fra tutti l'accentramento dei concorsi per tutte le pubbliche amministrazioni, con cui si estende a tutto il personale quanto previsto specificamente per la dirigenza, con una significativa deroga per gli enti locali (per la gestione dei relativi concorsi sono indicati la provincia o gli enti che le succedono ai sensi della legge Delrio), nonché la previsione della revisione delle modalità di espletamento dei concorsi, la definizione di limiti assoluti e percentuali, in relazione al numero dei posti banditi, di idonei non vincitori inseribili in graduatoria, e la riduzione dei termini di validità delle graduatorie. Espressione di una visione unitaria della pubblica amministrazione anche in una logica di razionalizzazione funzionale al contenimento della spesa sono i criteri volti a prevedere la rilevazione delle competenze dei lavoratori pubblici (lett. *e*)⁶⁰, la definizione di obiettivi di contenimento delle assunzioni, differenziati in base agli effettivi fabbisogni

⁵⁹ È stata altresì estesa agli enti locali (cfr. art. 3, comma 5-*ter*) la previsione dell'art. 4, comma 3, del d.l. n. 101/2013 che subordina l'avvio di nuove procedure concorsuali alla verifica dell'esaurimento delle graduatorie (più precisamente avvenuta immissione in servizio presso l'amministrazione di tutti i vincitori collocati nelle proprie graduatorie vigenti di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato per qualsiasi qualifica «salve comprovate non temporanee necessità organizzative adeguatamente motivate», nonché assenza nella stessa amministrazione di idonei collocati nelle proprie graduatorie vigenti e approvate a partire dal 1° gennaio 2007, relative alle professionalità necessarie anche secondo un criterio di equivalenza).

⁶⁰ La disposizione nel prevedere una mappatura delle competenze ricorda il *Civil Service Reform Plan* elaborato dal Governo Cameron nel 2012.

(lett. f)⁶¹, nonché il progressivo superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni anche al fine di facilitare i processi di mobilità (lett. g). Se si leggono criticamente le previsioni del d.l. n. 90/2014, l'impressione è che un ricambio di personale vi sarà, forse generazionale, difficilmente una staffetta. Il fatto che vi sarà un ricambio è nelle cose, fisiologico, anche perché l'istituto del trattenimento in servizio era già stato notevolmente ridimensionato dalla previsione di carattere finanziario che la equiparava ad una nuova assunzione; semmai occorre chiedersi se vi saranno i numeri per poter parlare di una reale staffetta, con prognosi secondo cui i dati reali dimostreranno effetti ben al di sotto delle aspettative. Più di una perplessità risiede anche nella possibilità che il ricambio (o la staffetta) sia effettivamente generazionale. Le previsioni introdotte dal Governo Renzi devono essere, infatti, considerate in stretta connessione con quelle introdotte dal precedente esecutivo Letta con il d.l. n. 101/2013, segnatamente la riapertura delle procedure di stabilizzazione; la proroga della validità delle graduatorie, subordinando l'indizione di nuovi concorsi all'assunzione di tutti i vincitori e alla mancanza di idonei in graduatorie vigenti e approvate successivamente al 1° gennaio 2007 relative alle professionalità necessarie anche sulla base di un criterio di equivalenza; la previsione di una possibile riserva di posti a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato con 3 anni di servizio presso l'amministrazione che bandisce. Si tratta di disposizioni che, ancorché diversamente valutate dalla dottrina, hanno un ambito di applicazione mirato e circoscritto a superare il fenomeno del c.d. precariato, sì da riferirsi a soggetti con età anagrafica non sempre giovane. A ciò si aggiunge (e si conferma) l'obbligo prioritario delle amministrazioni di riassorbire i lavoratori in disponibilità, anch'essi con tutta evidenza non giovani. Un vincolo che il d.l. n. 90/2014 ha esteso anche per le assunzioni a tempo determinato per un periodo superiore ai 12 mesi⁶².

L'impressione che ne deriva è che il d.l. n. 90/2014 abbia operato in relazione al tema assunzioni, nonostante i proclami, secondo una logica emergenziale, in cui le esigenze di contenimento della spesa hanno prevalso, anche se occorrerà aspettare i conti del prossimo futuro per accertare se vi sarà un effettivo

⁶¹ In questo senso le aperture al *turnover* previste dal d.l. n. 90/2014 si configurano come un'anticipazione di tale principio.

⁶² Con specifico riguardo alle assunzioni a tempo determinato l'art. 5, comma 1, lett. c, nel novellare il sesto comma dell'art. 34 del d.lgs. n. 165/2001 prevede che le nuove assunzioni a tempo determinato per un periodo superiore a 12 mesi sono subordinate alla verificata impossibilità di ricollocare il personale in disponibilità iscritto nell'apposito elenco.

contenimento⁶³. In ogni caso emblematica della spasmodica attenzione ai conti è la questione riferita alla c.d. quota 96 per la scuola, prima proposta e poi ritirata per mancanza di copertura finanziaria⁶⁴ al pari della nota questione relativa al prepensionamento forzato dei professori universitari. Ciò non toglie che vi siano alcuni profili certamente apprezzabili, primo fra tutti l'allentamento del *turn over*, con aperture particolari per gli enti locali e il riferimento per il calcolo degli assumibili non alla percentuale di personale cessato, bensì alla spesa relativa al personale cessato. Ciò può comportare sia un numero di assunzioni di personale a tempo indeterminato percentualmente superiore a quello cessato, sia assunzioni con professionalità più elevate rispetto a quelle del personale cessato.

Un giudizio decisamente positivo meritano, invece, i principi contenuti nel disegno di legge-delega. La previsione del riconoscimento nei concorsi pubblici della professionalità acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le pubbliche amministrazioni merita certamente apprezzamento. Quella che in base alla disciplina vigente è una mera possibilità diviene un obbligo. È del pari significativo che si faccia riferimento alla professionalità acquisita presso amministrazioni pubbliche e non presso quella che bandisce, ciò in un'ottica effettivamente selettiva che tralasci valutazioni troppo domestiche. È, altresì, auspicabile che la nozione rapporto di lavoro flessibile sia intesa in senso lato, con riferimento anche ai rapporti di lavoro autonomo (o meglio di collaborazione).

Un giudizio positivo deve essere espresso anche con riguardo alla postulata revisione delle modalità di espletamento dei concorsi. Senza seguire inutili speculazioni volte ad enfatizzare le patologie dello strumento concorso e limitandosi ad una riflessione che abbia riguardo alla fisiologia, pare ormai abbastanza condiviso che le modalità per l'espletamento delle procedure concorsuali consolidate negli anni siano divenute obsolete. Bisognerebbe passare da un modello che privilegia nozioni amministrativo-contabili ad un modello volto a valutare l'attitudine allo svolgimento di compiti operativi e gestionali. Si potrebbe così ipotizzare una prima fase selettiva finalizzata

⁶³ La relazione tecnica al disegno di legge di conversione del d.l. n. 90/2014 ha, infatti, sottolineato i maggiori oneri previdenziali derivanti per l'anticipo dell'erogazione delle pensioni e dei TFS.

⁶⁴ L'art. 1-bis (*Disposizioni per il ricambio generazionale nel comparto della scuola*) inserito nel ddl S 1582 e poi stralciato aveva previsto che un contingente massimo di 4 mila unità del personale della scuola (coloro che avevano maturato i requisiti previdenti entro l'a.s. 2011-2012) potesse usufruire della disciplina pensionistica previgente alla riforma del 2011 per quanto concerne i requisiti per le pensioni di vecchiaia e di anzianità, ivi compreso l'istituto delle c.d. finestre.

all'accertamento in capo al candidato del possesso di adeguate nozioni, cui far seguire una valutazione delle capacità relazionali e collaborative, propedeutiche allo svolgimento delle prove d'esame di carattere prettamente pratico.

La prevista riduzione dei termini di validità delle graduatorie merita anch'essa certamente apprezzamento. Sul punto sarebbe però forse opportuno preliminarmente ricordare che una ragionevole disciplina a regime è già presente. L'art. 35, comma 5-ter, del d.lgs. n. 165/2001 indica per le graduatorie un periodo di vigenza triennale, decorrente dalla data della pubblicazione, essendo, peraltro, previsto che le leggi regionali possano stabilire periodi di vigenza inferiori. Tale disposizione non deve essere confusa e sovrapposta con la disciplina eccezionale e transitoria che attraverso successivi interventi normativi di proroga è giunta a "mantenere in vita" graduatorie ultradecennali, ovvero anche graduatorie formati a seguito di concorsi banditi con regole diverse (e, dunque, meno rigorose) di quelle introdotte dalla riforma Brunetta. Connessa con la riduzione del periodo di vigenza delle graduatorie è il previsto ridimensionamento della figura dell'idoneo non vincitore. Una previsione che deve essere considerata alla luce dell'obbligo giuridico introdotto dal d.l. n. 101/2013 di esaurire le graduatorie prima di procedere a nuove procedure concorsuali.

L'impressione che si ricava da una lettura complessiva di queste norme è la convergenza della logica sottesa alla riforma del lavoro pubblico e di quello privato. Se nel settore pubblico è, infatti, chiara la volontà di incrementare l'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione tramite l'immissione a tempo indeterminato di nuovo personale (non necessariamente diverso per quanto abbiamo fin qui detto), senza incrementare gli organici, analogamente nel settore privato le proposte di riforme *in itinere* più che a puntare ad un incremento occupazionale immediato in termini assoluti, mirano ad un incremento della produttività del singolo lavoratore, vista a considerata quale preconditione per il rilancio dell'economia e, dunque, per nuove assunzioni.

Del pari rilevante è la previsione di una mappatura delle competenze. È evidente il rilievo strumentale di tale mappatura per l'attivazione dei processi di mobilità nell'ambito dei processi di riorganizzazione. Una previsione che si lega, dunque, a doppio filo con le novità già introdotte dagli artt. 4 e 5 del d.l. n. 90/2014, ma anche con la futura programmazione delle assunzioni.

Strettamente connessa alla finalità del c.d. ricambio generazionale, condividendone la stessa filosofia di fondo, è la previsione di una formazione obbligatoria sia per i neo-assunti sia per tutti gli altri dipendenti. Si tratta di un profilo certamente importante, sempre ribadito da parte di tutti gli interventi di

riforma, ma sempre scarsamente effettivo e che sconta nella recente riforma un evidente limite di fondo, ovvero che la formazione non deve comportare costi aggiuntivi. Il che francamente stride con l'esigenza di innovazione, non apparendo sufficiente l'accorpamento delle Scuole di formazione esistenti nella SNA⁶⁵ per garantire una generalizzata formazione di qualità senza incremento della spesa. A questa prima perplessità se ne affianca un'altra, cioè quanto un progetto formativo definito centralmente da un unico organismo riesca a cogliere le specifiche esigenze delle molteplici realtà di riferimento. Ma forse l'obiettivo è proprio quello di una uniformità formativa funzionale ad un potenziale interscambio di personale tra le amministrazioni. In ogni caso in una logica di assunzione e di formazione mirata dei giovani sarebbe opportuno considerare anche le opportunità fornite dal contratto di apprendistato quale strumento per l'inserimento di nuove leve all'interno delle pubbliche amministrazioni. Non si tratterebbe, con tutta evidenza, di una apertura alla flessibilità, ma di una apertura alla formazione sulla base di un coerente connubio tra lavoro e formazione, non solo teorica, ma soprattutto pratica.

Con specifico riguardo alle tipologie contrattuali flessibili ormai è storia l'obbligo previsto dall'art. 86, comma 6, del d.lgs. n. 276/2003 con cui si prevedeva, previo confronto tra il Ministro per la funzione pubblica e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, la predisposizione di provvedimenti legislativi volti all'armonizzazione della disciplina tra privato e pubblico. Una storia che ha visto quali sviluppi successivi una legge Fornero del 2012 che ha riproposto il tema del coordinamento, senza risolverlo, e più recentemente una riforma dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 da parte del d.l. n. 101/2013 con cui si è rafforzata la specialità di disciplina relativa alla possibile utilizzazione di contratti di lavoro flessibile. Ciò non toglie che un intervento sia necessario anche perché il ddl S 1577 all'art. 11, fa riferimento ad una tipologia contrattuale, il lavoro ripartito, disciplinato dalla c.d. legge Biagi (artt. 41 ss.) e fino ad oggi ritenuto non applicabile al lavoro pubblico. L'intervento del legislatore pare indefettibile non solo per fare chiarezza circa le tipologie contrattuali utilizzabili nel settore pubblico, ma anche per quanto concerne le conseguenze derivanti dall'accertata illegittimità del contratto flessibile. La disciplina vigente si limita ad affermare che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di

⁶⁵ Tutti gli organismi coinvolti dal riordino compongono il Sistema unico del reclutamento e della formazione pubblica istituito dal regolamento adottato con d.P.R. n. 70/2013 in attuazione dell'art. 11, comma 1, del d.l. n. 95/2012 con cui si era inteso creare un meccanismo di coordinamento delle risorse e delle attività delle scuole coinvolte.

rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni «ferma restando ogni responsabilità e sanzione» (cfr. art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001). Se il divieto di conversione è considerato espressione del principio dell'accesso per concorso all'accesso all'impiego nelle pubbliche amministrazioni, resta aperta la questione relativa alla sanzione applicabile. La norma, infatti, si limita a prefigurare le sanzioni nei confronti del dirigente che abbia illegittimamente operato, ma non dice nulla per quanto concerne la tutela da riconoscere al lavoratore. Di qui diverse soluzioni espresse in giurisprudenza, relative soprattutto alle ipotesi di illegittimi contratti a termini, con decisioni che spaziano dal riconoscere l'applicabilità dell'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro al diritto del lavoratore di vedersi riconosciuto un risarcimento pari al tempo verosimilmente necessario per trovare una nuova occupazione⁶⁶.

6. Segue: disposizioni in materia di gestione del rapporto di lavoro

In materia di gestione del rapporto di lavoro le novità certamente più rilevanti sono quelle contenute negli artt. 4 e 5 del d.l. n. 90/2014, di cui alcuni profili sono già stati anticipati.

L'art. 4 disciplina due diversi istituti: la mobilità e il trasferimento geografico del lavoratore⁶⁷.

Quanto alla mobilità, occorre differenziare tra il restyling della previgente disciplina della mobilità volontaria e la nuova disciplina della mobilità tra sedi centrali di ministeri, agenzie ed enti pubblici nazionali⁶⁸.

⁶⁶ Nel primo senso si veda Cass. 21 agosto 2013, n. 19371; nel secondo senso Cass. 2 dicembre 2013, n. 26951; sulla legittimità di una disciplina nazionale che, nel caso di utilizzo abusivo da parte di un datore di lavoro pubblico di una successione di contratti a termine, preveda solo il diritto per il lavoratore interessato ad ottenere il risarcimento del danno si veda C. giust. ord. 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Rocco Papalia c. Comune di Aosta*, tutte in *RIDL*, 2014, n. 1, II, 75, con ampia nota (cui si rinvia per ulteriori riferimenti) di E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, 86 ss., critica rispetto alla soluzione offerta dal giudice comunitario. Per una completa disamina di tutte le problematiche relative all'utilizzo delle tipologie flessibili nel lavoro pubblico si veda V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, 2013, 316.

⁶⁷ Con riguardo alla previgente disciplina si veda F. BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013, 449 ss.

⁶⁸ Per un commento della disciplina risultante dalla novella del 2009 si veda A. RICCOBONO, *La nuova disciplina della mobilità volontaria*, in M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *La terza*

Quanto alla prima, ancorché la norma non parli più espressamente di cessione del contratto, si deve comunque ritenere che l'esigenza di tre consensi, dell'amministrazione di appartenenza (oggi espressamente definito come preventivo rispetto alla proposizione della domanda: «previo assenso dell'amministrazione di appartenenza»), di quella di destinazione e del lavoratore, riconduca inevitabilmente la fattispecie entro la figura legale della cessione del contratto. Rispetto alla previsione precedente che si limitava a stabilire l'obbligo per l'amministrazione di rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico, la nuova disposizione stabilisce che le amministrazioni, previa definizione dei requisiti e delle competenze professionali richieste⁶⁹, debbano adottare un bando, da pubblicare sul sito istituzionale per un periodo pari ad almeno 30 giorni. Il bando deve contenere l'indicazione dei posti che si intendono ricoprire e deve indicare i requisiti da possedere per poter beneficiare del trasferimento.

Assume altresì rilievo la circostanza che la nuova formulazione della norma si riferisca al passaggio di dipendenti appartenenti a «una qualifica corrispondente» e non «alla stessa qualifica». Ciò porta, infatti, a superare le residuali resistenze di chi leggeva l'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001 come disposizione concernente la sola mobilità compartimentale, proprio sul presupposto formale del riferirsi alla stessa qualifica⁷⁰. Del resto nel senso del definitivo superamento di una visione meramente compartimentale della mobilità depone anche l'accelerazione impressa all'attuazione dell'art. 29-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, ovvero alla disposizione che prevede l'adozione di una tabella di equiparazione fra i livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi dei diversi comparti di contrattazione (cfr. art. 4, comma 3, d.l. n. 90/2014). Semmai con riferimento a tale previsione la questione che si pone, già sollevata all'indomani della sua introduzione da parte della novella del

riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo. D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135) (Spending Review), cit., 139 ss., e M. MONTINI, *La mobilità e il reclutamento del personale*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *op. cit.*, 281 ss.

⁶⁹ Tale specificazione è stata introdotta in sede di conversione quale effetto dell'accoglimento di una proposta di modifica delle parti sindacali, in luogo della precedente con cui si disponeva che dovessero essere previamente individuati i criteri di scelta. Peraltro anche in assenza di una specifica indicazione normativa si ritiene che l'amministrazione non possa prescindere anche da una preventiva determinazione dei criteri di scelta, al fine di individuare il dipendente che usufruirà del passaggio nel caso in cui siano state formulate più domande.

⁷⁰ Peraltro è bene sottolineare come dal punto di vista rigorosamente letterale il termine "qualifica" non sia presente nei modelli contrattuali di inquadramento del lavoro pubblico, articolati in categorie/aree, posizioni economiche e profili professionali.

2009, attiene al potenziale contrasto con la competenza della contrattazione collettiva in materia di inquadramento ai sensi del sesto comma dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001.

La seconda, di cui viene esplicitamente sancita la natura temporanea («In via sperimentale e fino all'introduzione di nuove procedure per la determinazione dei fabbisogni standard di personale delle amministrazioni pubbliche»), ha un ambito di applicazione limitato al «trasferimento tra sedi centrali di differenti ministeri, agenzie ed enti pubblici non economici». L'elemento di diversificazione è dato dal fatto che non è richiesto l'assenso dell'amministrazione di appartenenza, sì da non potersi parlare in questo caso di cessione del contratto. Si dispone, infatti, che, ferma la domanda del dipendente, gli spostamenti tra sedi centrali sono disposti entro due mesi dalla richiesta dell'amministrazione di destinazione, fatti salvi i termini di preavviso ed a condizione che l'amministrazione di destinazione abbia una percentuale di posti vacanti superiore all'amministrazione di appartenenza. La finalità della norma è evidente: coniugare l'aspettativa del dipendente di trasferirsi presso un'altra amministrazione con l'esigenza di un riequilibrio degli organici tra le varie amministrazioni. Una mobilità che nelle intenzioni del legislatore verrà agevolata tramite l'istituzione presso il Dipartimento della Funzione Pubblica di un portale finalizzato all'incontro tra la domanda e l'offerta di mobilità.

Il comma 1-*bis* dello stesso art. 4, introdotto in sede di conversione, prevede che l'amministrazione di destinazione provvede alla riqualificazione dei dipendenti di cui è accolta la domanda di trasferimento «eventualmente avvalendosi, ove sia necessario predisporre percorsi specifici o settoriali di formazione, della Scuola nazionale dell'amministrazione». La lettura complessiva evidenzia se non una palese contraddittorietà comunque una disarmonia. Se la preventiva definizione dei requisiti e delle competenze professionali richieste è stata introdotta in quanto volta ad evitare che potessero usufruire della mobilità soggetti portatori di competenze e professionalità non funzionali all'esigenza dell'ente (e, quindi, nella sostanza per responsabilizzare la scelta dell'amministrazione), non si comprende la previsione della riqualificazione dei dipendenti la cui domanda è stata accolta. Dovrebbe essere evidente che se i lavoratori non posseggono un'idonea competenza non dovrebbero essere neppure scelti. Tuttavia la previsione pare assumere rilievo non tanto quale opportunità per la mobilità volontaria, quanto per quella, oggi sperimentale, finalizzata ad un riequilibrio degli organici, permettendo tramite processi di riqualificazione di risolvere situazioni di carenza d'organico. A questa prima considerazione se ne aggiunge una

seconda. Il legislatore introduce il principio per cui l'attività di riqualificazione è onere dell'amministrazione di destinazione, potendosi solo in casi specifici e mirati ricorrere all'azione della SNA: ne consegue, quindi, che l'effettiva formazione è rimessa quanto a tempi e modalità al singolo ente, con tutti i limiti che questa soluzione presenta.

La disposizione relativa al nuovo trasferimento geografico del lavoratore è tra quelle che ha sollevato maggiori critiche. Il testo risultante a seguito della conversione del decreto-legge prevede che i lavoratori, compresi i dirigenti atteso che la norma si riferisce "globalmente" ai rapporti di cui all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, possano essere trasferiti all'interno della stessa amministrazione, o previo accordo tra le amministrazioni interessate, in altra amministrazione, in sedi collocate nel territorio dello stesso comune, ovvero a distanza non superiore a cinquanta chilometri dalla sede cui sono adibiti⁷¹. La norma afferma espressamente che il trasferimento dei dipendenti possa essere disposto anche in assenza di «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» (si dispone, infatti, che «Ai fini del presente comma non si applica il terzo periodo del primo comma dell'art. 2103 del codice civile»). Un rafforzamento dell'unilateralità dei poteri datoriali che ha comportato l'esplicita abrogazione dal comma 29 dell'art. 1 del d.l. n. 138/2011 (convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011); quest'ultima norma nel prevedere l'obbligo per i dipendenti di effettuare la prestazione in luogo di lavoro e sedi diversi sulla base di motivate esigenze tecniche, organizzative e produttive, con riferimento ai piani della performance o ai piani di razionalizzazione, attribuiva alla contrattazione collettiva il compito di definirne criteri ed ambiti («secondo criteri ed ambiti regolati dalla contrattazione collettiva di comparto»).

Un'espressa previsione di tutela è stata introdotta in sede di conversione del decreto per i dipendenti con figli di età inferiore ai 3 anni che abbiano diritto al congedo parentale e per i dipendenti che assistono persone con handicap in situazione di gravità, non ricoverate a tempo pieno in una struttura. In questi casi il trasferimento in altra sede è subordinato al loro consenso, con previsione che riprende quanto già previsto in via generale per tutti i trasferimenti dall'art. 33, comma 5, della l. n. 104/1992.

⁷¹ Opportunamente in sede di approvazione definitiva è stata superata l'originaria formulazione del decreto-legge che per addivenire alla stessa soluzione affermava che dovevano considerarsi quale unità produttiva ai sensi dell'art. 2103 c.c. le sedi delle amministrazioni collocate nel territorio dello stesso Comune e le sedi collocate ad una distanza non superiore ai 50 km dalla sede in cui il dipendente è adibito.

A questo primo vincolo se ne deve aggiungere un secondo concernente i dirigenti sindacali. La disposizione in esame, infatti, non deroga alla previsione dell'art. 22 Stat. lav. secondo cui i dirigenti sindacali possono essere trasferiti solo con il consenso delle organizzazioni sindacali di appartenenza.

È peraltro evidente che il trasferimento geografico possa essere comunque disposto solo nel rispetto dell'equivalenza delle mansioni assegnate, dovendosi a tal fine far riferimento a quanto previsto dall'art. 52, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 e dal sistema di inquadramento definito dalla contrattazione collettiva.

Se la novella della disciplina del trasferimento nell'ambito della stessa amministrazione ha la finalità immediata di superare alcune ingessature dell'esistente (segnatamente la prassi conosce la nota difficoltà di poter trasferire senza contestazioni un dipendente da un ufficio a quello limitrofo), la previsione è significativamente innovativa nella parte in cui prevede che il trasferimento possa essere disposto anche verso una diversa amministrazione. È sufficiente che vi sia l'accordo tra le amministrazioni, nulla di più. In particolare non vi è alcun riferimento alla sussistenza di esigenze di colmare vacanze di organico od altre ragioni di carattere organizzativo. L'unico vincolo previsto dal legislatore è di carattere finanziario. Si dispone infatti che le risorse corrispondenti al 50% del trattamento economico spettante al personale trasferito confluiscono nel fondo appositamente costituito per il miglioramento dell'allocazione del personale presso le pubbliche amministrazioni e da attribuire alle amministrazioni destinatarie dei processi di mobilità.

La portata effettiva della disposizione può essere più compiutamente compresa se si considera quanto è già legge con ciò che allo stato è mero disegno di legge. L'attenzione si rivolge sia alla riforma introdotta dalla l. n. 56/2014 (c.d. legge Delrio) sia più specificamente a quanto disposto nell'art. 7 (*Riorganizzazione dello Stato*) del ddl S 1577 ed in particolare alla lett. *a* ove si prevede la riduzione degli uffici e del personale destinati ad attività strumentali e correlativo rafforzamento degli uffici che erogano prestazioni ai cittadini ed alle imprese, nonché la possibilità di introdurre forme di gestione unitaria dei servizi strumentali, attraverso la costituzione di uffici comuni e previa l'eventuale collocazione delle sedi in edifici comuni o contigui. Più in generale l'esigenza è di semplificare l'organizzazione cercando di eliminare le sovrapposizioni di ruoli e di competenze. È evidente che l'effettivo risultato della riorganizzazione è facilitato dall'introduzione di norme che garantiscano una gestione più flessibile del personale ivi impiegato.

L'art. 5 amplia la possibilità di ricollocare il personale pubblico in disponibilità. Come già evidenziato la norma prevede che tali lavoratori possano formulare nei 6 mesi antecedenti alla scadenza del periodo di disponibilità istanza di ricollocazione anche in posizione inferiore e che la ricollocazione non possa avvenire prima dei 30 giorni anteriori alla scadenza dello stesso periodo di disponibilità. Presupposto perché si possa avanzare istanza di ricollocazione è che detta istanza sia presentata per occupare posti vacanti in organico. Si dispone altresì che, al fine di ampliare le occasioni di ricollocazione, questa possa avvenire in deroga all'art. 2103 c.c. «anche in una qualifica inferiore o in posizione economica inferiore della stessa o di inferiore area o categoria di un solo livello per ciascuna delle suddette fattispecie». Il limite di un solo livello è stato introdotto nel corso del procedimento di conversione del decreto-legge ancorché permanga un ventaglio molto aperto di questioni in merito al possibile ricollocamento.

Il richiamo all'art. 2103 deve intendersi riferito al secondo comma della disposizione codicistica con cui, come noto, si pone la regola della nullità di ogni patto che contrasti con il divieto di dequalificazione⁷². Il riferimento alla deroga dell'art. 2103 e non dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 è solo in apparenza frutto di una svista del legislatore. L'art. 52 è, infatti, norma speciale rispetto all'art. 2103 c.c. per quanto concerne l'esercizio del potere unilaterale datoriale di mutamento di mansioni (in senso orizzontale e verticale), ma non disciplina (o meglio non limita) la libertà delle parti di accordarsi a livello individuale per l'attribuzione di mansioni inferiori. Il che, peraltro, potrebbe, in ipotesi, avvenire anche in via di fatto per fatti concludenti, riproducendosi tutte le problematiche *ante* riforma dell'art. 2103 c.c. da parte dell'art. 13 Stat. lav. Per questa ragione la disposizione codicistica è da ritenersi applicabile per le parti non “coperte” dalla speciale disposizione dell'art. 52, tra cui per l'appunto anche il divieto di demansionamento. Di qui l'esplicita esclusione da parte del d.l. n. 90/2014 dell'applicabilità dell'art. 2103 c.c. Peraltro anche nel settore privato sono ormai considerati legittimi i c.d. patti di demansionamento, negoziati sia a livello individuale⁷³, sia a livello

⁷² Posta la specialità dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 rispetto all'art. 2103 con riguardo all'attribuzione di mansioni equivalenti e superiori, il residuale ambito di operatività dell'art. 2103 potrebbe concernere il trasferimento geografico; senonché la circostanza che sia il lavoratore a formulare istanza di ricollocazione impedisce di porre un problema di applicabilità della norma.

⁷³ Cfr. Cass. 18 marzo 2009, n. 6552; Cass. 10 ottobre 2006, n. 21700, in *RGL*, 2007, II, 244 (s.m.); Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, *ivi*, 43 (s.m.); per la giurisprudenza di merito si veda,

collettivo ex art. 4, comma 11, della l. n. 223/1991⁷⁴. La differenza consiste nel fatto che nel settore privato tali patti sono considerati legittimi in quanto funzionali ad evitare un licenziamento, mentre nel caso in esame l'intervenuta cessazione del rapporto ed il collocamento in disponibilità ne rappresentano il presupposto⁷⁵.

Quanto al trattamento economico da riconoscere a seguito della ricollocazione la norma è esplicita nell'escludere il diritto al mantenimento dell'indennità goduta durante il periodo di disponibilità (pari all'80% dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale). In senso negativo deve essere risolta anche la questione relativa alla possibilità di attribuire al dipendente ricollocato un trattamento economico corrispondente all'inquadramento che aveva prima del collocamento in disponibilità. Il lavoratore avrà diritto al trattamento economico correlato al nuovo inquadramento anche se, in ipotesi, inferiore all'indennità goduta durante il periodo di disponibilità⁷⁶.

A garanzia del dipendente si riconosce il mantenimento del diritto di essere successivamente inquadrato nella propria originaria qualifica e categoria di inquadramento e ciò – lo si precisa – «anche attraverso le procedure di mobilità volontaria di cui all'art. 30». Se quest'ultima precisazione è chiara nel riconoscere al dipendente ricollocato il diritto a partecipare alle procedure di mobilità bandite con riferimento al suo inquadramento precedente, più complesso è comprendere cosa accada in altri casi, primo fra tutti quello in cui nell'ambito dell'amministrazione presso cui è stato ricollocato si verifichi una

di recente, Trib. L'Aquila 16 gennaio 2013, n. 14, in *Redazione Giuffrè*, 2013; Trib. Napoli 17 gennaio 2012, n. 975, in *RIDL*, 2012, n. 4, II, 822 (s.m.).

⁷⁴ Cfr. Cass. 1° luglio 2014, n. 14944, secondo cui trattandosi di rimedio volto ad evitare il licenziamento i lavoratori non sono vincolati alla deroga concordata in sede collettiva potendo rifiutare la dequalificazione ed affrontando il rischio del licenziamento; per la giurisprudenza di merito Trib. Torino 8 luglio 2008, in *Giurisprudenza Piemontese*, 2008, n. 2, 257.

⁷⁵ In merito si veda anche l'art. 1, comma 7, lett. d, del progetto di legge n. 2660 (già S 1428) ove anche per il settore privato si prevede la «revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento», nonché di prevedere che «la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera».

⁷⁶ Cfr. anche l'art. 1, comma 458, della legge di stabilità per il 2014 (l. 27 dicembre 2013, n. 147) che ha abrogato il divieto di *reformatio in peius* del trattamento economico nel caso di mutamento di posizione.

vacanza d'organico per un posto "corrispondente" a quello occupato prima del collocamento in disponibilità. La norma sembrerebbe riconoscere un diritto soggettivo potestativo in capo al ricollocato, senza fissare alcun termine per il suo esercizio, che, in ipotesi, potrebbe avvenire anche a distanza di anni. Il che ovviamente apre la porta al contenzioso qualora l'amministrazione decida per altre soluzioni, anche sulla scorta di motivate ragioni di carattere organizzativo.

7. Segue: disposizioni in tema di valutazione del personale ed estinzione del rapporto di lavoro

Un altro capitolo su cui si ferma l'attenzione del legislatore è quello relativo al sistema di valutazione. Dal punto di vista funzionale, la volontà di rafforzare il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) che sarà chiamata ad operare su più fronti anche in vista dell'Expo 2015 ha comportato il trasferimento dei compiti inerenti la misurazione e la valutazione del personale pubblico sotto la responsabilità del Dipartimento della Funzione Pubblica e, con "moto contrario", il trasferimento all'Anac delle funzioni in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione in precedenza svolte dal Dipartimento per la Funzione Pubblica. Ciò al fine di concentrare la missione istituzionale dell'Anac sui compiti relativi alla garanzia della trasparenza e alla prevenzione della corruzione⁷⁷. Dal punto di vista ricostruttivo giova ricordare che la CIVIT, poi divenuta Anac, è stata istituita dall'art. 13 del d.lgs. n. 150/2009 proprio per l'esercizio delle funzioni di valutazione e che l'art 5 del d.l. n. 101/2013 con la medesima finalità – e con disposizione che è stata soppressa in sede di conversione – aveva trasferito le citate funzioni all'Aran. Il d.l. n. 90/2014 (art. 19, comma 10) oltre ad una diversa imputazione delle funzioni demanda ad un regolamento di delegificazione il riordino delle funzioni di misurazione e valutazione della performance, indicando con una formulazione ampia le «norme regolatrici della materia» (revisione e semplificazione degli adempimenti a carico delle pubbliche amministrazioni, al fine di valorizzare le premialità nella valutazione della performance, organizzativa ed individuale; progressiva integrazione del ciclo della performance con la programmazione finanziaria; raccordo con il sistema dei controlli interni; valutazione indipendente dei sistemi e risultati e conseguente

⁷⁷ All'Anac è stato altresì assegnato dal d.l. n. 90/2014 il potere sanzionatorio in caso di omessa adozione da parte delle amministrazioni degli atti di pianificazione in materia di anticorruzione e trasparenza, nonché il compito di ricevere notizie e segnalazioni di illeciti.

revisione della disciplina degli organismi indipendenti di valutazione), senza tuttavia indicare le norme di rango primario da ritenersi abrogate con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento stesso. Inoltre quelle che sono definite quali norme regolatrici della materia appaiono in realtà semplici indicazioni di oggetti del regolamento.

Una specifica attenzione è dedicata dal ddl S 1577 alla valutazione del personale dirigenziale, di cui si dirà nello specifico nel prossimo paragrafo, ma che condivide l'idea di una semplificazione della disciplina vigente.

Né nel d.l. n. 90/2014, né nel ddl S 1577 vi è alcun riferimento alla dibattuta questione del licenziamento nel lavoro pubblico. E ciò sia per quanto riguarda il piano delle ragioni giustificatrici del licenziamento, sia per quanto concerne le tutele applicabili. Il che è quantomeno sintomatico, dato che il tema è uno di quelli che oltre a porre rilevanti problematiche di ordine strettamente giuridico ha da sempre più appeal mediatico sull'opinione pubblica.

Sul piano della fattispecie il nodo teorico di vasta portata – e rispetto al quale fino ad ora, almeno a quanto consta, non è stato dedicato alcun particolare approfondimento – è dato dall'interpretazione di quanto previsto nel primo comma dell'art. 3 del Codice di comportamento 16 aprile 2013, n. 62, secondo cui «Il dipendente osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa» (comma 1, primo periodo). La norma nell'affermare tale principio introduce certamente una sovrapposizione tra l'obbligo di diligenza, cui ogni pubblico dipendente è tenuto quale prestatore di lavoro subordinato, e l'obbligo di esercitare i poteri pubblici assegnati in conformità ai principi dettati dall'art. 97 Cost. Due piani che devono però restare necessariamente distinti.

Sul piano delle tutele per il caso di illegittimo licenziamento il tema rimane quello della individuazione di “quale” art. 18 si debba applicare, se il testo antecedente alla riforma del 2012 o quello introdotto dalla legge Fornero⁷⁸. Un

⁷⁸ In dottrina, cui si rinvia anche per le indicazioni ivi contenute della prima giurisprudenza di merito, per l'immediata applicabilità del nuovo art. 18 si veda L. CAVALLARO, *L'art. 18 St. Lav. e il pubblico impiego: breve per (ora) storia di un equivoco*, in *LPA*, 2012, n. 6, 1019 ss., e L. CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: “difficile convivenza” o coesistenza pacifica?*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2013, n. 176, nonché L. CAVALLARO, *Perché il nuovo art. 18 St. Lav. si applica al pubblico impiego*, in *LPA*, 2013, n. 6, 927 ss.; A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, 33 ss., e A. TAMPIERI, *Il licenziamento dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, 2013, 826; R. RIVERSO, *Indicazioni operative sul Rito Fornero (con*

tema che già oggi vede contrapposte diverse posizioni e che inevitabilmente assumerà nuova linfa all'indomani dell'emanazione dei decreti attuativi del ddl S 1428 (in questo momento, come visto, in discussione alla Camera, C 2660). Un progetto che, stando alle anticipazioni informali, dovrebbe ridisegnare il confine tra licenziamento per motivi soggettivi e per motivi oggettivi con effetti certamente significativi nel settore privato, ma ancor di più nel settore pubblico in assenza di una specifica norma di raccordo. In questo caso nulla si è detto, ma è proprio questo silenzio assordante a preoccupare.

8. Segue: l'ampia delega in materia di riforma della dirigenza

Con specifico riguardo alla dirigenza, alle limitate novità introdotte dal d.l. n. 90/2014 – circoscritte al divieto di conferire incarichi dirigenziali al personale

una divagazione minima finale), in *LG*, 2013, n. 1, 22; R. DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *RIDL*, 2013, n. 2, II, 420 ss.; per la permanente applicabilità del vecchio art. 18 si veda F. CARINCI, *Art.18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LPA*, 2012, n. 1, 247 ss., e F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *DPL*, 2013, n. 1, 27 ss.; ancora F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *GI*, 2014, n. 1, spec. 218 ss., nonché F. CARINCI, *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, in *LPA*, 2013, n. 6, 913; C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, *ivi*, 2012, n. 5, 722; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 55; V. LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *MGL*, 2012, n. 10, spec. 757; P. SORDI, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 856; E. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 49 ss.; A. PILATI, *Un problema in più per il nuovo art. 18 st. lav.: è applicabile anche al lavoro pubblico privatizzato?*, in *LPA*, 2013, n. 2, 313 ss.; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero. Aggiornato al d.l. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. "pacchetto lavoro"*, Cacucci, 2013, 47; per una posizione intermedia, relativa all'applicabilità al lavoro pubblico della sola tutela reintegratoria forte, sia consentito rinviare a A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 ed il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, n. 6, 991 ss., nonché a M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, *ivi*, 2013, n. 1, 7 ss.; secondo A. OLIVIERI, *Licenziamento individuale e tutele nel lavoro pubblico dopo la l. n. 92/2012: una passeggiata nel bosco normativo*, *ivi*, 389, sarebbe compatibile con il settore pubblico l'applicabilità della sola tutela reale, anche nella sua forma attenuata.

in quiescenza (cfr. art. 6)⁷⁹ che rafforza il divieto di trattenimento in servizio ed alla riforma del primo comma dell'art. 110 del TUEL relativo al conferimento di incarichi dirigenziali a contratto per coprire posizioni vacanti in dotazione organica⁸⁰ –, si affianca l'organico progetto di riforma della categoria delineato nel ddl S 1577. Un intero articolo, il 10 (*Dirigenza pubblica*), è dedicato alla dirigenza. Gli interventi ipotizzati prospettano una significativa rivisitazione dell'esistente che ha quale perno l'istituzione di un sistema articolato in tre ruoli [per i dirigenti dello Stato (in cui confluiscono oltre i dirigenti statali anche i dirigenti degli enti pubblici non economici nazionali e delle agenzie governative), per i dirigenti delle Regioni (con inclusione nel ruolo anche della dirigenza amministrativa del Servizio Sanitario Nazionale, ma non di quella medica e tecnica) e per i dirigenti degli enti locali], tra loro «unificati e coordinati, accomunati da requisiti omogenei di accesso e da procedure analoghe di reclutamento, basati sul principio del merito e della formazione continua» e caratterizzato dalla piena mobilità dei dirigenti tra i ruoli. Se ne riportano quelli che appaiono gli elementi qualificanti per poi passare ad una loro valutazione anche d'insieme.

Quanto alle forme di accesso non ha trovato conferma l'auspicio formulato dal Ministro Madia nelle dichiarazioni programmatiche alla Camera del 2 aprile sull'estensione a tutta la dirigenza del sistema di reclutamento del corso-concorso. Sono state così confermate le modalità del corso-concorso e del concorso, differenziati per ruoli, ma unici per ciascuno dei tre ruoli, con

⁷⁹ Si tratta, peraltro, di una disposizione che lascia aperti alcuni dubbi interpretativi. Se, infatti, dalla rubrica dell'articolo (*Divieto di incarichi dirigenziali a soggetti in quiescenza*) e dal testo dei suoi primi 2 periodi si evince un esplicito divieto di conferimento, al terzo periodo si afferma che «incarichi e collaborazioni sono consentiti, esclusivamente a titolo gratuito e per una durata non superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione». Quest'ultimo periodo sembrerebbe, dunque, prevedere un'eccezione che, tuttavia, appare difficilmente conciliabile con l'attribuzione di incarichi dirigenziali a titolo gratuito.

⁸⁰ Tale modifica è apportata dall'art. 11 con cui si definisce il limite del 30% di incarichi dirigenziali conferibili con contratto a termine *ex art.* 110, comma 1, del TUEL e si prevede che detti incarichi siano conferiti previa selezione pubblica; il medesimo art. 11 fissa nel 10% la percentuale di incarichi dirigenziali conferibili con contratto a tempo determinato nelle Regioni e negli enti ed aziende del Servizio sanitario nazionale (per la dirigenza professionale, tecnica ed amministrativa). Viene altresì integrato l'art. 90 del TUEL prevedendosi la possibilità di parametrare il trattamento economico del personale impiegato negli uffici di diretta collaborazione a quello del personale dirigenziale, fermo il divieto di effettuazione di attività gestionale. Per un'analisi di dettaglio sia consentito rinviare a A. BOSCATI, *La dirigenza a contratto negli enti locali tra flessibilizzazione e rigore*, in *RU – Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, 2014, n. 4-5, 25 ss.

affidamento alla Scuola Superiore dell'amministrazione (SNA) dei bandi e della relativa gestione, con possibilità di avvalersi della collaborazione di altri soggetti per il reclutamento dei dirigenti regionali e degli enti locali (scuole regionali e locali e istituzioni universitarie). Alla SNA è attribuito anche un ruolo centrale per tutte le fasi della formazione dei dirigenti, unitamente alle scuole di formazione regionali e locali e alle istituzioni universitarie.

Sia nel caso di corso-concorso sia di concorso sono escluse graduatorie di idonei ed i vincitori non sono immediatamente immessi nel ruolo unico. Per i vincitori del corso-concorso si prevede l'immissione in servizio come funzionari per un periodo di 4 anni, riducibile in ragione di una pregressa esperienza lavorativa nel settore pubblico o all'estero, con successivo inserimento nel ruolo unico previo superamento di un esame; per i vincitori di concorso si prevede l'assunzione a tempo determinato e la successiva assunzione a tempo indeterminato, previo esame di conferma da parte di un organismo indipendente, dopo il primo triennio di servizio, anche in questo caso riducibile in ragione di una pregressa esperienza lavorativa nel settore pubblico o all'estero. La mancata conferma comporta la risoluzione del rapporto, con eventualità di un "ripescaggio" quale funzionario.

Della previsione di tre ruoli unici e della piena mobilità tra i dirigenti inseriti nei vari ruoli si è già detto; l'elemento certamente nuovo e di rottura rispetto all'esperienza fin qui maturata è l'eliminazione della distinzione dei dirigenti in due fasce. Se sul piano organizzativo resta la distinzione tra uffici dirigenziali generali e non generali, sul piano del rapporto di lavoro tale distinzione viene meno, sì da aprirsi la via per una flessibilità massima, come confermato dalle novità introdotte per il conferimento degli incarichi dirigenziali apicali.

I principi dettati in materia di conferimento di incarichi sono importanti, ma come si vedrà non tutti innovativi. Così, quanto ai criteri per il conferimento dell'incarico, si stabilisce di tener conto di caratteri oggettivi e soggettivi. Con riguardo ai primi si prevede la definizione per ciascun incarico dirigenziale dei requisiti necessari in termini di competenze ed esperienze professionali, tenendo conto della complessità, delle responsabilità organizzative e delle risorse strumentali assegnate all'ufficio. Per quanto concerne i requisiti soggettivi il riferimento è alle attitudini ed alle competenze del singolo dirigente, alla considerazione dei precedenti incarichi e della relativa valutazione (la cui rilevanza è espressamente richiamata anche nella lettera specificamente dedicata alla valutazione), alle specifiche competenze organizzative possedute, alle esperienze di direzione maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre pubbliche amministrazioni in quanto

attinenti all'incarico da conferire. La maturazione di esperienze in amministrazioni differenti è espressamente indicato quale criterio da privilegiare. Si ribadisce il necessario rispetto dell'equilibrio di genere nel conferimento degli incarichi.

Si prevede anche l'istituzione di una Commissione (o meglio di 3 Commissioni per i 3 distinti ruoli) che per la dirigenza statale è collocata presso il Dipartimento della funzione pubblica. Questa Commissione, oltre ad assorbire le competenze del Comitato dei Garanti in materia di responsabilità dirigenziale, è chiamata a svolgere molteplici compiti di verifica del rispetto dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi e dell'effettivo utilizzo dei sistemi di valutazione al fine del conferimento e della mancata conferma degli incarichi, nonché di esprimere un parere vincolante sulla decadenza degli incarichi in caso di riorganizzazione dell'amministrazione. Nell'ambito dell'indicata unitarietà di compiti vi è però una significativa differenziazione che, come si vedrà, rappresenta uno degli aspetti centrali (se non il vero aspetto) dell'intero progetto di riforma: mentre per il conferimento degli incarichi dirigenziali di direzione di uffici non generali la Commissione è chiamata ad operare una valutazione di congruità *ex post*, per gli incarichi di direzione di uffici dirigenziali di vertice e generali il suo compito è previsto *ex ante*, con la preselezione di un numero predeterminato di candidati in possesso dei requisiti per poter svolgere detti incarichi entro cui avverrà la scelta da parte dell'organo politico.

Il disegno di legge interviene anche sulla durata degli incarichi, sulla valutazione dei risultati e sulla condizione del dirigente rimasto privo di incarico. La durata di tutti gli incarichi è fissata in 3 anni, con possibilità di rinnovo senza esperimento della procedura di avviso pubblico per una sola volta e con proroga degli incarichi in essere nelle more dell'espletamento delle procedure. Quanto alla valutazione se ne prevede in generale una semplificazione del relativo processo e una differenziazione delle metodologie in ragione delle diverse realtà pubbliche. Si dispone così l'assegnazione alle regioni, agli enti locali ed agli enti pubblici nazionali del compito di definire il proprio sistema di valutazione sulla base dei principi del merito, della differenziazione, della semplificazione delle procedure e della misurabilità e comparabilità degli indicatori di risultato. In questa logica si prevede anche la revisione delle fasce di merito. Quanto all'oggetto della valutazione (il cui esito, come visto, assume rilievo ai fini del conferimento dei successivi incarichi) deve concernere i risultati conseguiti dalla struttura di cui il dirigente è responsabile, avendo riguardo alla coerenza rispetto agli obiettivi fissati dall'amministrazione, ai comportamenti organizzativi e all'impatto

finale degli interventi attivati. Sotto questo profilo di rilievo è anche la prevista valutazione dei servizi e dei prodotti offerti in base a standard di qualità oggettivi, nonché la comparabilità tra amministrazioni omologhe. La previsione della mancata differenziazione delle valutazioni dei dirigenti e dei dipendenti quale criterio di valutazione e l'autonomia dei valutatori sono gli altri principi dati.

Anche la responsabilità dei dirigenti è oggetto di autonoma considerazione da parte del disegno di legge ove, con formula invero ampia e di scarso dettaglio, si prevede il riordino delle vigenti disposizioni legislative in tema di responsabilità dirigenziale e disciplinare, limitando la prima all'inosservanza delle direttive ed al mancato raggiungimento degli obiettivi e la seconda ai comportamenti effettivamente imputabili ai dirigenti.

Per il dirigente che rimanga privo di incarico è previsto il collocamento in disponibilità, con erogazione del trattamento economico fondamentale e della parte fissa della retribuzione. È sancita la decadenza del dirigente dal ruolo unico dopo un certo periodo di disponibilità, ma non si fornisce alcuna indicazione circa la durata massima di tale periodo. Il dirigente in disponibilità ha diritto al riconoscimento dell'aspettativa senza assegni per assumere incarichi presso altre amministrazioni, società partecipate o nel settore privato, con sospensione per tutta la durata dell'incarico del periodo di disponibilità. Vi è, infine, la possibilità di adibire il dirigente, che deve comunque prestare il proprio consenso, allo svolgimento di attività di supporto presso pubbliche amministrazioni o presso enti privi di scopo di lucro, senza che vi possa essere il conferimento di incarichi dirigenziali ed il riconoscimento di retribuzioni aggiuntive.

L'ultimo ampio criterio attiene alla retribuzione del dirigente. I due principi portanti sono l'omogeneizzazione del trattamento economico, fondamentale ed accessorio, «nell'ambito di ciascun ruolo unico» e la definizione di limiti assoluti alla retribuzione, stabiliti in base a criteri oggettivi correlati alla tipologia dell'incarico. Con specifico riguardo al trattamento accessorio l'attenzione è rivolta sia alla retribuzione di posizione sia a quella di risultato. Quanto alla prima si prevede che la parte fissa confluisca nel trattamento fondamentale e che la parte variabile non possa essere inferiore al 30% del totale; quanto alla seconda se ne stabilisce un limite massimo, ovvero che non possa essere superiore al 15% del totale e la si collega sia a obiettivi fissati per l'intera amministrazione, sia ad obiettivi assegnati al singolo dirigente. Vi è poi un elemento di novità rappresentato dalla possibilità per ciascun dirigente di attribuire un premio monetario annuale a non più di un decimo dei dirigenti suoi subordinati e a non più di un decimo dei suoi dipendenti. Come visto

questa corresponsione deve avvenire nel limite delle disponibilità a ciò destinate e nel rispetto dei criteri fissati dalla contrattazione collettiva.

Dopo alcuni criteri volti a gestire il periodo transitorio (tra i quali graduale riduzione del numero dei dirigenti ove necessario, progressiva confluenza dei dirigenti nel ruolo unico e riequilibrio dei fondi destinati alla retribuzione accessoria delle diverse amministrazioni) l'art. 10 si chiude con specifici criteri concernenti il conferimento degli incarichi dei Direttori Generali e dei Direttori Sanitari ed Amministrativi degli enti del Servizio sanitario nazionale per i quali è previsto un meccanismo analogo a quello visto per il conferimento degli incarichi dirigenziali apicali, ovvero definizione da parte di un apposito organismo (nazionale per i Direttori Generali, regionali per i Direttori Sanitari ed Amministrativi) di una rosa di candidati entro cui effettuare la scelta.

Se si opera una valutazione d'insieme dei contenuti dell'art. 10 se ne ricava una riscoperta di alcune vecchie idee, già regole, ma poi superate (il ruolo unico); la riproposizione di alcune idee già prospettate nel recente passato da altri, ma che non hanno avuto attuazione (l'istituzione di una specifica Commissione con compiti di garanzia in materia di conferimento d'incarichi); la conferma di principi che sono già oggi legge (procedimentalizzazione delle modalità di conferimento degli incarichi e individuazione del dirigente in applicazione di criteri che tengano conto del tipo di incarico e delle competenze del singolo); l'introduzione di principi potenzialmente dirompenti (e non necessariamente in senso positivo) quali l'abolizione dell'articolazione in fasce ed il rafforzamento della discrezionalità degli organi politici nell'attribuzione degli incarichi dirigenziali apicali. Si tratta di profili che devono essere considerati alla luce della normativa vigente e in prospettiva del loro impatto futuro.

Si è anticipato che la creazione del ruolo unico non rappresenta una novità assoluta. Già le riforme del 1997-1998 (ed in particolare il d.lgs. n. 80/1998)⁸¹ si erano concluse con una previsione analoga poi superata dalla novella del 2002 che aveva nuovamente istituito i ruoli presso le singole

⁸¹ Si veda anche il d.P.R. 26 febbraio 1999, n. 150, *Regolamento recante disciplina delle modalità di costituzione e tenuta del ruolo unico della dirigenza delle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e della banca dati informatica della dirigenza, nonché delle modalità di elezione del componente del comitato di garanti.*

amministrazione⁸². Nel recente disegno di legge vi sono però tre elementi di novità: la previsione di un ruolo unico anche per le Regioni e per gli enti locali, l'eliminazione nell'ambito del ruolo unico della dirigenza statale della suddivisione dei dirigenti in fasce e la possibilità di conferire incarichi ai dirigenti appartenenti a ciascuno dei tre ruoli. A questa eventualità si deve la previsione dell'istituzione di una banca dati contenente il *curriculum vitae* e un profilo professionale di ciascun dirigente dei tre ruoli, comprensivo delle valutazioni ottenute nei diversi incarichi ricoperti. In merito alla compatibilità con l'art. 117 dell'istituzione per legge statale di un ruolo unico regionale si è già detto⁸³; si sono già anche indicate le probabili difficoltà concrete di far operare a livello nazionale un ruolo unico nazionale per gli enti locali. Due sono le questioni da sottolineare. La prima attiene all'omessa considerazione di alcuni dirigenti, primi fra tutti quelli delle Università. La domanda che ci si pone è se siano destinati a confluire in un ruolo unico, e in questo caso con tutta probabilità sarebbe il primo, o se le singole Università manterranno i propri autonomi ruoli. Una soluzione quest'ultima che non può essere a priori esclusa in ragione delle specificità dell'ordinamento universitario. La seconda attiene all'esplicita previsione nell'ambito del ruolo unico di sezioni per le professionalità speciali. Una disposizione che può condurre a maggiori o minori rigidità a seconda della sua interpretazione, ma che assume con tutta evidenza importanza nell'attribuire esplicito rilievo anche a competenze tecniche e non esclusivamente manageriali. In altri termini nella definizione e nella composizione del ruolo unico la componente manageriale non deve sostituire la componente di competenza professionale, ma deve aggiungersi ad essa, ed entrambe devono bilanciarsi e sostenersi.

In sostanziale continuità con la disciplina pregressa si pongono anche le modalità di accesso, confermate nella doppia forma del corso-concorso e del concorso per esami, nonostante un'iniziale intenzione del Governo di limitare l'accesso alla sola forma del corso-concorso. La novità è rappresentata dalla previsione di un concorso unico nazionale di cui si condivide la finalità di razionalizzazione dell'esistente e di trasparenza, ma che pone dubbi circa la

⁸² Sul ruolo unico introdotto dalla riforma del 1998 si veda C. MEOLI, *Qualifica dirigenziale unica, fasce dirigenziali e ruolo unico dei dirigenti*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *op. cit.*, spec. 680 ss.

⁸³ In merito si veda criticamente anche il testo dell'[Audizione della Corte dei conti nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche \(AS 1577\)](#), 9 ottobre 2014, ove si afferma che «L'estensione del ruolo unico anche ai dirigenti delle Regioni e degli enti locali viene ad incidere sulla materia riguardante l'organizzazione degli uffici, che l'attuale art. 117 della Costituzione attribuisce alla competenza esclusiva delle singole Regioni» (12).

sua concreta gestibilità, soprattutto per quanto concerne gli enti locali e le Regioni. In particolare si aspetta con interesse di avere indicazioni sulle modalità di definizione della “quantità” di posti da bandire annualmente in presenza di una formula che quanto al corso-concorso parla di «un numero fisso di posti, definito in relazione al fabbisogno minimo annuale del sistema amministrativo» e che per il corso concorso si riferisce ad «un numero di posti variabile, per i posti disponibili nella dotazione organica e non coperti dal corso concorso». Quest’ultima indicazione pare emblematica del favore comunque riposto dal legislatore per il corso-concorso che, come visto, nelle intenzioni originarie avrebbe dovuto rappresentare l’unica modalità di accesso. Il problema che si porrà sarà con tutta probabilità quello di coniugare e razionalizzare le istanze avanzate dalle singole amministrazioni con la gestione unitaria. Compito non semplice, soprattutto se intende rispettare la cadenza annuale. Una cadenza, quest’ultima, che deve, peraltro, essere considerata in connessione con la programmazione triennale di fabbisogno di personale.

Se l’apertura ad un ripensamento delle modalità di effettuazione delle prove dei concorsi merita apprezzamento (in particolare suggestivo è il riferimento alle «migliori pratiche a livello internazionale»), alcune considerazioni critiche devono essere espresse con riguardo alla dilatazione dei tempi per l’effettiva assunzione in ruolo. Come visto i vincitori del corso-concorso sono immessi in servizio come funzionari (con definizione che peraltro non trova alcun riscontro nell’attuale sistema di inquadramento di fonte collettiva) per poi essere inseriti nel ruolo dirigenziale all’esito del superamento di un nuovo esame; i vincitori di concorso sono assunti con contratto a termine dirigenziale ed immessi nel ruolo a seguito del superamento di un esame di conferma. Dunque, nel caso del corso-concorso, si verifica che soggetti formati per essere dirigenti dovranno svolgere per un certo periodo mansioni inferiori. La soluzione sembra riecheggiare la proposta più volta formulata di creare un’area di funzionari direttivi (vice-dirigenza o diversamente qualificata) da cui attingere per l’assunzione dei dirigenti. Pare evidente che se il funzionario ha svolto diligentemente i compiti assegnatigli come funzionario, ma non ha superato l’esame, non potrà essere licenziato in ragione della bocciatura all’esame, avendo un diritto a continuare a svolgere le mansioni di funzionario in attesa di un futuro concorso⁸⁴. Ma la qualifica di funzionario (o meglio le

⁸⁴ Infatti il mancato superamento dell’esame per poter comportare la cessazione del rapporto dovrebbe essere considerato una causa legale di estinzione del contratto. Diversa sarebbe la situazione – ma tale eventualità non è esplicitata nel testo del disegno di legge – in cui l’assunzione come funzionario fosse avvenuta in forza di un contratto a termine. In questo

funzioni corrispondenti all'inquadramento apicale nell'ambito del comparto) potrà essere acquisita anche da soggetti assunti per lo svolgimento di compiti non dirigenziali. In astratto le due situazioni sono giuridicamente differenziate, ma è dato presumere che sul piano pratico possano sorgere questioni di difficile gestibilità che dovrebbero forse condurre ad un ripensamento della scelta. Non meno rilevanti sono le valutazioni critiche del previsto giudizio di conferma previsto per i dirigenti assunti a termine all'esito del corso concorso. Il punto è che in questo caso il vincitore di concorso già svolge mansioni dirigenziali. Sicché o è configurabile una sua evidente incapacità a svolgere mansioni dirigenziali nel corso del contratto dirigenziale a termine, da cui dovrebbe conseguire o il recesso anticipato o, comunque, la mancata trasformazione del contratto in contratto a tempo indeterminato a prescindere dallo svolgimento di un esame di conferma, oppure non è configurabile alcuna grave incapacità, con la conseguenza che si dovrebbe dare per accertato che il dirigente abbia dimostrato "sul campo" l'idoneità allo svolgimento dei compiti dirigenziali. Né quanto detto può essere superato dalla previsione secondo cui il mancato superamento dell'esame di conferma può comportare un eventuale inquadramento nella qualifica di funzionario. A parte il fatto che la norma prevede un'eventualità e non un diritto, l'inquadramento nella qualifica di funzionario potrebbe essere l'effetto di una indimostrata incapacità a svolgere mansioni dirigenziali a prescindere dal superamento di un esame.

Non rappresenta una novità assoluta neppure la previsione dell'istituzione di una Commissione per la dirigenza statale con compiti di verifica circa la corretta applicazione delle disposizioni normative in materia di conferimento di incarichi dirigenziali. Già la l. n. 15/2009 prevedeva un ampliamento delle competenze del Comitato dei Garanti estesa dalla mera formulazione di un parere preventivo all'applicazione di misure per accertata responsabilità dirigenziale «alla verifica sul rispetto dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi, nonché sull'effettiva adozione ed utilizzo dei sistemi di valutazione al fine del conferimento o della mancata conferma degli incarichi» (art. 6, comma 2, lett. *i*).

Con riguardo a quella previsione ed alla vigente disciplina dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 vi è però una novità che appare dirompente. Se nella sostanza, come si è già avuto modo di anticipare, nel corpo del disegno di legge sono ribaditi i criteri oggettivi e soggettivi definiti nel primo comma

caso il mancato superamento dell'esame coinciderebbe con la scadenza del contratto a termine.

dell'art 19 per il conferimento degli incarichi⁸⁵; e se del pari sembra confermata la procedura per avviso pubblico oggi disciplinata dal comma 1-*bis* dell'art. 19 (espressamente qualificata come procedura selettiva alla lett. *f*), senza che il ruolo assegnato alla Commissione di approvazione dei criteri fissati dalle singole amministrazioni modifichi significativamente la procedura, certamente più importanti sono le competenze assegnate alla cennata Commissione nella individuazione di una rosa di dirigenti idonei a ricoprire gli incarichi dirigenziali di vertice e nell'espressione di un parere vincolante sulla decadenza degli incarichi in caso di riorganizzazione dell'amministrazione.

Si tralascia volutamente ogni considerazione concernente l'effettiva possibilità per la Commissione di svolgere compiutamente tutti i compiti assegnatigli e circa il suo dover operare nell'ambito del Dipartimento per la Funzione Pubblica e, dunque, di una struttura che agisce secondo criteri politici. Vi è tuttavia da sottolineare un doppio limite, quantomeno quale stimolo di riflessione: il primo è meramente temporale, ovvero lo svolgimento delle attività attribuite richiede un impegno a tempo pieno; il secondo, strettamente connesso al primo discende dal fatto che, con formula ormai consolidata, l'istituzione della Commissione deve avvenire «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica». Il che ovviamente stride con il rilevante impegno richiesto e con la specifica professionalità di cui si suppone debbano essere in possesso i soggetti che saranno designati a far parte di tale Commissione.

Si è detto della competenza della Commissione di procedere alla preselezione di un numero predeterminato di candidati in possesso dei requisiti richiesti per coprire gli incarichi dirigenziali di vertice. Una modalità che riprende quanto previsto dalla disciplina vigente per la nomina dei direttori generali nel Servizio sanitario nazionale (e che, come visto, è confermata dal ddl S 1577 ed estesa anche alla scelta dei direttori sanitario ed amministrativo) e che lascia all'ampia discrezionalità "tecnica" del politico l'individuazione concreta del singolo dirigente tra quelli preselezionati.

Dirigenti incaricati di uffici dirigenziali apicali che saranno i soggetti competenti a conferire gli incarichi di direzione di uffici dirigenziali non generali. Ciò è, infatti, quanto prevede la normativa vigente, non prevedendosi nel disegno di legge (almeno esplicitamente) un criterio direttivo di segno contrario. Il rischio concreto è che vi sia nella sostanza una discrezionalità "a

⁸⁵ In generale, in merito alle novità introdotte, si veda L. MENGHINI, *Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali*, in *RGL*, 2010, n. 4, I, 629 ss.; E. ALES, *Conferimento e "mutamento" degli incarichi di funzione dirigenziale*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *op. cit.*, 177 ss.

cascata” da parte dei dirigenti apicali del cui corretto esercizio si dovrebbe far carico la Commissione con la propria valutazione *ex post*. A prescindere da quanto si può astrattamente ipotizzare è dato tuttavia ritenere che il giudizio della Commissione sarà negativo solo in caso di scelte manifestamente erranee ed arbitrarie. Una delle questioni rilevanti attiene, infatti, alla delimitazione della competenza e dei poteri della Commissione nello svolgimento della valutazione successiva. La questione è aperta. Il termine “congruità” si apre a molteplici scenari interpretativi; tuttavia, è preferibile una tesi di *self restraint*. Diversamente la Commissione diverrebbe l’effettiva titolare del potere di conferimento degli incarichi in contrasto con la logica di garanzia sottesa alla sua istituzione. In ogni caso è da escludere che la Commissione possa sostituire la propria valutazione a quella già operata dal titolare del potere di conferimento nel senso di individuare i dirigenti destinatari dei singoli incarichi. La Commissione si potrà limitare ad evidenziare i profili di illegittimità e a prevedere la ripetizione della scelta.

Sotto questo profilo – attesa la natura privatistica degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali⁸⁶ – la valutazione della Commissione non può essere qualificata come condizione sospensiva per l’efficacia degli incarichi; piuttosto parrebbe assumere le caratteristiche di una condizione risolutiva, in ragione del fatto che la valutazione è successiva all’avvenuto conferimento. Ad integrazione di quanto evidenziato è d’uopo sottolineare che la valutazione della Commissione non esclude l’instaurazione di un possibile contenzioso da parte del dirigente che si ritenga leso dal suo operato. Anzi, proprio la valutazione operata dalla Commissione potrebbe essere l’oggetto di un autonomo contenzioso. Di qui l’opportunità di riflettere, sulla scorta di una semplice considerazione logica in cui si vagliano costi e benefici, l’opportunità di mantenere la previsione di tale intervento o, quantomeno, di limitarne

⁸⁶ La giurisprudenza è sostanzialmente univoca nel riconoscere natura privatistica all’atto di conferimento dell’incarico dirigenziale: si veda, dopo l’affermazione della natura privatistica dell’atto di conferimento da parte di Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, in *LPA*, 2004, n. 1, 153 ss. (i principi contenuti in tale decisione erano stati anticipati da CORTE DI CASSAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Relazione di sintesi dei lavori della commissione di studio istituita dai presidenti della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato per l’approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione*, in *FI*, 2004, n. 4, V, 38), nello stesso senso Cass., sez. un., 9 dicembre 2004, n. 22990, in *GC*, 2005, I, 1392; Cass., sez. un., ord. 7 luglio 2005, n. 14252, in *FI*, 2006, n. 5, I, 1487; Cass. 14 aprile 2008, n. 9814, in *GC*, 2008, I, 3046; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, *ivi*, 2009, I, 2850; Cass. 30 settembre 2009, n. 20979, *ivi*, 2010, I, 2350; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27888; Cass. 12 ottobre 2010, n. 21088, in *FI*, 2011, I, 804; Cass. 26 settembre 2011, n. 19630, in *GC*, 2012, I, 1337; Cass. 4 aprile 2012, n. 5369; Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21671. In senso diverso Cass. pen. 2 aprile 2009, n. 19135.

l'attivazione su istanza di parte. Del resto non è irrilevante che un'analogha previsione contenuta nella l. n. 15/2009 non sia stata recepita nel decreto delegato attuativo.

A conferma delle perplessità appena avanzate si consideri un ulteriore profilo. Se la Commissione è competente ad individuare una rosa di dirigenti idonei a svolgere incarichi di direzione apicale, esclusa ogni valutazione successiva circa la congruità dell'incarico effettivamente assegnato, non si comprende la ragione per la quale, invece, questa valutazione posteriore debba essere effettuata per gli altri dirigenti. Secondo quanto si ricava chiaramente dal dettato normativo se il dirigente non è idoneo a svolgere incarichi dirigenziali generali, lo sarà in via residuale per gli incarichi di direzione non generale. In definitiva, la Commissione nei fatti individua due rose di idonei, una per inclusione (per lo svolgimento di incarichi dirigenziali apicali), un'altra per esclusione, comprendente tutti coloro che non sono stati preselezionati per svolgere incarichi dirigenziali apicali. Di qui il diverso meccanismo per due situazioni sostanzialmente uguali e che, come tale, si espone a critiche evidenti. Semmai la Commissione potrebbe accertare che un certo numero di dirigenti non è idoneo a ricoprire alcun incarico dirigenziale, attivando le necessarie attività di formazione/riqualificazione.

Come visto la Commissione ha anche il compito di esprimere un parere vincolante sulla decadenza degli incarichi in caso di riorganizzazione dell'amministrazione. Se la *ratio* della norma appare chiara, ovvero evitare che siano strumentalmente attivati processi di riorganizzazione di una struttura o di un servizio per revocare anticipatamente l'incarico al dirigente preposto, meno definito è l'ambito di azione della Commissione ed il potere che il legislatore intende assegnarle. Posto che la Commissione non può esprimere un giudizio di merito vincolante circa la scelta organizzativa dell'amministrazione, resta tuttavia il fatto che al parere espresso dalla Commissione è attribuita natura vincolante. Ne deriva, in analogia a quanto era previsto per il parere del Comitato dei Garanti espresso in materia di responsabilità dirigenziale prima della riforma del 2009⁸⁷, che un parere negativo della Commissione impedisce la decadenza dall'incarico. Ma così facendo, la decisione sull'atto di gestione (decadenza) risale a monte vincolando la stessa scelta di riorganizzazione. Sembra evidente che sul punto sia necessario un ripensamento, volto ad escludere la vincolatività del parere,

⁸⁷ L'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001 prevedeva infatti che i provvedimenti conseguenti ad accertata responsabilità dirigenziale fossero adottati «previo conforme parere di un comitato di garanti»; la norma è stata modificata dalla novella del 2009 prevedendo che tali provvedimenti sono adottati «sentito il Comitato dei garanti».

ma non la sua necessità, ovvero prevederne la formulazione, ma stabilire nel contempo che l'amministrazione se ne possa motivatamente discostare.

I criteri dettati per la definizione della durata degli incarichi meritano apprezzamento, sia se considerati in sé, sia se considerati in stretta correlazione alla normativa in materia di anticorruzione. La durata "comune" triennale, la facoltà di rinnovo dell'incarico senza procedura selettiva per una sola volta e la proroga degli incarichi nelle more del perfezionamento delle procedure di avviso pubblico appaiono coerenti con il regime di temporaneità degli incarichi e con il principio di rotazione dettato dalla l. n. 190/2012 in tema di anticorruzione per gli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento di attività nel cui ambito il rischio è più elevato. Sotto questo profilo la creazione di un ruolo unico e l'interscambiabilità tra i ruoli è in grado di consentire un'effettiva rotazione in tutte le amministrazioni, anche in quelle più piccole in cui diversamente il limitato numero di dirigenti in servizio la impedirebbe, rendendo di fatto inapplicabile quanto dettato dalla l. n. 190/2012.

Troppa enfasi è stata posta sulla prevista possibilità di collocare in disponibilità il dirigente che rimanga privo di incarico. Una possibilità vista e vissuta da alcuni come l'anticamera di una libera recedibilità, dimenticando però i rigorosi principi più volte affermati dalla Corte costituzionale⁸⁸. Per considerare compiutamente la disposizione si deve partire da quanto oggi è *ius receptum*. È vero che il dirigente ha diritto ad un incarico (e non ad un certo incarico)⁸⁹ e che è tenuto ad accettare l'incarico⁹⁰; ma ha questo diritto in quanto vi sia una posizione dirigenziale da ricoprire. È indubbio che l'amministrazione non possa ricorrere all'assunzione di dirigenti esterni (tranne circoscritte e limitatissime eccezioni) nel caso in cui non abbia occupato tutti i propri dirigenti. Ciò proprio per evitare esautoramenti forzati

⁸⁸ Cfr. C. cost. n. 313/1996, cit., ove si afferma che «l'applicabilità al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti delle disposizioni previste dal codice civile comporta non già che la pubblica amministrazione possa liberamente recedere dal rapporto stesso, ma semplicemente che la valutazione dell'idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri e a procedure di carattere oggettivo – assistite da un'ampia pubblicità e garanzia del contraddittorio»; in seguito si veda per l'affermazione di rigorosi principi C. cost. 16 maggio 2002, n. 193, in *GC*, 2002, I, 1513; C. cost. 23 marzo 2007, n. 103.

⁸⁹ Sul diritto all'incarico, ma non ad un certo incarico si veda, tra le molte, Cass. 15 febbraio 2010, n. 3451; Cass. n. 5659/2004, cit.

⁹⁰ Come rileva C. ZOLI, *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in *LPA*, 2005, n. 2, I, 283, il dirigente che contesti le scelte dell'amministrazione deve provare la violazione dei criteri di scelta per ottenere la nullità e/o il risarcimento del danno, precisando l'impossibilità per il giudice di emanare una sentenza costitutiva.

dei dirigenti di ruolo. Se, dunque, già in base alla disciplina vigente la posizione del dirigente è adeguatamente tutelata, lo sarà ancora di più nel prossimo futuro allorquando si passerà ad un ruolo unico “di area” e ad una interscambiabilità tra i ruoli. In un contesto così definito la possibilità che il dirigente rimanga senza incarico non è ovviamente esclusa; ma sarà difficile che ciò costituisca l’effetto di una scelta pernicioso dell’amministrazione. Semmai lo sforzo che dovrà fare il legislatore delegato sarà quello di coniugare tale previsione con quelle vigenti per l’accertato caso di esubero di personale.

Infine non si può che sottolineare l’evidente analogia tra quanto previsto per la dirigenza e quanto previsto per il restante personale dall’art. 5 del d.l. n. 90/2014, ovvero la possibilità di sospendere il periodo di disponibilità (di cui per la dirigenza non viene fissata la durata massima che, tuttavia, si ritiene non possa che essere fissata in misura pari al biennio, al fine di evitare arbitrarie disparità di trattamento con il restante personale) per lo svolgimento di un diverso incarico. Una previsione che anche in questo caso deve essere considerata come opportunità e non come vincolo.

Con riguardo al tema della valutazione e delle responsabilità della dirigenza la questione è del pari articolata. La volontà manifestata è di addivenire ad una semplificazione dell’esistente, con una palese quanto opportuna retromarcia da troppo sofisticati sistemi che sono vittime proprio della loro astratta perfezione. Una semplificazione dei sistemi di valutazione che, come visto, è richiesta anche per il personale non dirigenziale. Quanto all’oggetto della valutazione in più parti è evidente la sovrapposizione (se non proprio la confusione) fra valutazione del rendimento individuale del dirigente e rendimento collettivo, in alcuni casi riferito alla struttura di cui il dirigente è responsabile, in altri all’amministrazione nel suo complesso. Così per quanto concerne l’attribuzione degli incarichi si opera un generico riferimento al rilievo della valutazione ottenuta nei precedenti incarichi, sia nella parte dedicata al conferimento dell’incarico (lett. e) sia in quella dedicata alla valutazione dei risultati (lett. g). Nel definire l’oggetto della valutazione il disegno di legge si riferisce ai «risultati conseguiti dalla struttura» assegnata alla responsabilità del dirigente che devono essere «coerenti con gli obiettivi dell’amministrazione, ai comportamenti organizzativi e all’impatto finale degli interventi attuati». Nella parte dedicata alla retribuzione si prevede che quella di risultato sia collegata ad «obiettivi fissati per l’intera amministrazione», nonché ad «obiettivi assegnati al singolo dirigente», sì da assumere esplicito rilievo il rendimento individuale, mentre per quello collettivo non si fa riferimento alla struttura cui il dirigente è preposto, ma all’amministrazione

nel suo complesso. Il che pare assumere più il valore di premio collettivo che non di retribuzione accessoria in senso stretto. Poste le indicate disomogeneità si auspica che in sede di redazione dei decreti delegati si riponga maggiore attenzione per una ricomposizione dei vari piani di valutazione, apparendo tuttavia evidente la volontà di superamento della previsione della valutazione legata ad obiettivi del singolo sancita dalla novella del 2009 a favore di una valutazione che abbia ad oggetto l'attività della struttura.

Quanto alla «mancata differenziazione delle valutazioni dei dirigenti e dei dipendenti quale criterio di valutazione» il disegno di legge non fa altro che ribadire quanto è già oggi legge ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 150/2009. Palesemente indefinito è, invece, il criterio che si riferisce alla necessaria «autonomia dei valutatori». Nella sua semplicità il principio è certamente condivisibile; senonché andrebbe garantita l'autonomia di giudizio a partire dall'autonomia di posizione e di nomina. In altri termini si ritiene che il soggetto valutatore non possa essere diretta espressione dell'organo politico. Il che vale per tutti gli incarichi dirigenziali, anche per quelli di direzione di un ufficio dirigenziale non generale. Già a seguito della riforma del 2009 si era giunti a riconoscere la competenza dei dirigenti di prima fascia a valutare quelli di seconda fascia⁹¹, con una soluzione che sul piano sistematico poneva più di un problema per la tenuta del principio dell'autonomia dei singoli dirigenti nell'ambito dell'autonomia della dirigenza dalla politica. Un problema che si ripresenta e che deve essere risolto in discontinuità anche in ragione della maggiore flessibilità nel conferimento degli incarichi apicali e soprattutto dell'abolizione delle due fasce dirigenziali. Si auspica quindi che il legislatore prenda atto delle delineate criticità e predisponga un sistema che configuri gli organismi di valutazione come organismi terzi rispetto alla singola amministrazione.

Con tutta probabilità volutamente ampio, ma ad una ponderata valutazione meno generico di quanto una prima lettura aveva suggerito, è il criterio di delega volto al riordino delle disposizioni in tema di responsabilità dirigenziale e disciplinare, istituti oggetto di approfondite analisi teoriche, ma di scarsa applicazione pratica. Ciò è conseguenza anche del fatto che l'originaria distinzione tra le due forme di responsabilità è stata progressivamente intaccata da previsioni legislative che hanno qualificato singoli comportamenti inadempienti quale forma di responsabilità dirigenziale

⁹¹ Così espressamente C. SPINELLI, *Organizzazione e poteri "datoriali" del dirigente pubblico*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, 120.

(ed a questo neppure il d.l. n. 90/2014 si è sottratto)⁹², contro natura e *ratio* di tale forma di responsabilità come inizialmente pensata e che ha portato una parte della dottrina a negarne una propria specificità⁹³. Alla luce di ciò il disegno di legge nel prevedere il «riordino delle disposizioni legislative relative alle ipotesi di responsabilità dirigenziale o disciplinare dei dirigenti, con limitazione della responsabilità dirigenziale alle ipotesi di cui all'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» sembra proprio voler riaffermare che i comportamenti che integrano la responsabilità dirigenziale sono configurabili nei casi indicati dei 2 commi dell'art. 21⁹⁴. Fa riflettere anche l'affermazione secondo cui la responsabilità disciplinare dovrà essere limitata «ai comportamenti effettivamente imputabili ai dirigenti stessi»; una formulazione che assume rilievo per la possibile lettura *a contrario* che ne può derivare, ovvero che la responsabilità dirigenziale (ovvero “l'altra forma” di responsabilità) possa assumere valore anche come responsabilità oggettiva, quale effetto del “solo” mancato raggiungimento degli obiettivi. Una soluzione già prospettata in dottrina⁹⁵, ma che non tiene

⁹² L'art. 17, comma 2, del d.l. n. 90/2014 prevede che il mancato inserimento dei dati sulle modalità di gestione dei servizi strumentali rileva ai fini della responsabilità dirigenziale del dirigente responsabile.

⁹³ Da ultimo in tema si veda F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 429-430, che ritiene condivisibile la tesi di chi ha affermato trattarsi di un'unica forma di responsabilità, e in maniera più problematica F. BORGOGELLI, [Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione](#), Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2010, n. 112, 8 ss. Nel senso della riconduzione della responsabilità dirigenziale a quella disciplinare si veda P. TULLINI, *Responsabilità del dirigente pubblico e nuova comunicazione giuridica*, in *ADL*, 2003, n. 2, 506. Si veda anche D. MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Jovene, 2010, 225, il quale ravvisa nella responsabilità dirigenziale una sottospecie di responsabilità disciplinare, dotata di una propria ed esclusiva disciplina normativa.

⁹⁴ Chi scrive ha già espresso l'opinione (in merito sia consentito rinviare a A. BOSCATI, *Responsabilità dirigenziale, trattamento economico*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *op. cit.*, 233 ss., spec. 236 ss.) che si ribadisce secondo cui questa contaminazione non si sia avuta in virtù del comma 1-bis dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001. Tale norma, configurando quale forma di responsabilità dirigenziale la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto da parte del personale assegnato ai propri uffici degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, si è aggiunta a quella dell'art. 21, comma 1, relativa al mancato raggiungimento degli obiettivi ed all'inosservanza delle direttive, sì da differenziare una responsabilità del dirigente dipendente (comma 1) dal dirigente datore di lavoro (comma 2).

⁹⁵ In merito si veda S.B. CARUSO, [Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità \(Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane\)](#), Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2010, n. 104, 29, secondo cui nel caso di mancato raggiungimento degli obiettivi vi è responsabilità dirigenziale «per il solo verificarsi della fattispecie a prescindere dal comportamento del dirigente», precisando poi (in nota 80) che l'addebito di responsabilità

conto del fatto che il dirigente, prestatore di lavoro subordinato, agisce in un contesto organizzato da altri, con la conseguenza che il mancato raggiungimento degli obiettivi può anche essere un effetto non riconducibile al suo operato.

Non meno rilevanti sono le considerazioni riferite agli interventi concernenti il trattamento economico fondamentale ed accessorio della dirigenza, di cui in parte si è già detto. È indubbio che anche in questo ambito si prospetti un evidente ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva, prevedendosi *ex lege* una retribuzione di posizione non inferiore al 30% del totale, una retribuzione di risultato non superiore al 15%, una confluenza della retribuzione di posizione parte fissa nel trattamento fondamentale (peraltro oggi rispettivamente finanziate utilizzando le risorse presenti nei fondi per la retribuzione accessoria e dagli ordinari capitoli di bilancio), l'introduzione di criteri omogenei per la disciplina dei fondi per la retribuzione accessoria. L'espansione del ruolo della legge e le modalità di predeterminazione delle "quote" di trattamento accessorio attribuibile segna un'evidente discontinuità con la disciplina vigente⁹⁶. Segnatamente mentre oggi si prevede un tetto minimo per la retribuzione di risultato («almeno il trenta per cento della retribuzione complessiva del dirigente»: cfr. art. 24, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, peraltro non attuata a seguito del blocco della contrattazione collettiva), il disegno di legge indica un tetto massimo (non più del 15%). Il che appare in controtendenza con la volontà più volte enunciata di correlare una parte congrua del trattamento economico al raggiungimento di obiettivi prefissati. Non solo. Il disegno di legge attribuisce alla retribuzione di posizione una rilevanza molto significativa, non meno del 30% del totale. Una

«si verifica quando l'obiettivo è mancato perché magari conseguito soltanto al di sotto di una certa soglia ritenuta minima o saliente». Ma già M. ESPOSITO, *La responsabilità dirigenziale: il buon andamento dei pubblici uffici tra politica ed amministrazione*, in AA.VV., *La dirigenza*, Utet, 2009, 246, secondo cui la responsabilità di risultato del dirigente pubblico avrebbe tendenziale natura oggettiva in quanto «vicenda strettamente connessa al fatto oggettivo della gestione». Si veda anche G. NICOSIA, *La valutazione della prestazione dirigenziale e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 143, secondo cui la responsabilità dirigenziale disciplinata dal primo comma dell'art. 21 è «una responsabilità essenzialmente di natura oggettiva»; analogamente G. NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati*, in *LPA*, 2010, n. 2, 340, secondo cui «si tratta di un addebito di natura oggettiva, e quindi senza colpa, che intende proprio punire il cattivo manager per il solo fatto di aver fallito l'obiettivo».

⁹⁶ In merito alla struttura della retribuzione del dirigente pubblico, si veda G. ZILIO GRANDI, *Il trattamento economico dei dirigenti tra riduzione della spesa e aumento della produttività delle pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *La dirigenza*, cit., 209 ss.

previsione che ha con tutta probabilità la finalità di limitare gli effetti dell'abolizione delle fasce, cercando di far ricadere sulla quantificazione della retribuzione di posizione gli inevitabili effetti dell'incremento della retribuzione tabellare dei dirigenti già appartenenti alla seconda fascia. Come evidenziato dalla Corte dei conti in sede di audizione⁹⁷ l'abolizione dell'attuale articolazione della dirigenza in due fasce implica di dover rideterminare in un unico valore l'ammontare dei trattamenti fissi spettanti a tutti i dirigenti che saranno inquadrati nella medesima posizione retributiva. A questa prima esigenza di omogeneizzazione si unisce poi l'altra esigenza di omogeneizzazione del trattamento fondamentale dei dirigenti appartenenti ad enti diversi. Un'omogeneizzazione che non potrà che essere nel senso di portare la retribuzione tabellare verso il valore più alto. Di qui l'incremento del valore della retribuzione di posizione, probabilmente considerato dai tecnici elemento idoneo per garantire l'effetto perequativo.

Fin qui quello che si prevede. Vi è poi un'ampia parte che rimane "silente". È quella relativa al conferimento di incarichi dirigenziali ad esterni ai sensi del vigente comma 6 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001⁹⁸. Il dl 90 interviene per gli enti locali, modificando i commi 1 e 5 dell'art. 110 del TUEL, e per la dirigenza regionale e delle aziende del Servizio Sanitario Nazionale fissando il limite di incarichi conferibili ad esterni e prevedendo che siano conferiti previa selezione pubblica, mentre nulla dice per gli incarichi a contratto nelle amministrazioni centrali⁹⁹. La ragione va forse ravvisata nel fatto che il legislatore ritiene che con il nuovo sistema del ruolo unico l'esigenza di ricorrere ad esterni sia destinata a ridursi drasticamente, se non ad azzerarsi; è un'ipotesi, ma forse sarebbe stato opportuno, proprio sulla scorta della manifestata volontà di giungere ad una omologazione tra i ruoli, addivenire ad una omogeneizzazione anche delle regole per l'assunzione dei dirigenti a contratto.

⁹⁷ Si veda l'[Audizione della Corte dei conti nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche \(AS 1577\)](#), cit., 24.

⁹⁸ In merito cfr. A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, n. 125, 108, il quale ha rilevato che la possibilità di ricorrere a soggetti esterni presenta il rischio di diffondere una forte dipendenza e fidelizzazione nei confronti del potere politico.

⁹⁹ Si veda *retro* nota 80.

8.1. *Segue: le peculiari disposizioni relative ai segretari comunali*

Un capitolo a parte, ma non troppo, è quello relativo ai segretari comunali di cui il disegno di legge prevede l'abolizione e il loro inserimento (secondo varie modalità a seconda della fascia professionale e dell'attuale effettivo esercizio delle funzioni) in un'apposita sezione a esaurimento del ruolo dei dirigenti degli enti locali (art. 10 lett. *b*, n. 4). Già il d.l. n. 90/2014, all'art. 10, aveva inciso sulla figura, o meglio, sul trattamento economico da riconoscere alla figura, prevedendo l'abrogazione dei diritti di rogito del segretario comunale e l'abrogazione della ripartizione del provento annuale dei diritti di segreteria. Una rigidità in parte attenuata in sede di conversione con il riconoscimento ai segretari comunali che operano in un ente locale privo di personale con qualifica dirigenziale e, comunque, a tutti i segretari che non hanno la qualifica dirigenziale, il diritto ad una quota annuale del provento spettante al comune in misura non superiore ad un quinto dello stipendio. Appare evidente come il legislatore non solo abbia regolato per legge una componente del trattamento economico in precedenza disciplinata dalla fonte collettiva, ma abbia introdotto un'evidente disparità di trattamento (soprattutto per quanto concerne la differenza tra enti con e senza dirigenti) che non pare avere alcuna fondata giustificazione.

Ma ancor più significativo è il fatto che la legge Delrio (l. n. 56/2014) aveva espressamente sottolineato la centralità del ruolo dei segretari comunali. Nel regolamentare l'unione dei comuni si era, infatti, espressamente previsto che «Il presidente dell'unione di comuni si avvale del segretario di un comune facente parte dell'unione, senza che ciò comporti l'erogazione di ulteriori indennità e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (art. 1, comma 105).

Dunque, il cambio di prospettiva attuato in pochi mesi dal presente esecutivo è evidente: dapprima conferma la figura, poi ne ridimensiona il trattamento economico, quasi a stimolare una reazione della categoria in vista del successivo intervento, ed, infine, ne prevede l'abrogazione con l'attribuzione dei relativi compiti ad un dirigente. In questo senso è emblematica la previsione che consente agli enti locali privi di figure dirigenziali di «nominare comunque un dirigente apicale con compiti di attuazione dell'indirizzo politico, coordinamento dell'attività amministrativa e controllo della legalità dell'azione amministrativa, in luogo del segretario comunale,

eventualmente attingendo nella sezione speciale»¹⁰⁰. Un dirigente che deve essere, dunque, assunto ai sensi dell'art. 110 del TUEL, ancorché non sia chiaro se debba essere ricondotto tra quelli in dotazione organica o tra quelli extra-dotazione organica (scelta sistematicamente preferibile) e che sarebbe comunque con tutta probabilità (e certamente così sarà nelle realtà di minori dimensioni) l'unico dirigente.

La *ratio* del disegno di legge appare evidente, ovvero trasformare i Segretari da soggetti controllori a manager locali. La critica che viene avanzata nei confronti di questa scelta è di rafforzare il ruolo della politica, ovvero di incrementare la discrezionalità nella scelta di colui che sarà chiamato a svolgere i compiti già assegnati al segretario. In realtà questa obiezione non coglie nel segno: già oggi le modalità di selezione del segretario sono improntate secondo modalità strettamente fiduciarie, con una durata dell'incarico legata al mandato dell'organo politico. Il tema sarebbe stato semmai quello di individuare modalità di assegnazione slegate da una scelta del politico, con un ritorno al passato, forse criticabile, ma che non è stato neppure preso in considerazione. Resta, comunque, il fatto che l'abrogazione della figura del segretario non può essere disgiunta da una rivisitazione dei sistemi di controllo.

9. Conclusioni

Giunti a questo punto si tratta di trarre le conclusioni e di verificare se sia o meno emerso un filo rosso unitario negli interventi di riforma del Governo Renzi in materia di lavoro pubblico anche comparando l'azione del presente esecutivo con quella dei governi precedenti, individuandone i profili di continuità/discontinuità. Una riflessione che per essere completa non può prescindere da uno sguardo a ciò che sta accadendo nel settore privato.

Il punto da cui partire è la comparazione (ovviamente a grandi linee e per profili caratterizzanti) tra le due riforme organiche recenti (o quantomeno così definite), ovvero quella dettata dal Ministro Brunetta e quella proposta dall'esecutivo Renzi; considerazioni aggiuntive rispetto a quelle esposte in premessa all'analisi dei contenuti degli interventi del presente Governo.

Da tale comparazione una differenza attiene certamente anche all'approccio mediatico: mentre nel 2009 si è assistito ad un attacco frontale ed indistinto nei

¹⁰⁰ Si aggiunge l'obbligo per i Comuni con meno di 5 mila abitanti di gestire, nelle more del completamento dei percorsi associativi, l'eventuale funzione di direzione apicale in via associata.

confronti dei pubblici dipendenti, con l'effetto di coalizzare la categoria contro il Governo, l'attuale esecutivo è stato molto più cauto: ha voluto evitare un possibile scontro con i lavoratori, pur marcando le differenze al loro interno tra nullafacenti e volenterosi, quasi a voler portare la contrapposizione tra "buoni" e "cattivi" sul luogo di lavoro. Un'apertura al confronto anche con i lavoratori che assume in certa misura i toni della sfida. Il 30 aprile il Primo Ministro Renzi nel presentare i punti della propria riforma come una "assoluta rivoluzione" esplicita di voler ascoltare, sottolineando, non senza spavalderia, di non aver paura del confronto («prima di dare il via libera al documento normativo vi vogliamo ascoltare, non abbiamo paura del confronto»). Un confronto che è iniziato, ma che via via è scemato e che non ha per nulla considerato il "nuovo" 45° punto, il più invocato da tutti, ovvero la riapertura della contrattazione collettiva. Sul punto l'esecutivo prima ha taciuto, poi a fine agosto ha annunciato per voce del Ministro Madia il blocco della contrattazione, puntualmente inserito nella legge di stabilità attualmente in discussione nel cui corpo però trova soddisfazione la richiesta del comparto Sicurezza per il quale le coperture economiche sono state rinvenute. Mi viene da dire che si è trattato di un confronto formale, ma privo di sostanza: un gran parlare per poter procedere senza ostacoli secondo lo schema prefigurato.

Proseguendo il confronto con il prima, sia con Brunetta sia con Renzi lo scontro con le organizzazioni sindacali è indubbio, ancorché diversamente amplificato. Senza dubbio più marcato ed evidente è stato quello del 2009, vista la volontà di scardinare un sistema che si era consolidato anche *contra legem* per una contrattazione che, soprattutto a livello decentrato, si era estesa oltre i limiti consentiti¹⁰¹; l'intervento recente è stato più agevole potendosi sviluppare sulle praterie aperte dalla riforma dell'assetto delle fonti disegnato dalla riforma Brunetta e dal successivo blocco della contrattazione collettiva. Un blocco che nei fatti ha inciso sulla forza delle organizzazioni sindacali le quali, a mio avviso, hanno comunque avuto il grande demerito di non essere state in grado di presentare un progetto realmente alternativo, arroccandosi sul conservatorismo più rigido, vivendo ogni possibile modifica quale inevitabile

¹⁰¹ Così espressamente U. CARABELLI, [La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2010, n. 101, spec. 7 ss., il quale sottolinea la «progressiva espansione della contrattazione verso le molteplici aree dell'organizzazione di uffici e strutture» (21), nonché V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *GDA*, 2010, n. 1, 14 ss., il quale ha rilevato che le materie rimesse in sede decentrata a forme di partecipazione più pervasive, quali la concertazione, sono state soventemente contrattate determinando «una sorte di paralisi delle prerogative dirigenziali giustificata con il richiamo alla categoria dei contratti gestionali» (15).

arretramento di diritti acquisiti. Si è detto che l'azione dell'esecutivo Renzi è stata più agevole, ma non per questo meno dura e decisa. Ne è prova emblematica l'abbattimento del 50% dei distacchi, delle aspettative e dei permessi sindacali, reso possibile anche in forza del consenso mediatico alla riduzione al quale le organizzazioni sindacali non sono riuscite a contrapporsi adeguatamente.

Se si passa dall'aspetto mediatico ai contenuti (di cui peraltro qualcosa si è già detto), è indubbio che l'elemento qualificante della riforma del 2009, espresso come tale anche dallo stesso Ministro Brunetta, fosse la trasformazione in senso aziendalistico della pubblica amministrazione; un processo di trasformazione che vedeva coinvolti come attori privilegiati i cittadini. La prospettiva aziendalista era vista come l'unica in grado di incrementare, efficienza, efficacia ed economicità nell'azione della pubblica amministrazione. Il punto debole di quel progetto, come anche recentemente ribadito dalla dottrina, era però quello di pensare ad un'azienda senza impresa, in un contesto non di mercato sostituito dal giudizio della collettività.

In continuità con tutti gli interventi precedenti anche in quello del presente esecutivo è presente una logica di contenimento dei costi. Il punto è se a fianco dell'esigenza di contenimento, vi siano anche misure in grado di raggiungere gli obiettivi di incremento ipotizzati. È indubbia la finalità di rendere più agile e più efficace l'intero agire del settore pubblico, in una parola di semplificarne l'azione; tuttavia la spinta rigorosamente aziendalista che aveva caratterizzato la precedente esperienza risulta indebolita. La riforma recente non pone al centro l'azienda, ma la politica e sul piano del rapporto di lavoro amplia l'ambito della speciale disciplina del lavoro pubblico e riafferma e rafforza l'unilateralità dei poteri datoriali e la flessibilità nella gestione del personale. Poteri che sono esercitati da dipendenti, i dirigenti, ancor più legati al vertice politico. Un rafforzamento del ruolo regolatore della legge cui si affianca anche una compressione, esplicita nonché indiretta, ma non per questo meno forte, del ruolo della contrattazione collettiva. Tale tendenza, peraltro, è presente con evidenza anche nei progetti di riforma del settore privato. Con specifico riferimento al settore pubblico, se da un lato l'intervento della legge comprime lo spazio del contratto, se alcuni interventi postulano in futuro una limitazione della competenza della contrattazione (segnatamente quella integrativa), dall'altro lato è indubbio che alcune proposte in apparenza solo definitorie (l'art. 8 del disegno di legge) o organizzative (l'istituzione di ruoli unici dirigenziali) incidono anche sulla "libera" esplicazione della contrattazione collettiva.

Si potrebbe, dunque, concludere che nulla in realtà è cambiato; che si tratta di una continuazione del *trend* in essere; quella che doveva essere una rivoluzione si traduce in nient'altro che in una manutenzione "rafforzativa", priva di specifica e qualificante progettualità.

In realtà così non è, almeno in quelle che sembrano essere le intenzioni. Mi pare di poter scorgere evidente una netta discontinuità di filosofia rispetto al passato. L'elemento nuovo è ciò che mi sentirei di qualificare come la "strumentalità ribaltata" del Governo Renzi in materia di riforma delle pubbliche amministrazioni. Fino ad ora al centro delle riforme, tranne marginali casi, vi è stata la riforma del rapporto di lavoro. Così è stato nel 1992, dove il mito dell'efficienza del privato ha portato ad una tendenziale omogeneizzazione di disciplina tra pubblico e privato; è stato così in tutti gli interventi successivi in cui, non mettendosi mai in discussione la matrice privatistica del rapporto di lavoro (precisamente la pietra angolare costituita dal contratto di assunzione) si è progressivamente divaricata la specialità di disciplina quale strumento per una maggiore flessibilità e, dunque, per una maggiore efficienza; non vi è stato mai un progetto di effettiva riforma strutturale ed anche la "politica dei tagli" si è tradotta in previsioni di tagli lineari e non selettivi. Le riforme dell'organizzazione sono state nei fatti all'insegna del Gattopardo e della moltiplicazione delle strutture, mentre la riduzione complessiva del personale è stata per lo più l'effetto di naturali cessazioni dei rapporti di lavoro non rimpiazzati con nuove assunzioni.

Il presente esecutivo al fine di favorire la ripresa economica ha chiara l'esigenza di semplificare le procedure amministrative di interesse dei cittadini e delle imprese. Secondo alcuni un tributo a Confindustria ed alle imprese, secondo altri un'esigenza imprescindibile per ridurre i costi della burocrazia e, dunque, per dare un effettivo impulso alla crescita. Quale che sia la valutazione che se ne voglia dare, è chiaro che la realizzazione di detto obiettivo presuppone di dover preliminarmente affrontare il nodo dell'organizzazione pubblica ed ancora prima di dover creare le condizioni affinché nel processo di riorganizzazione vi sia il giusto temperamento tra interesse pubblico e garanzia dei diritti dei lavoratori pubblici. Sul personale il Governo interviene solo marginalmente, ma con una chiara opzione: rafforzare l'unilateralità di regolazione e la flessibilità. Sotto questo profilo si pone in linea di continuità con la riforma del 2009, di cui "utilizza" i risultati. Tuttavia rispetto alla riforma del 2009 segna una precisa discontinuità: la riforma Brunetta aveva al centro l'amministrazione/azienda; la riforma Renzi ha al centro l'amministrazione/politica. Appare evidente la chiara opzione per cui il processo non può che essere "costantemente attenzionato" dalla politica con

una volontà non troppo celata di una sua riappropriazione sostanziale del ruolo di comando. La riforma presentata, pur rafforzando la discrezionalità della politica nella scelta della dirigenza, si configura peraltro come un “progetto minore” rispetto a quello cui si era inizialmente lavorato nelle chiuse stanze della politica per la realizzazione di una dirigenza totalmente a termine, con dirigenti scelti da un unico albo di “abilitati”. Su questo si tornerà.

Dunque il filo rosso è costituito dalla strumentalità degli interventi sul personale, al fine di evitare che l’immobilità dei dipendenti possa essere di ostacolo alla riorganizzazione o per dirla in senso ribaltato per facilitare la flessibilità del personale. Paiono emblematici di tale percorso le nuove disposizioni in tema di mobilità e di trasferimento geografico. Ma allo stesso filo rosso si legano anche le previsioni che postulano un ricambio generazionale. Si sono già espressi dubbi sul fatto che si possa parlare di vera e propria staffetta e sul fatto che possano trovare conferma gli elevati numeri di nuovi accessi indicati dal Primo Ministro e dal Ministro dell’economia. Resta tuttavia il fatto che la logica da cui sono ispirati è la stessa. La riorganizzazione presuppone innovazione e, dunque, sia professionalità diverse e maggiormente qualificate, sia giovani, cresciuti nell’era digitale ed idonei a mettere in atto quella digitalizzazione più volte auspicata, ma sempre rimasta sostanzialmente inattuata. L’eliminazione del limite capitario nell’ambito del *turnover* ne è prova; parimenti ne è prova l’abolizione dell’istituto del trattenimento in servizio, con valutazione opposta rispetto al privato dove vi è un incentivo alla permanenza in servizio per consentire un immediato risparmio di spesa previdenziale. Comune al privato è, invece, la volontà di incrementare la produttività. L’impressione è che le riforme del settore privato non tendono nell’immediato tanto ad incrementare l’occupazione, quanto la produttività. Ed allora pubblico e privato si ritrovano accomunati.

In tutto questo qual è il ruolo della contrattazione collettiva? Se lasciamo da parte vecchi stereotipi ne consegue che la partita che può essere giocata dalla contrattazione è più ampia di quello che possa apparire. Usando una metafora calcistica sembra chiaro che le parti sociali non possano giocare all’italiana, accontentandosi di difendere agendo in contropiede; devono avere la forza di proporre un proprio gioco, anticipando e suggerendo le azioni della politica, non predefinendo alleati e nemici, ma ragionando sui contenuti. E se così vorranno comportarsi c’è un ambito di competenza della contrattazione collettiva, non espropriato, e strettamente connesso al tema della organizzazione, su cui operare fin da subito: la materia dell’inquadramento del personale, a sua volta strettamente connesso alla disciplina del trattamento

economico. Quanto a quest'ultimo è vero che vi è il blocco della contrattazione nazionale e che permangono vincoli massimi di distribuzione delle risorse, ma è del pari vero che dai processi di riorganizzazione possono derivare dei risparmi di spesa in parte (ed il fatto che lo siano solo in parte dovrebbe essere oggetto di attenta riflessione politica) spendibili per il riconoscimento di trattamenti accessori. Ma ancor prima vi è il necessario ripensamento del sistema di inquadramento, fermo ancora alle declaratorie dei contratti della seconda tornata e oggetto di potenziale immediato confronto, atteso che il perdurante blocco contrattuale non attiene alla parte normativa. La logica non deve però essere quella di irrigidire il sistema, ma propositiva. È opportuno (se non indispensabile) pensare ad una razionalizzazione ed integrazione dei modelli di inquadramento anche per definire nuovi profili professionali in grado di inserirsi con prospettiva di innovazione nei modelli organizzativi che si andranno a determinare. Non meno importante è il poter mettere a disposizione dell'innovazione istituti contrattuali aggiornati che si pongono come supporto al processo riorganizzativo.

Quanto ai modelli, il ripensamento della "geografia" delle amministrazioni si accompagna con l'espressa volontà di accentrare molte funzioni sul Governo, rafforzandone il ruolo di motore dell'intera azione amministrativa. Una visione istituzionale centralista, da qualcuno ribattezzata "palazzochigentrica". Nella ridefinizione della geografia in senso sostanzialmente monistico c'è poi un tema che è strettamente politico e non giuridico, che evidenzio, ma non affronto, ovvero il tema relativo a quanto pubblico rimarrà nella gestione dei servizi. Una questione che si lega a doppio filo con la sorte delle società pubbliche, molte delle quali chiamate a svolgere nel libero mercato attività non strettamente connesse al perseguimento di interessi pubblici, altre, pur correlate al perseguimento di interessi pubblici, inefficienti e sistematicamente in perdita. Anche in questo caso l'annunciata "cura Cottarelli" di tagli è rimasta un annuncio, ma la volontà razionalizzatrice del presente esecutivo non può che meritare apprezzamento.

Si è detto accentramento e primato della politica; un binomio che sul piano del lavoro pubblico ha comportato una ridefinizione delle regole che disciplinano il conferimento degli incarichi dirigenziali. Chi scrive nel proprio percorso di analisi ha già più volte sottolineato che la dirigenza deve essere al «servizio esclusivo della Nazione» e non della maggioranza di Governo, quale garanzia dei principi di imparzialità e di buon andamento. Ma ha anche sottolineato e difeso l'esigenza che il politico abbia adeguata flessibilità nell'individuazione di coloro che saranno chiamati a tradurre in attività concreta gli obiettivi prefissati. La questione di per sé ovvia – ed andando alla sostanza – non è

tanto (o solo) inerente alle modalità di scelta, ma alla scelta stessa, ovvero la necessità che la scelta ricada su di un soggetto idoneo a svolgere i compiti assegnati, e alla garanzia di autonomia nello svolgimento dell'incarico. Di qui la scontata affermazione della centralità del ruolo della valutazione che – lo si ribadisce – dovrebbe essere slegata dalla politica anche per quanto concerne la scelta dei valutatori e rivolta ad un'analisi obiettiva dei risultati ottenuti, rispetto a cui è certamente apprezzabile la scelta di considerare i risultati collettivi della struttura e non solo quelli individuali del singolo dirigente. Ma bisognerebbe anche alleggerire l'ampia disciplina di dettaglio in quanto tanto più il dirigente è deresponsabilizzato del ruolo manageriale, tanto più è legato a doppio filo alla politica, configurandosi più come un esecutore che non come un manager.

Peraltro il ritorno al primato della politica unitamente al rafforzamento del ruolo della legge e alla contrazione dell'ambito di libera esplicazione della contrattazione collettiva devono essere considerati alla luce di una permanente natura privatistica del rapporto di lavoro. L'effetto è un indubbio ampliamento del potere decisorio unilaterale dell'amministrazione nella gestione del rapporto di lavoro, atteso che, come noto, l'esercizio unilaterale dei poteri datoriali deve essere motivato da specifiche ragioni solo in quanto ciò sia esplicitamente richiesto dalla fonte legislativa o da quella negoziale. Poiché il ruolo di quest'ultima è oltremodo ridimensionato e poiché le speciali disposizioni del d.lgs. n. 165/2001 non prevedono di regola alcun obbligo di motivazione ne deriva un'indubbia limitazione di limiti esterni all'esercizio di un potere che diviene molto ampio ed insindacabile e che pertanto dal punto di vista sistematico rischia di compromettere l'essenza stessa del diritto del lavoro. Di qui la riflessione circa la possibilità di invocare a tutela del prestatore di lavoro (ma più in generale a tutela dell'intero sistema) non più solo limiti esterni, ma anche limiti interni volti a verificare il corretto esercizio dei poteri datoriali. Del resto la Suprema Corte ha già affermato con riguardo all'adozione di atti gestionali – ancorché in via pressoché esclusiva con riferimento al potere di scelta in sede di conferimento degli incarichi dirigenziali – l'obbligo per l'amministrazione datore di lavoro di rispettare le clausole generali di correttezza e buona fede applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento¹⁰². Il che ovviamente pone un

¹⁰² In questo senso cfr. Cass., sez. un., n. 21671/2013, cit.; Cass. n. 19630/2011, cit., 1337. In termini critici V. FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati*, in M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo. D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135) (Spending Review)*, cit., 71 ss., il quale sottolinea che il significato della privatizzazione sta proprio nell'ampliamento degli

problema circa i limiti del sindacato giurisdizionale, atteso che in questo caso la valutazione concreta spetta al giudice del lavoro chiamato a decidere la singola controversia instaurata sul presupposto di un asserito illegittimo esercizio del potere datoriale.

In definitiva, la macchina del cambiamento è avviata, non si tratta di una rivoluzione, ma neppure di una semplice manutenzione; si tratta di una prospettiva di cambiamento che chiede un'azione non solo continua, ma anche più aperta alla sfida intellettuale fin ora troppo ignorata, per consentire, in prospettiva positiva, al cielo sempre illuminato dagli annunci di consolidarsi quale luce perpetua ed evitare che all'esaurirsi delle polveri ci si accorga di aver solo sognato.

spazi di discrezionalità del soggetto pubblico «che può anche avvenire a danno delle posizioni soggettive del singolo lavoratore, seppur a condizione che l'equilibrio tra le due fonti non finisca per metter in pericolo il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 97 Cost., di modo che non possano in via di semplice interpretazione introdursi elementi contrari a tale espressa finalità».

Parte I
SESSIONE 1:
il d.l. n. 34/2014 coordinato
con la l. di conversione n. 78/2014
*Disposizioni urgenti per favorire il rilancio
dell'occupazione e per la semplificazione
degli adempimenti a carico delle imprese*

Il nuovo apprendistato: i problemi e le soluzioni della l. n. 78/2014. Ma il modello italiano funziona?

di Francesco Basenghi

In sede di ripartizione degli argomenti mi è stata assegnata la trattazione dell'apprendistato, colto tuttavia nella prospettiva peculiare della verifica di adeguatezza del modello nazionale – così come emergente dalle modifiche di cui al *Jobs Act* – rispetto alle esperienze maturate negli altri Paesi europei che regolano istituti omologhi, spesso con migliori risultati in termini di efficacia. La domanda che il prof. Zoppoli ha posto un momento fa è stata: «funziona il modello italiano?» La risposta sembra dover essere scontatamente negativa – al solito in linea con la consueta, deprimente collocazione del nostro Paese agli ultimi posti di qualsiasi classifica che misuri l'efficienza del mercato del lavoro – sebbene le ragioni della inadeguatezza appaiano piuttosto evidenti. Come è noto, risale all'anno scorso la inaugurazione della Alleanza europea per l'apprendistato, il cui obiettivo è quello di contribuire «alla lotta contro la disoccupazione giovanile, migliorando la qualità della formazione professionale e l'offerta di contratti di apprendistato in tutta l'UE grazie ad un ampio partenariato tra i principali attori del mondo del lavoro e del settore dell'istruzione». Tramite l'Alleanza si cercherà inoltre di indurre «un cambiamento di paradigma culturale nei confronti dell'apprendistato», individuando i programmi di apprendistato più efficaci all'interno dell'Unione ed applicando «le soluzioni più adatte per ciascuno Stato membro»¹, nella consapevolezza che all'interno degli ordinamenti nazionali dotati di efficaci sistemi di istruzione e formazione professionale – quali la Germania, la

¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, [Varo dell'Alleanza europea per l'apprendistato](#), Comunicato stampa, 2 luglio 2013.

Danimarca, i Paesi Bassi e l’Austria – il tasso di disoccupazione giovanile è spesso inferiore alla media².

L’iniziativa comunitaria verso la diffusione dell’istituto non è peraltro limitata alla promozione dell’Alleanza. L’attenzione nutrita verso questo strumento contrattuale e, quindi, verso l’adozione delle migliori pratiche, da tempo anima le autorità comunitarie: sono tredici i *Key Success Factors* puntualmente enucleati nei documenti della Commissione e, pur con tutte le naturali cautele in merito ai rischi di schematizzazione, traducibili in una *check-list* che ha ad oggetto il grado di adeguatezza dei singoli ordinamenti nazionali³. Si tratta di indicatori che possono dare la misura del grado di efficienza dei singoli sistemi nazionali, offrendo anche una serie di *input* in merito agli interventi da attuare in caso di scostamento rispetto alle migliori esperienze nazionali⁴.

Guardando ai *Key Success Factors* la posizione italiana è comprensibilmente variabile in relazione a ciascuno dei parametri considerati, né potrebbe essere altrimenti considerando la loro ampiezza estensiva, riguardante tutti possibile aspetti dell’*Apprenticeship*: dalla qualità del dialogo tra le parti sociali all’allineamento con i fabbisogni del mercato del lavoro nazionale e/o locale, passando per la qualità del raccordo tra insegnamento teorico ed esperienza pratica, per la certificazione delle competenze acquisite e via discorrendo.

Così, in questo quadro, l’Italia mostra apprezzabili consonanze rispetto alle più convincenti esperienze di altri Paesi rispetto ad alcuni indicatori – ad esempio quanto alle risorse assegnate ovvero alla qualità nel tutoraggio⁵ –

² Del resto, l’aumento di un solo punto percentuale nell’utilizzo dell’apprendistato incrementa dello 0,95% il tasso di occupazione giovanile ed abbatte dello 0,8% il tasso di disoccupazione, come si legge in U. BURATTI, M. TIRABOSCHI, *Apprendistato: cosa ci suggerisce l’Europa e cosa invece fa l’Italia*, in U. BURATTI, C. PIOVESAN, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Apprendistato: quadro comparato e buone prassi*, ADAPT University Press, 2014.

³ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Apprenticeship and Traineeship Schemes in EU27: Key Success Factors. A Guidebook for Policy Planners and Practitioners*, 2013. La Commissione non nasconde la distinzione tra *Apprenticeship* e *Traineeship*, per quanto rilevi che «interestingly, the key success factors are similar for both types of programmes».

⁴ I *Key Success Factors* individuati dalla Commissione sono: 1) Robust Institutional and Regulatory Framework; 2) Active Social Partner Involvement; 3) Strong Employer Involvement; 4) Close Partnerships between Employers and Educational Institutions; 5) Funding including Employer Subsidies and Other Incentives; 6) Close Alignment with the Labour Market Needs; 7) Robust Quality Assurance; 8) High-quality Guidance, Support and Mentoring of Apprentices/Trainees; 9) Appropriate Matching of Apprentice/Trainee to Host Organisation (Company); 10) Combination of Theoretical, School-Based Training with Practical Work-Related Experience; 11) Existence of an Apprenticeship/Traineeship Agreement; 12) Certification of Acquired Knowledge, Skills and Competences; 13) Tailored and Flexible Approaches to the Needs of Vulnerable Young People.

⁵ Cfr. U. BURATTI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 3.

mentre riguardo ad altri si avvertono preoccupanti scostamenti. Scontato, ad esempio, è il riferimento al parametro dello *Stable and Robust Institutional and Regulating Framework* ossia alla cornice regolativa dell'istituto; cornice che – invece di presentarsi come “stabile” e “solida” – ha sofferto e soffre di un incessante e faticoso lavoro legislativo, segno di una tormentata irrisolutezza e di allarmanti insicurezze in merito alle soluzioni da adottare: si pensi – tanto per limitarsi agli interventi di maggior segno intervenuti sul minuscolo d.lgs. n. 167/2011, denominato Testo Unico non senza fantasia – alle c.d. riforme Fornero e Giovannini, al c.d. decreto Carrozza ed al *Jobs Act* del Governo Renzi⁶.

Già sotto questo profilo è facile rilevare come il nostro Paese non offra le migliori condizioni per una regolazione “vincente” dello strumento. Se è ormai concetto acquisito dalla *communis opinio* quello che valorizza la stabilità della regolazione normativa come fondamentale elemento attrattivo per le imprese, va da sé che modestissimo sia l'*appeal* di un quadro continuamente esposto alle suggestioni del momento, incapace di trovare requie e di offrire quindi agli operatori economici le indispensabili certezze sulla correttezza del proprio operato.

Su un piano di più stretta attinenza all'operatività dello strumento, uno dei punti di crisi insiste sul fatto che nella maggior parte dei sistemi nazionali comunitari l'apprendistato realizza e soddisfa i processi di alternanza scuola/lavoro che rappresentano la ragion d'essere dell'istituto, ne giustificano la presenza all'interno dell'ordinamento e danno ragione della specialità regolativa, ossia della presenza di un sistema più o meno articolato di deroghe e scostamenti rispetto alla fattispecie di contratto di lavoro dipendente assunta come ordinaria. Del resto, è proprio detta alternanza che realizza in massimo grado l'obiettivo sotteso alle forme di *Apprenticeship* generalmente diffuse: il coordinamento tra la fase propriamente scolastica e quella invece esperienziale, all'interno di un procedere dialogico – duale – che, nel rispetto ed in funzione di entrambe, ne garantisce la coerente interazione in vista della più proficua crescita professionale del giovane, completando il percorso di studio e nel contempo consentendone il facile inserimento all'interno dell'azienda nel rispetto delle competenze costruite.

Come è noto, il sistema italiano mostra a questo riguardo tutte le sue insufficienze. Come tutti sanno, le due forme contrattuali di apprendistato che – almeno nelle intenzioni del legislatore – dovrebbero rispondere ipoteticamente al modello dell'alternanza fra i momenti formativi sono il

⁶ Cfr. D. GAROFALO, *L'apprendistato nel decreto legge 20 marzo 2014, n. 34*, in *LG*, 2014, n. 12, suppl., 33 ss.

primo ed il terzo, ossia, rispettivamente, quello noto come apprendistato «per la qualifica e per il diploma professionale» e quello «di alta formazione e di ricerca»⁷. Ma è troppo noto che proprio queste due tipologie scontano i ritardi, le lacune e le esitazioni che ne hanno segnato l'evoluzione, risultata nei fatti tronca ed incompiuta, tanto da precluderne una effettiva diffusione⁸.

La sola fattispecie di apprendistato effettivamente conosciuta nella pratica è quella collocata in posizione intermedia tra le tre tipizzate in sede normativa – ossia quello professionalizzante – che tuttavia risulta, nel contempo, la più lontana dall'obiettivo dell'auspicata alternanza tra i momenti formativi, perché destinata all'inserimento professionale di un giovane che ha già terminato il corso di studi, facendo così venir meno quell'intreccio virtuoso tra percorso scolastico e percorso endo-aziendale che rappresenta la chiave del successo dell'istituto nell'esperienza di altri Paesi⁹.

La particolare collocazione del momento formativo all'interno della fattispecie di apprendistato dominante – ossia la seconda, nella scansione tipologica accolta nel Testo Unico – trova riflesso nella stessa dinamica del rapporto e, in particolare, si sconta sul sinallagma. Il porsi come fase eccentrica, indipendente, assoluta – nell'etimo del termine – e non correlata rispetto al momento *on the job*, slegata da qualsiasi reale alternanza, comporta due conseguenze inevitabili.

Da un lato – come si accennava – il trattamento economico riservato all'apprendista italiano è di regola sensibilmente maggiore di quello invece riconosciuto nei Paesi europei dove l'intreccio tra formazione e lavoro ha luogo con effettiva ed autentica valorizzazione del primo termine rispetto al secondo; e ciò, soprattutto, nella logica dell'alternanza. Quanto detto, del resto, non meraviglia: il gioco della corrispettività porta ad enfatizzare il contributo strettamente professionale – per quanto reso già in ipotesi da un lavoratore *unskilled* – inteso come largamente prevalente rispetto ad una formazione ridimensionata ed eccentrica rispetto al *job*. Non è un caso, allora, se all'interno delle esperienze nazionali più avanzate la retribuzione di ingresso è prossima ad un quarto di quella spettante al lavoratore ordinario, seppur con la previsione di meccanismi “a salire” piuttosto ripidi.

⁷ In generale cfr. A. LEVI, *Il contratto di apprendistato riformato, tra finalità occupazionali ed esigenze formative*, in *RIDL*, 2013, n. 3, I, 557 ss.

⁸ Cfr. C. CORDELLA, [Note in tema di profili formativi nel contratto di apprendistato](#), Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2014, n. 224.

⁹ Come è noto, la più proficua esperienza duale nel nostro Paese è quella che si è sviluppata nella Provincia di Bolzano, non a caso particolarmente sensibile, anche culturalmente, alla vicina realtà d'oltralpe.

D'altro lato, la fase formativa non riesce ad affrancarsi dall'atteggiamento – in qualche modo condiviso dai protagonisti del rapporto – che la configura come onere burocratico, come vuoto adempimento imposto dalla legge quale condizione per l'accesso ai benefici normativi e contributivi collegati a questa tipologia contrattuale.

Un diverso profilo rispetto al quale si segnalano da più parti forti riserve riguarda la c.d. regolazione pluri-livellare, ossia la scelta legislativa di affidare la disciplina dell'istituto non ad una sola fonte regolativa ma ad un complesso di queste, il cui puntuale ed ordinato coordinamento diventa giocoforza decisivo ai fini dell'efficace funzionamento dello strumento.

L'esperienza nazionale ha prodotto esiti notoriamente migliorabili, tanto che proprio all'imperfetto ed all'insufficiente collegamento tra le diverse sedi chiamate a disciplinare la materia si fa di colpa del fallimento delle figure di apprendistato – la prima e la terza – che meglio avrebbero potuto realizzare l'alternanza scuola/lavoro di cui si diceva. E in effetti è banale osservare che la moltiplicazione dei livelli coinvolti non può che complicare, allontanandolo, il completamento del mosaico regolativo.

In realtà, al di là della condivisibilità nel merito della scelta compiuta dal legislatore italiano – da taluni salutata come meritoria, da altri come chimerica – il quadro comparato offre indicazioni divergenti: non sempre Paesi caratterizzati da una tendenziale semplificazione architetture brillano per la qualità dei risultati conseguiti; per contro, altre esperienze – quella tedesca, tra le altre – hanno mostrato di ispirarsi a modelli di *multilevel governance* che coinvolgono una pluralità di soggetti istituzionali, imprese, sindacati, con risultati invidiabili ed assunti come *benchmark* a livello comunitario. A quanto pare, la conclusione più ovvia – ma non per questo meno vera – sembra essere quella secondo la quale sulla formula teorica – ossia sul tipo di assetto validato – fanno agire fattori diversi e mutevoli da caso a caso: chiarezza del quadro normativo qualità del dialogo inter-istituzionale, stato delle relazioni industriali, e via discorrendo.

Fatte queste considerazioni di sistema, qualche riflessione merita il senso degli interventi conseguenti al c.d. *Jobs Act* ed incidenti su questa tipologia contrattuale, giusto al fine di valutarne la coerenza rispetto ai *Key Success Factors* e, quindi, la possibile delineazione di una linea di sviluppo del quadro normativo secondo le linee validate internazionalmente.

Volendo anticipare le conclusioni, l'esito di questa verifica è tendenzialmente negativo; e ciò nel senso che ben poco della recente riforma di cui alla l. n. 78/2014 pare deporre nel senso del ravvicinamento della disciplina ai modelli più virtuosi.

Così, volendo esemplificare, poco consonante rispetto ai paradigmi raccomandati è l'intervento sui requisiti formali, realizzato con la riformulazione della lett. *a* dell'art. 2. L'aver consentito la definizione semplificata del piano formativo individuale – oggi redatto «in forma sintetica [...] anche sulla base di moduli e formulari stabiliti dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali» – costituisce una innovazione di discutibile riflesso e solo apparentemente agevolativa. Al di là degli opinabili obiettivi che il riformatore pareva proporsi – ancora una volta decifrabili con difficoltà, acuita dall'atteggiamento esitante tenuto in ordine alle soluzioni tecniche adottate¹⁰ – l'equivoco richiamo alla redazione in veste sintetica del percorso di formazione crea più problemi di quanti non ne risolva soprattutto in termini di certezza, mentre la negazione della facoltà – prima ammessa – di procedere alla sua definizione anche in tempi successivi all'assunzione, pur nel termine di trenta giorni, introduce un inutile elemento di rigidità di cui non è facile comprendere il significato ultimo¹¹. Soprattutto non è agevole individuare la coerenza delle nuove regole con alcuno dei “fattori chiave” di elaborazione comunitaria: forse lo si potrebbe leggere in relazione con il requisito della *existence of an apprenticeship agreement*, ma non sfugge il fatto che il nostro Paese, proprio rispetto alla esistenza di una intesa contrattuale contenente una disciplina dettagliata del rapporto, fosse già adeguato.

Solo poco più sintonico risulta l'intervento che ha riguardato il tema dei limiti posti alla c.d. stabilizzazione degli apprendisti al termine del periodo formativo come condizione richiesta al fine del successivo ricorso allo strumento. A quanto pare, si tratta di una sintonia che riguarda “a monte” i presupposti stessi dell'accesso a questa fattispecie ed ha il preciso fine di evitare gli abusi tradizionalmente praticati da datori di lavoro interessati all'apprendistato in vista della acquisizione di manodopera a condizioni economiche e normative di particolare convenienza piuttosto che alla costruzione mirata di una figura professionalmente qualificata.

Se l'obiettivo pare limpido, non altrettanto risulta il percorso seguito dal legislatore; percorso che invariabilmente collide con il primo dei *Key Success Factors*, cioè con quello che insiste sulla stabilità del quadro regolativo. In

¹⁰ Come è noto, il testo del d.l. n. 34/2014 originariamente escludeva l'obbligo di formalizzazione per iscritto del piano formativo individuale e solo in sede di conversione si è optato per una soluzione di chiaro segno compromissorio. In ogni caso, alcuni AA. vi leggono uno svilimento della componente formativa: cfr. G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro](#), Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2014, n. 220, 12.

¹¹ Cfr. F. CARINCI, *Jobs Act, atto I: la legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *DRI*, 2015, n. 1, 45.

effetti, la revisione della disciplina in materia introdotta dalla l. n. 78/2014 si pone come l'ennesima nel breve volgere di un breve periodo, senza peraltro che si possa distinguere un qualche elemento unificante i diversi interventi, ciascuno dei quali sembra rispondere solo alle contingenze del momento, con un procedere balbettante e contraddittorio e nessuna rispondenza ad un disegno di fondo.

Peraltro, proprio la frequenza delle pratiche abusive avrebbe potuto e dovuto trovare un temperamento se avessero trovato l'auspicata e doverosa diffusione le due tipologie invece rimaste inespresse, ossia quelle rispondenti all'obiettivo della autentica e proficua alternanza tra scuola e lavoro. Non è difficile osservare che l'interesse del datore di lavoro all'utilizzo abusivo dell'apprendistato cresce con il tendenziale avvicinamento dei contenuti esecutivi del rapporto – l'inserimento dell'apprendista nell'organizzazione, la immediata spendibilità della prestazione resa a fini produttivi, la qualità dell'apporto professionale offerto – al modello ordinario di lavoro dipendente. Al contrario, l'allontanamento da quest'ultimo renderebbe progressivamente meno conveniente l'adozione fraudolenta o simulata dell'apprendistato, a tutto favore del suo uso corretto e legittimo. In altri termini, è facile osservare che l'apprendistato professionalizzante – con la sua formazione posticcia, la sua mancata correlazione con una efficace alternanza scuola/lavoro, la sua platea di riferimento elettivo, formata da giovani ormai giunti alla fine del percorso scolastico e pronti alla piena valorizzazione *on the job* – pone le condizioni ideali perché il datore di lavoro veda in questa figura un comodo strumento per procurarsi a basso costo figure in realtà assimilabili, nei fatti, con i lavoratori già pienamente formati. Ben diversamente sarebbe se, invece, il giovane apprendista non avesse ancora completato il percorso scolastico – e, anzi, dovesse completarlo alternando momenti di formazione sul lavoro e momenti di formazione teorica mirata – e mostrasse quindi un rendimento giocoforza inferiore rispetto a quello ordinario.

In questa prospettiva si pone anche il tema del trattamento economico spettante all'apprendista; tema rilevante anche in ragione della distanza tra il sistema italiano e quello dei Paesi più virtuosi. Come è noto, la materia è regolata con una disposizione che parametra la retribuzione dell'apprendista su quella del lavoratore addetto «a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è finalizzato il contratto», prevedendo la possibilità di inquadrare l'apprendista «fino a due livelli inferiori rispetto alla categoria spettante» al primo ovvero di retribuirlo «in misura percentuale e in modo graduale alla anzianità di servizio».

Per effetto di quanto sopra, l'apprendista italiano è mediamente retribuito in misura largamente superiore a quanto non accada in Germania, in Austria o in Francia, dove il trattamento stipendiale è pari, nelle prime fasi del rapporto, a circa un quarto del livello salariale riconosciuto al lavoratore ordinario. E non v'è dubbio che anche sotto questo profilo il regime nazionale paradossalmente contribuisca a porre le basi per l'utilizzo distorto dello strumento: da un lato il trattamento economico relativamente elevato consolida la convinzione che l'apprendista possa e debba fornire una prestazione qualitativamente e qualitativamente ragguardevole; dall'altro ridimensiona il momento formativo all'interno del sinallagma contrattuale, confortando l'idea della sua marginalità.

Da questo punto di vista può essere utile ricordare l'intervento di riforma che ha interessato l'apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale – ossia quello di primo tipo – prevedendo che al giovane debba essere «riconosciuta una retribuzione che tenga conto delle ore di lavoro effettivamente prestate nonché delle ore di formazione almeno nella misura del 35% del relativo monte ore complessivo». Nondimeno, al di là della obiettiva equivocità del disposto – suscettibile di più letture – non pare proprio che la previsione si muova nel segno dell'avvicinamento rispetto alle prassi diffuse nei Paesi di cui si diceva, dato che introduce un limite mimale alla retribuibilità delle ore di formazione svolte, senza alcun effetto calmierante rispetto al costo dell'apprendista. E ciò per tacere della dissonanza rispetto alla stessa logica *promotive* che vorrebbe la formazione non rappresentasse un onere economico per il datore di lavoro: il nuovo assetto ha l'effetto perverso di incrementare, al crescere delle ore di formazione, il costo sostenuto per il giovane lavoratore, aggiungendo uno svantaggio economico a quello organizzativo conseguente alla minore possibilità di impiego dell'apprendista nell'attività di impresa¹².

A conclusioni non troppo diverse si arriva anche a proposito della disposizione che fa carico alle Regioni di «comunicare al datore di lavoro, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'instaurazione del rapporto, le modalità di svolgimento dell'offerta formativa pubblica, anche con riferimento alle sedi e al calendario delle attività previste, avvalendosi anche dei datori di lavoro e delle loro associazioni che si siano dichiarate disponibili». Fermo restando che la previsione si riferisce alla seconda tipologia di apprendistato e, in particolare, alla offerta formativa pubblica finalizzata alla acquisizione delle competenze di base e trasversali, nella migliore delle ipotesi la novità non

¹² Cfr. C. CORDELLA, *op. cit.*, 25.

sembra superare la dimensione della stretta tecnicità di dettaglio, certo rilevante sul piano del ruolo ritagliato alle competenze regionali in materia – con tutte le implicazioni del caso, soprattutto in punto di conformazione all’assetto di cui all’art. 117 Cost. – ma marginale rispetto ai fattori chiave di enucleazione comunitaria. E ciò tacendo poi di quanto è stato osservato a proposito di uno dei riflessi inconfessabili della previsione: l’idea che dietro il disposto insista la surrettizia cancellazione della formazione regionale¹³.

In questo panorama non esaltante, l’intervento più autenticamente coerente con gli obiettivi indicati in sede comunitaria pare essere quello che ha riguardato la novellazione del c.d. decreto Carrozza nella parte in cui questo promuove un programma sperimentale per lo svolgimento di periodi di formazione in azienda a favore degli studenti degli ultimi due anni delle scuole secondarie di secondo grado per il triennio 2014-2016. L’intervento correttivo voluto con il *Jobs Act* ha portato ad ammettere la stipulazione di contratto di apprendistato anche in deroga ai limiti di età fissati dalla legge, con particolare riguardo agli studenti degli istituti professionali, ai fini della loro formazione e valorizzazione professionale, nonché del loro inserimento nel mondo del lavoro. Nei fatti, quindi, si è intervenuti abbassando l’età anagrafica di accesso alla figura, con l’effetto di comprendere nella platea dei giovani interessati da questa fattispecie contrattuale gli studenti che stanno completando gli ultimi anni del percorso scolastico, così da garantire quell’intreccio tra momenti formativi tipico del sistema duale vincente in altre esperienze continentali.

Probabilmente un po’ troppo poco per poter parlare di avvicinamento ai modelli più virtuosi adottati in altri sistemi europei.

¹³ Cfr. F. CARINCI, *op. cit.*, 45.

Contratto a tempo determinato e interventi sul costo del lavoro. I nuovi percorsi orientati alla salvaguardia del “contratto dominante”

di Stefano Bellomo

1. I percorsi paralleli del nuovo regime di oneri e incentivi connessi al contratto di lavoro a tempo determinato e della graduale generalizzazione dell’acausalità del contratto a termine

A prima vista, il profilo delle interrelazioni tra disciplina del contratto a tempo determinato e il costo del lavoro si presenta come una tematica di rilievo marginale e secondario rispetto alle problematiche più frequentemente trattate con riferimento a questa figura di contratto flessibile e, soprattutto, difficilmente declinabile in un registro diverso rispetto a quello meramente descrittivo.

Ciononostante, se questo particolare risvolto viene messo a fuoco in connessione con le più recenti evoluzioni legislative dell’istituto (non solo, si vuol dire, con i cambiamenti introdotti dal d.l. n. 34/2014 ma a partire dalla l. n. 92/2012), anche l’adozione di questo specifico angolo visuale può consentire di mettere in luce alcune significative implicazioni sistematiche, anche in rapporto alle connessioni tra la normativa nazionale e quella di fonte europea.

In particolare, va evidenziato come la dinamica legislativa diretta ad orientare le preferenze e le conseguenti scelte degli *stakeholders* del mercato del lavoro verso il contratto a tempo indeterminato – pur scontando le “spinte di sistema” verso l’utilizzo di una quota più meno ampia di lavoro flessibile – e,

soprattutto, verso la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato¹, abbia subito alcuni importanti impulsi a partire dal 2012.

Tale tendenza è andata sostanziandosi in disposizioni che operano sul fronte degli oneri contributivi e che mirano, da un lato, a ridurre i margini di convenienza economica del contratto di lavoro a tempo determinato mediante un aggravio delle relative aliquote (ci si riferisce al contributo addizionale dell'1,4% introdotto dall'art. 2, comma 28, della l. 28 giugno 2012, n. 92), dall'altro a favorire le trasformazioni da tempo determinato a tempo indeterminato mediante la riduzione di tali oneri.

Si tratta, quindi, di un aggregato di disposizioni agevolative che operano secondo uno schema più che collaudato; un paradigma che vanta molteplici antecedenti – alcuni dei quali tuttora vigenti – tra i quali spicca per rilevanza storica l'art. 8, comma 2, della l. 23 luglio 1991, n. 223, e che si ritrova frequentemente replicato nella legislazione successiva², condizionatamente al rispetto dei vincoli di fonte europea sulla delimitazione soggettiva del regime degli aiuti ai lavoratori svantaggiati.

Accanto a queste previsioni già introdotte e, in parte, sperimentate si colloca, in prospettiva, la misura preannunciata tra i contenuti della legge di stabilità per il 2015 in tema di sgravio contributivo triennale per le nuove assunzioni a tempo indeterminato (previsione sulla quale si tornerà in chiusura). Così come il corposo disegno di legge-delega definitivamente approvato dal Senato il 3

¹ Alla base della “questione flessibilità”, come ricordato anche, recentemente, da E. MANDRONE, D. RADICCHIA (a cura di), [*Indagine Plus. Il mondo del lavoro tra forma e sostanza. Terza annualità*](#), Isole, 2012, non si colloca una visione svalutativa né della flessibilità organizzativa né di quella contrattuale, quanto l'esigenza di depurare l'una e l'altra dalle rispettive applicazioni spurie, eterodosse e socio-economicamente deteriori: «pur condividendo la necessità di impieghi flessibili per le esigenze variabili della produzione di beni o servizi non si può non comprendere la necessità di stabilità e continuità lavorativa per gli individui; pertanto la sfida del futuro è, oggi più che mai, la creazione di occupazioni “stabili” per gli individui ma in grado di soddisfare i fabbisogni “instabili” delle imprese». E ciò soprattutto perché «un'occupazione evanescente per molti individui introduce una forte componente aleatoria nell'economia – incerti flussi fiscali, contributivi e, quindi, previdenziali, sia individuali che aggregati – che aumenta i rischi, per tutta la collettività, di instabilità del sistema» (54). Di qui l'interrogativo, che i giuristi sono chiamati ad affrontare assieme agli altri scienziati sociali, in merito ai fattori che meglio possono influenzare le transizioni occupazionali, in particolare quelle dall'impiego non standard a quello standard.

² Più recentemente, il riferimento va, naturalmente, alle previsioni contenute nell'art. 4, commi 8-11, della l. n. 92/2012 in materia di assunzione a tempo indeterminato ovvero di conversione del contratto a tempo determinato stipulato con ultracinquantenni e donne disoccupate o inoccupate, nonché nell'art. 1, comma 5, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 99, in tema di assunzione a tempo indeterminato ovvero di conversione del contratto a tempo determinato dei giovani al di sotto dei 30 anni.

dicembre individua, tra i principi e criteri direttivi a cui il legislatore sarà chiamato ad attenersi nell'elaborazione del testo organico semplificato «delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro» quello di «promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti» (art. 1, comma 7, lett. *b*, della l. 10 dicembre 2014, n. 183).

2. Acausalità e costi del lavoro a tempo determinato nella prospettiva della subalternità del contratto a termine rispetto alla “forma comune” del rapporto di lavoro

Non appare priva di significato la circostanza che questi interventi incentivanti si siano intensificati a partire dal momento in cui il legislatore ha iniziato gradualmente ad orientarsi nella direzione dell'*a-causalità* dell'assunzione a tempo determinato, divenuta oramai la “regola” generale di questo microsistema normativo; ciò che induce, anche al di là delle intenzioni del legislatore storico, ad interrogarsi sull'incidenza sistematica e sulla rilevanza funzionale di queste componenti normative nel nuovo assetto perfezionatosi con il d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito dalla l. 16 maggio 2014, n. 78.

È possibile (e del resto indispensabile) mettere a fuoco con sufficiente nitidezza le interrelazioni tra queste previsioni legislative e le trasformazioni intervenute in materia di condizioni di legittimità del contratto a tempo determinato tenendo in considerazione, come essenziale premessa e come imprescindibile direttrice interpretativa, il fatto che le disposizioni legislative in materia di incentivi si innestano, pur non essendovi organicamente incorporate, su un quadro normativo che assume come primo e necessario referente la direttiva europea 99/70/CE del 28 giugno 1999 e le sue molteplici linee di incidenza sulla legislazione nazionale.

Di qui la necessità di esaminare i collegamenti che possono essere rintracciati tra il complesso delle misure di natura economica che perseguono, assieme ad altre, l'obiettivo di rendere più conveniente la stipulazione del contratto a tempo indeterminato e una previsione legislativa dal significato rimasto sinora oltremodo sfuggente ed oscuro, quale è sinora apparsa quella contenuta nell'art. 1, comma 01, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, nella formulazione rielaborata dalla l. 28 giugno 2012, n. 92.

Quest'ultima modifica, come è noto, si è concretizzata nel mutamento testuale della mutata definizione del contratto di lavoro a tempo indeterminato non più

quale “regola”, bensì quale “*forma comune*” dei rapporti di lavoro, in assonanza con il disposto dell’accordo-quadro recepito dalla direttiva 99/70 del 28 giugno 1999³ ed in sintonia, implicita, con le spiegazioni di tale preferenza, individuate dallo stesso accordo nel miglioramento sia della qualità della vita che del rendimento dei lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato.

3. La “trasformazione” del principio dettato dal comma 01 dell’art. 1, d.lgs. n. 368/2001, da “premessa generale” a norma di diritto positivo interno

Purtuttavia, è altrettanto risaputo che la previsione legislativa del comma 01 è stata da molti considerata, sin dalla sua introduzione con la diversa formulazione testuale contenuta nella l. 24 dicembre 2007, n. 247, come una norma-proclama di carattere per nulla o scarsamente prescrittivo, tutt’al più destinata ad operare come “parafulmine” rispetto a possibili censure di contrasto con la normativa europea⁴.

I dubbi sulla portata precettiva del comma 01 – anche nella sua formulazione odierna – non conseguono solo da una formulazione ambigua, leggibile tanto in senso assertivo quanto in chiave ottativa ma comunque difficilmente traducibile – almeno in apparenza – in un dettato imperativo, bensì anche dall’originaria provenienza e collocazione di questo enunciato, inserito all’interno del preambolo dell’accordo trasfuso nella direttiva europea e dunque rientrante nell’ambito degli elementi testuali considerati sprovvisti di valore vincolante da una giurisprudenza ormai copiosa della Corte di giustizia⁵.

³ Più precisamente, si rammenta, con il secondo capoverso del preambolo dell’accordo e con la successiva considerazione generale n. 6, che in un certo senso fa da controcanto alla precedente considerazione n. 5, che evoca l’invito rivolto dal Consiglio alle parti sociali in occasione del Consiglio europeo straordinario sull’occupazione del 20-21 novembre 1997 a negoziare accordi per «modernizzare l’organizzazione del lavoro, comprese formule flessibili di lavoro, onde rendere produttive e competitive le imprese e raggiungere il necessario equilibrio tra la flessibilità e la sicurezza».

⁴ Si vedano, in particolare, V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *RIDL*, 2008, n. 2, I, 181; G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *ADL*, 2008, n. 3, I, 649; G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del Welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Cedam, 2008, 90.

⁵ Cfr. da ultimo, C. giust. 11 aprile 2013, causa C-290/12, *Oreste Della Rocca c. Poste Italiane SpA*, punto 38, dove si rimarca che «il preambolo di un atto dell’Unione non ha valore

Pur dovendosi tener presente questa connotazione, per così dire, genetica, non può dirsi, tuttavia, che sia preclusa all'interprete ogni ulteriore valutazione sulla rilevanza normativa del riconoscimento del contratto a tempo indeterminato come forma comune dei rapporti di lavoro, dovendosi considerare le possibili ulteriori implicazioni della sua trasposizione (potrebbe dirsi, meglio, della sua "importazione") nell'ordinamento interno, ossia della sua assimilazione all'interno della legislazione nazionale.

4. Il dibattito sul significato del comma 01

A questo proposito, è noto, altresì, come la Corte di giustizia abbia riconosciuto l'esistenza di un nesso logico interno e di un rapporto di diretta strumentalità tra la premessa dell'accordo-quadro che individua nel contratto di lavoro a tempo indeterminato la forma comune dei rapporti di lavoro e le (esclusive) specifiche misure di contrasto alle discriminazioni e di prevenzione degli abusi prefigurate nelle clausole 4 e 5 dell'accordo medesimo; puntualizzando, quindi, che il contenuto precettivo della direttiva si condensa e si esaurisce nell'attuazione, devoluta ai legislatori nazionali, di queste due prescrizioni⁶.

Se questo rimane lo schema attuativo basilare (ossia il nucleo precettivo essenziale) della direttiva, occorre però chiedersi se il recepimento nella legislazione nazionale, avvenuto per fasi successive, del principio che assegna

giuridico vincolante e non può essere fatto valere né per derogare alle disposizioni stesse dell'atto di cui trattasi né per interpretare tali disposizioni in un senso manifestamente contrario alla loro formulazione» (per i precedenti si veda C. giust. 25 novembre 1998, causa C-308/97, *Giuseppe Manfredi c. Regione Puglia*, punto 30; C. giust. 24 novembre 2005, causa C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, punto 32; C. giust. 2 aprile 2009, causa C-134/08, *Hauptzollamt Bremen c. J.E. Tyson Parketthandel GmbH hanse j*, punto 16; C. giust. 28 giugno 2012, causa C-7/11, *Procedimento penale a carico di Fabio Caronna*, punto 40).

⁶ In particolare, C. giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Konstantinos Adeneler e altri c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, punti 61-65, e già C. giust. 23 aprile 1999, Cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Kiriaki Angelidaki e altri c. Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis (C-378/07)*, *Charikleia Giannoudi c. Dimos Geropotamou (C-379/07)* e *Georgios Karabousanos e Sofoklis Michopoulos c. Dimos Geropotamou (C-380/07)*, in particolare punti 105 e 116. Nella dottrina recente, F. CARINCI, *Jobs Act, atto I: la legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *DRI*, 2015, n. 1, 8, il quale evidenzia come, nella prospettiva dell'accordo-quadro, il criterio guida rappresentato dalla relazione da regola ad eccezione fra il rapporto a tempo indeterminato e determinato ricevesse la sua precipua concreta traduzione nel duplice obiettivo di garanzia della non discriminazione e nella prevenzione degli abusi.

al contratto a tempo indeterminato tale posizione di preminenza assuma un significato che trascende la mera attuazione delle due clausole e sia idoneo ad immettere nel nostro ordinamento giuridico positivo contenuti e vincoli ulteriori rispetto a questo nucleo essenziale di matrice europea.

A fronte di tale interrogativo sono state affacciate risposte ed assunte posizioni alquanto diversificate in merito al significato da assegnare a questa disposizione nell'ordinamento giuridico interno, da quella che assegna al comma 01 una portata essenzialmente descrittiva, qualificandolo come espressione di una "opzione qualificatoria evanescente"⁷ o che, comunque, esprime l'idea che tale disposizione presenti tuttora una rilevanza "imprecisata"⁸; passando per quella che, come accennato, ha proposto una lettura del dettato legislativo come adattamento dell'ordinamento interno al "diritto vivente" della Corte di giustizia con riferimento alla "a-causalità" del primo contratto a termine⁹.

Ma, per altro verso, ancor più numerose sono le letture proposte da chi, riconoscendo a questa previsione legislativa una portata né simbolica né di mero raccordo con la direttiva europea, ha scorto nell'introduzione di questa norma e soprattutto nella successiva riscrittura della stessa operata dalla l. n. 92/2012 un riconoscimento da parte del legislatore della "eccezionalità" del contratto di lavoro a tempo determinato; eccezionalità abbinata, secondo molti, alla "temporaneità" delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine¹⁰.

5. L'originaria connessione tra la definizione del contratto a tempo indeterminato quale forma comune di rapporto di lavoro e il

⁷ M. PAPALEONI, *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: "Mons tremuit, et mus parietur"*, 2012, in csdle.lex.unict.it.

⁸ R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 75.

⁹ V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2012, n. 153, 5; M. BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, n. 3, I, 570.

¹⁰ È, come noto, la posizione da tempo espressa da Valerio Speciale, già proposta con riferimento alla precedente versione della norma (V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit.); tra gli altri sostenitori di questa tesi, nella letteratura più recente, C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, 10 ss. Su una posizione diversa, da ultimo, P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, *ES*, 2013, 80, la quale prende atto, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, dell'inesistenza di una consequenzialità necessaria o di un'automatica corrispondenza tra principio della "forma comune" ed "eccezionalità" o natura derogatoria del contratto a termine.

contratto a termine come fattispecie eccezionale e il suo possibile superamento

Se si condivide l'idea per cui la previsione del comma 01 esprime quello che può essere definito come un generale criterio di orientamento del legislatore con riferimento alla relazione tra il contratto a tempo indeterminato e quello a termine¹¹, occorre allora valutare, anche tenendo conto di queste precedenti letture, i nuovi possibili ed ulteriori significati che a questa previsione è possibile assegnare in relazione ed in conseguenza del progressivo sfrondamento assiologico di cui è stato fatto oggetto il comma 1 dello stesso articolo con la graduale generalizzazione del connotato dell'acausalità.

A seguito della modifica radicale intervenuta con il d.l. n. 34/2014 è venuto meno, infatti, il presupposto basilare su cui l'idea del contratto a termine come fattispecie "eccezionale" sembrava poggiarsi, vale a dire la previsione generale che imponeva in via generale l'individuazione delle ragioni tecnico, produttive, organizzative o sostitutive addotte a giustificazione dell'assunzione. Requisito causale nel quale non solo parte della dottrina¹², ma anche un cospicuo numero di pronunce giudiziali avevano ritenuto di poter identificare il più chiaro fondamento del carattere di "eccezione" del contratto a tempo determinato rispetto al contratto a termine¹³ e la cui soppressione induce necessariamente ad interrogarsi sul senso da attribuire, nel nuovo contesto normativo, alla previsione generale collocata in apertura del d.lgs. n. 368/2001.

Sussiste, cioè, la necessità di valutare quali siano i possibili significati del comma 01 dopo la riforma operata dal d.l. n. 34/2014. Un passaggio interpretativo imprescindibile almeno per coloro i quali non ritengano possibile attribuire ad una statuizione legislativa un significato meramente retorico o esortativo, anche in ragione del fatto che la sua "importazione" nell'ordinamento interno non sembra consentire all'interprete di limitarsi a

¹¹ Così, recentemente, A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine. Aggiornato alla legge 16 maggio 2014, n. 78*, Giappichelli, 2014, 10.

¹² Si veda, tra gli altri, D. GAROFALO, *Riforma e controriforma nella disciplina del contratto a termine*, in M. D'ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico. Atti del Convegno. Foggia, 20 dicembre 2007*, Giuffrè, 2009, 85-86, il quale, con riferimento alla formulazione del comma 01 come enunciata dalla l. n. 247/2007, si esprimeva nel senso che tale previsione sancisse il tramonto definitivo dell'ipotesi di un contratto a termine a-causale.

¹³ Tra le molte pronunce in tal senso cfr. Cass., sez. un., 2 marzo 2006, n. 4588; Cass. 21 novembre 2011, n. 24479; Cass. 18 ottobre 2013, n. 23702.

confermare quella natura di “indicazione di contesto” ad essa attribuibile nel diverso ambito dell’accordo-quadro.

Come già rilevato, se l’ottemperanza ai vincoli comunitari si sostanzia, a scampo di confusioni e dilatazioni dell’area degli obblighi promananti dalla direttiva, nell’adozione di misure attuative degli obiettivi (*rectius* dei soli obiettivi) di prevenzione degli abusi e di contrasto alle discriminazioni contenute nelle clausole 4 e 5 dell’accordo-quadro, si può convenire che il significato che il comma 01 può arrivare ad assumere nell’ordinamento giuridico nazionale vada ricercato al di fuori di tale perimetro.

In questa prospettiva può assumere un valore significativo la connessione, alquanto esplicita dal punto di vista lessicale e peraltro già rilevata da diversi commentatori, tra l’attuale testo del comma 01 introdotto dall’art. 1, comma 9, lett. *a*, della l. n. 92/2012 e la previsione contenuta nelle disposizioni generali della stessa legge Monti-Fornero sul rilievo prioritario di un contratto, quello a tempo indeterminato, per il quale l’essere “forma comune” di rapporto di lavoro implica l’attribuzione e la conservazione, che al legislatore compete di promuovere e salvaguardare, della posizione di “contratto dominante” (come previsto dall’art. 1, comma 1, lett. *a*, della l. n. 92/2012)¹⁴. Una posizione, è possibile soggiungere, al cui mantenimento dovrà apparire protesa anche la futura legislazione delegata emanata in attuazione delle deleghe del *Jobs Act*, stante la già richiamata enunciazione dei principi e criteri direttivi della delega.

Una volta assodato, dunque: a) che il riconoscimento del contratto a tempo indeterminato come forma comune del rapporto di lavoro rappresenta, nella direttiva 99/70, una premessa generale che non aggiunge contenuti puntuali ulteriori rispetto alla non discriminazione e alla prevenzione degli abusi; b) che, tuttavia, il legislatore italiano, recependo tale riconoscimento nell’ordinamento ha voluto conferirgli un significato e una rilevanza, ossia una prescrittività autonome nel nostro ordinamento positivo; c) che fino all’emanazione del d.l. n. 34/2014 tale rilevanza è stata identificata con l’eccezionalità delle ipotesi giustificative del contratto a tempo determinato; diviene allora possibile formulare alcune considerazioni ulteriori in merito ai significati che possono essere assegnati a tale disposizione a seguito dell’importante cambiamento immesso nel quadro generale della disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato dal d.l. n. 34/2014.

¹⁴ Da ultimo, su tale connessione, F. CARINCI, *op. cit.*, 20 del dattiloscritto.

6. Le molteplici forme di salvaguardia e promozione del “contratto dominante”

Come già evidenziato, la premessa di fondo da cui può prendere le mosse ogni possibile approfondimento in questo senso è quella che identifica nel comma 01 dell’art. 1 non una semplice premessa dichiarativa, bensì l’assunzione di un vincolo teleologico da parte del legislatore italiano ad adottare le misure che, al di là della mera attuazione dei vincoli posti dalla direttiva, siano dirette alla conservazione della posizione “dominante” da parte del contratto di lavoro a tempo indeterminato come “forma comune” di rapporto di lavoro.

In altri termini, il comma 01 appare leggibile come l’individuazione di una generale linea di coerenza della disciplina legislativa in materia di contratto di lavoro a tempo determinato e degli istituti ad esso collegati, che il legislatore vuole protesi verso un obiettivo ulteriore e più ambizioso rispetto ai vincoli scaturenti dalla direttiva 99/70¹⁵.

In questa considerazione e nel riconoscimento della sua perdurante attualità non c’è molto di nuovo con riferimento al “cosa”, ossia al significato della prescrizione, dovendosi, semmai, riflettere sul “come”, ossia sulla diversa metodologia a cui il legislatore dà mostra, oggi, di voler ricorrere per la realizzazione di questo obiettivo: nel senso che la posizione dominante del contratto a tempo indeterminato non viene più perseguita attraverso l’“eccezionalità” del ricorso al lavoro a tempo determinato mediante la delimitazione delle ragioni giustificative (anche) del primo contratto, bensì con l’assunzione dell’acausalità quale connotato generale dell’istituto accompagnato, tuttavia, e si potrebbe dire controbilanciato, simultaneamente, dalle generali delimitazioni quantitative enunciate nel secondo e terzo periodo del nuovo comma 1 nonché, in via convergente, da un rafforzamento del regime incentivante. Previsioni normative tutte operanti in funzione di “sponda” del sistema di prevenzione degli abusi e parallelamente volte, unitamente a quest’ultimo, verso l’obiettivo della conservazione del ruolo e del rafforzamento del contratto dominante.

Una prima presa di posizione interpretativa che sembra porsi in linea con questa lettura è quella assunta dal Ministero del lavoro nella risposta ad interpello dello scorso 2 dicembre in materia di derogabilità dei limiti quantitativi definiti in applicazione dell’art. 1, comma 1, e dell’art. 10, comma

¹⁵ Per notazioni nello stesso senso, tra i commenti alla nuova disciplina del contratto a termine, M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 212, 4-5.

7, del d.lgs. n. 368/2001 ad opera dei contratti di prossimità stipulati ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011.

Dopo aver richiamato (in verità, superflualmente) i vincoli teleologici interni all'art. 8 ai quali in ogni caso i contratti di prossimità debbono conformarsi, la Direzione generale per le attività ispettive ha posto in risalto come «i contratti di prossimità siano abilitati ad intervenire con discipline che, ad ogni modo, non mettano in discussione il rispetto della cornice giuridica nella quale vanno ad inserirsi», inclusa la previsione contenuta nel comma 01 dell'art. 1. Di qui la conclusione secondo cui «l'intervento della contrattazione di prossimità non potrà comunque rimuovere del tutto i limiti quantitativi previsti dalla legislazione o dalla contrattazione nazionale, ma esclusivamente prevederne una diversa modulazione».

Il Ministero ha confermato, quindi, la valenza di super-criterio interpretativo e di generale vincolo di coerenza del comma 01, puntualizzando come l'interpretazione e l'applicazione delle norme connesse al d.lgs. n. 368/2001, inclusa la previsione legislativa in materia di contratti di prossimità, non possa condurre a risultati che si pongano in contrasto con l'idea guida del contratto a tempo indeterminato come forma comune e si orientino, viceversa, nella direzione di un'incondizionata fungibilità delle due figure contrattuali.

7. Alcune conferme fattuali della visione del contratto a termine come veicolo d'accesso al contratto a tempo indeterminato. Prospettive e problematicità rinvenibili nella l. n. 183/2014 e nel disegno di legge di stabilità per l'anno 2015

Sulla rispondenza di questo nuovo assetto – rispondenza da valutare non tanto, a me pare, ai vincoli di matrice europea quanto con riferimento alla conformità a ragionevolezza di tale modalità di esercizio della discrezionalità legislativa – il dibattito rimane comunque aperto, come attestato dai primi commenti alla nuova disciplina¹⁶ e proseguirà certamente grazie ai molti nuovi studi in preparazione¹⁷. In questa sede ci si può limitare a segnalare alcuni profili che possono prestarsi ad essere sviluppati nell'ambito di queste trattazioni.

¹⁶ Il riferimento è, in particolare, al recente saggio di M. BROLLO, *op. cit.*, 566 ss., in chiusura del quale si osserva come la nuova normativa «potrebbe risultare foriera di impegnativi nodi critici [...] sia con i principi costituzionali interni ed europei; sia con il (conservato) principio della natura “comune” del rapporto di lavoro a tempo indeterminato» (589).

¹⁷ Per spunti in argomento, recentemente, A. PRETEROTI, *La violazione dei limiti quantitativi tra sanzione amministrativa e conversione del contratto*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura

Un primo aspetto, si diceva, è quello della eventuale valutazione di ragionevolezza del nuovo bilanciamento di interessi operato dal legislatore del 2014 in relazione, come già sottolineato da altri, al mantenimento del comma 01 all'interno del microsistema legislativo del contratto a tempo determinato e al perdurante riconoscimento del rilievo prioritario del contratto dominante, espressamente confermato nella legge-delega in cui si sostanzia l'avvio della seconda fase del progetto *Jobs Act*¹⁸.

Tale ragionevolezza potrebbe essere revocata in dubbio da coloro i quali, sino al recente passato, hanno ritenuto sussistente una saldatura apparentemente imprescindibile tra il principio del contratto a tempo indeterminato come forma comune dei rapporti di lavoro e l'eccezionalità delle ipotesi giustificative del contratto a tempo determinato.

Va, tuttavia, evidenziato che una siffatta valutazione, eventualmente da svolgersi nelle forme del giudizio di costituzionalità sulla base del parametro costituito dall'art. 3 Cost. non potrebbe essere limitata al perimetro delle innovazioni introdotte nel corpo del d.lgs. n. 368/2001, ma dovrebbe prendere in considerazione l'intero gruppo delle misure attraverso le quali il legislatore continua a coltivare la finalità di promozione e consolidamento del ruolo prioritario del contratto di lavoro a tempo indeterminato, comprensivo tanto delle previsioni in materia di contrasto agli abusi, quanto di quelle in materia di incentivazione economica del ricorso al contratto di lavoro a tempo indeterminato, anche attraverso la conversione di contratti a tempo determinato¹⁹.

di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato. Atto I*, Giappichelli, 2014, spec. 72, il quale individua nel riconoscimento del contratto di lavoro a tempo indeterminato come forma comune del rapporto di lavoro un argomento a sostegno dell'interpretazione che fa discendere dalla violazione dei limiti quantitativi ex artt. 1, comma 1, e 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001 la conseguenza della conversione a tempo indeterminato, accanto alla sanzione amministrativa pecuniaria espressamente prevista dall'art. 5, comma 4-*septies*, del d.lgs. n. 368/2001, aggiunto dal d.l. n. 34/2014.

¹⁸ A tal proposito, si vedano le considerazioni nella premessa di G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, XVI, il quale valuta come "esiguo" il sostegno ora riservato alla "forma comune" di assunzione a tempo indeterminato, reputando che il perseguimento di questa finalità dovrà essere prioritariamente affidato alla nuova disciplina del contratto unico a tutele crescenti prefigurato dalla legge-delega.

¹⁹ E già in questo senso e in questa prospettiva appaiono a maggior ragione condivisibili oggi le considerazioni formulate un paio di anni fa da L. ZAPPALÀ, *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Giappichelli, 2012, 143-144, secondo la quale il principio del contratto a tempo indeterminato come forma comune dovrebbe essere letto, più che attraverso l'attribuzione di una portata regolativa diretta, come destinato a fungere «da bussola e da necessario criterio

A tal proposito è utile rammentare come nell'ambito della generale categoria teorica dello scrutinio di ragionevolezza operato dalla Corte costituzionale, sia stato anche recentemente sottolineato²⁰ come una delle particolari figure nelle quali tale categoria viene ad estrinsecarsi sia rappresentata dalla valutazione di coerenza degli interventi legislativi, intesa come rispondenza logica della norma rispetto al fine perseguito dalla legge ovvero alla sua *ratio*. Una rispondenza che come è stato anche recentemente evidenziato, va verificata non solo rispetto a singole componenti dell'impianto normativo, bensì con riferimento all'intero sistema e, deve aggiungersi, con riferimento alla complessiva portata dell'intervento legislativo sul sistema suddetto²¹.

Un secondo profilo connesso al primo parte da una precisazione fattuale e come tale apparentemente irrilevante, ma appare viceversa di grande utilità per comprendere i reali elementi dimensionali del fenomeno su cui questo nuovo apparato normativo appare destinato ad incidere.

Pur essendo un aspetto apparentemente pre-giuridico non si tratta di un risvolto assolutamente influente proprio ai fini della valutazione della coerenza tra gli obiettivi perseguiti dal legislatore e le misure da questi adottate.

Si allude al fatto che le finalità di salvaguardia della forma comune di rapporto di lavoro mediante la promozione del rilievo prioritario del contratto dominante evocano necessariamente un raffronto tra diversi ordini di grandezze, sicché in questo più che in altri casi il conseguimento dello scopo normativamente prefissato non sembra dissociabile da una misurazione degli effetti delle nuove norme. Misurazione che, per inciso e per completezza dell'impianto legislativo, sarebbe auspicabile vedere inserita tra i contenuti dei decreti attuativi, quale possibile esplicitazione del modello di "esperimento istituzionale" delineato da Pietro Ichino nella relazione introduttiva al

ispiratore della disciplina, vincolando finalisticamente i legislatori nazionali ad adottare regolamentazioni che, pur con modalità diversificate, garantiscano il risultato ultimo di mantenere il lavoro a termine nell'alveo di una sfera limitata» (corsivo dell'A., ndr).

²⁰ Si veda CORTE COSTITUZIONALE – SERVIZIO STUDI, [I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle corti europee](#), 2013, con particolare riferimento al contributo di M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 7.

²¹ In questo senso si veda C. cost. 24 gennaio 2007, n. 3, nella cui motivazione il giudice delle leggi ribadisce che «la valutazione della ragionevolezza del sistema attuato dalla norma censurata deve essere operata tenendo conto del complessivo intervento del legislatore», e già, in precedenza, C. cost. 20 aprile 1997, n. 84.

Convegno di qualche anno fa sulla valutazione degli effetti della legislazione del lavoro²².

A questo proposito, un dato frequentemente richiamato nei discorsi sulle misure di contrasto alla precarietà (e frequentemente evocato, va detto, a sostegno dell'idea del progressivo indebolimento del ruolo del contratto a tempo indeterminato quale forma comune di rapporto di lavoro, a dispetto degli intenti professati dal legislatore) è quello sulla graduale crescita della percentuale dei contratti di lavoro a tempo determinato rispetto al totale delle nuove assunzioni.

Come segnalato anche recentemente nelle analisi condotte dagli economisti del lavoro la constatazione, incontrovertibile con riferimento ai dati di flusso, richiederebbe tuttavia di essere accostata alle indicazioni relative ai dati di stock, che ancora oggi confermano largamente la posizione dominante del contratto a tempo indeterminato²³. Al contempo si pone in evidenza che l'aumento dell'incidenza percentuale del contratto a tempo determinato rispetto al flusso delle nuove assunzioni non ha di per sé un'incidenza negativa sui tassi di trasformazione.

L'incremento percentuale del contratto a tempo determinato in termini di flusso, pertanto, non rappresenta, preso a sé stante, un dato negativo rispetto alla “dominanza” del contratto a tempo indeterminato; al contrario, tale crescita potrebbe costituire un'utile trampolino di lancio per quest'ultima tipologia contrattuale, soprattutto in presenza di un adeguato regime incentivante²⁴.

L'adeguatezza, tanto quantitativa quanto sistematica di tale regime implicherebbe fisiologicamente la salvaguardia, in tutti gli interventi legislativi di concessione di agevolazioni ai datori di lavoro che assumano con contratti stabili, del “racordo virtuoso” tra il contratto di lavoro a termine e il contratto di lavoro a tempo indeterminato. Un coordinamento che appare opportuno verificare e mettere adeguatamente a punto, viste le iniziali ambiguità, con riferimento alla nuova previsione incentivante contenuta nel disegno di legge di stabilità 2015 attualmente in discussione al Senato, che riconosce per tre anni, nella sua attuale versione, l'esonero contributivo totale per la quota di contributi a carico dei datori di lavoro e nei limiti di un massimo di 8.060 euro

²² P. ICHINO, *Come il metodo sperimentale può contribuire al progresso del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, n. 3, I, 394.

²³ L. CAPPELLARI, M. LEONARDI, *Lavoro: gli scenari dopo il decreto Poletti*, in *Lavoce.info*, 2 settembre 2014.

²⁴ In argomento, E. CIANI, G. DE BLASIO, *A volte funzionano: i sussidi alla stabilizzazione dei precari*, in *Lavoce.info*, 24 giugno 2014.

annui «con riferimento alle nuove assunzioni a tempo indeterminato» che saranno effettuate entro il 31 dicembre 2015.

È vero che appaiono esplicitamente escluse dalla misura incentivante le sole assunzioni di lavoratori già occupati «a tempo indeterminato» nei sei mesi precedenti all'assunzione; ma il fatto che non venga espressamente previsto il riconoscimento dell'agevolazione anche per le trasformazioni da tempo determinato a tempo indeterminato, unitamente alla prospettiva, già paventata in alcuni primi commenti giornalistici, che l'espressione “nuove assunzioni” possa essere interpretata in senso restrittivo, ossia come necessaria assenza di pregressi rapporti lavorativi, anche flessibili, tra le parti, potrebbe determinare un problematico momento di discontinuità rispetto alle impostazioni sin qui seguite. L'effetto da evitare, in sostanza, è che la nuova norma renda preferibile rispetto alla prospettiva della trasformazione la “rottamazione” dei contratti a termine in essere al 31 dicembre 2014, vale a dire la loro mancata conversione in favore dell'assunzione *ex novo* di prestatori di lavoro certo probabilmente giovani, ma sino a questo momento rimasti distanti dalle dinamiche della flessibilità e dai carichi anche esistenziali e psicologici della precarietà.

A prima vista non parrebbe che tale ipotetica e pur criticabile delimitazione dell'ambito di applicazione degli incentivi, in quanto comunque diretta a privilegiare l'accesso al “contratto dominante” possa dar luogo a dubbi sul versante del ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa. Ma questa prima impressione meriterebbe comunque di essere ulteriormente verificata se la formulazione definitiva e l'interpretazione della norma si assestassero su questa linea di esclusione; una verifica che apparirebbe giustificata dall'implicazione, indubbiamente paradossale anche al di là di ogni valutazione giuridico-formale, di una collocazione dei lavoratori a tempo determinato in una posizione “svantaggiata” ossia arretrata e meno favorita rispetto alle “nuove assunzioni”, lungo il difficile e spesso accidentato percorso di avvicinamento al regime garantistico (qualunque forma esso sia destinato ad assumere nella prospettiva dell'attuazione della legge-delega) del contratto a tempo indeterminato. Una implicazione paradossale perché si risolverebbe in una parziale e non condivisibile sconfessione di quell'impostazione, elaborata in ambito europeo, che identifica proprio nel contratto di lavoro a tempo determinato uno dei fondamentali percorsi di avvicinamento alla forma comune del rapporto di lavoro.

Vincoli e sanzioni nel ricorso al contratto a termine: forma e tetti agli organici

di Piera Campanella

1. *Ratio* e contenuti della riforma: limiti al contratto a termine e tetti agli organici

Uno sguardo rapido e complessivo al testo legislativo di riforma del contratto a termine¹ induce quantomeno a due osservazioni di fondo, concernenti, l'una,

¹ Tra i numerosi contributi si veda: F. CARINCI, *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, Working Paper ADAPT, 15 ottobre 2014, n. 164, 1 ss.; F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I. Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78*, ADAPT University Press, 2014, 1 ss.; E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *LG*, 2014, n. 5, 429 ss.; E. GRAGNOLI, *La nuova regolazione del contratto a tempo determinato e la stabilità del rapporto di lavoro: introduzione*, e G. LEONE, *L'utilizzo vincolato del contratto a tempo determinato: cronaca di una morte annunciata*, entrambi in *RGL*, 2014, n. 4, I, 679 ss. e, rispettivamente, 729 ss.; M. BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, n. 3, I, 566 ss.; M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 212, 1 ss.; L. ZOPPOLI, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 213, 1 ss.; A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine. Aggiornato alla legge 16 maggio 2014, n. 78*, Giappichelli, 2014; T. TREU, *Jobs Act: prime note*, in *DPL*, 2014, n. 17, 979 ss.; M. MISCIONE, *"Jobs Act" con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega*, in *LG*, 2014, n. 4, 305 ss.; V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 233, 1 ss.; A. GARILLI, *Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 226, 1 ss.; M. DE LUCA, *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su Jobs act e dintorni)*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n.

la *ratio*, l'altra, i contenuti della riforma stessa. Entrambe possono costituire un valido punto di partenza per interrogarsi su vincoli di forma e c.d. tetti agli organici nell'ultima, innovativa disciplina del lavoro a tempo determinato².

Sul versante della *ratio*, rileva l'obiettivo di procedere a una «semplificazione delle disposizioni in materia di contratto a termine», secondo quanto recita la stessa rubrica dell'art. 1, d.l. n. 34/2014. V'è da chiedersi, tuttavia, se e in quali termini un simile obiettivo³, concepito addirittura quale *conditio sine qua non* per «generare una nuova occupazione, in particolare giovanile», ed elevato, quindi, a fondamento della «straordinaria necessità ed urgenza» dell'intervento normativo in argomento, abbia trovato concreta ed effettiva traduzione. Ciò specie alla luce della tecnica utilizzata dal legislatore, che ha inteso innovare il regime giuridico pregresso attraverso «una semplice incisione chirurgica»⁴ nell'ambito di un testo normativo già frutto, a propria volta, di successive, complesse e problematiche stratificazioni. Si è parlato di

217, 1 ss.; G. VIDIRI, *Il contratto a termine: l'eterna ricerca della flessibilità in entrata ed il Job Act*, 2014, dattiloscritto, 1 ss.; L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *ADL*, 2014, n. 6, I, 1221 ss.; ASSOCIAZIONE LAVORO & WELFARE, *Il decreto Lavoro. Opinioni a confronto*, in *LavoroWelfare – Per un nuovo riformismo*, 2014, n. 4, 3 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 220, 1 ss.; R. COSIO, *Il decreto Poletti. La dubbia conformità all’ordinamento dell’Unione europea*, 2014, dattiloscritto, 1 ss.; M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University Press, 2014, 1 ss.; E. BARTOLAMEI, L. DI STEFANO, L. MATRUNDOLA (a cura di), [La riforma infinita alla prova del Jobs Act, QFMB – Ricerche](#), 2014, n. 2, 2 ss.; P. PASCUCCI, *I principali contenuti del disegno di legge delega in materia di lavoro attualmente in discussione in Parlamento. La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato (d.l. n. 34/2014)*, Relazione al Convegno *Jobs act. Innovazioni recenti e annunciate in materia di lavoro*, Fondazione Forense di Pesaro - Confindustria di Pesaro e Urbino, Pesaro, 13 ottobre 2014, dattiloscritto, 1 ss.

² Il carattere innovativo della nuova disciplina è unanimemente riconosciuto: si veda comunque, V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, in ASSOCIAZIONE LAVORO & WELFARE, *op. cit.*, 30; P. ALBI, *Le modifiche al contratto a termine*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, 112.

³ Sulla cui più generale declinazione all'interno del *Jobs Act* si veda O. BONARDI, *Il Jobs Act e il paradigma della semplificazione*, e M. BROLLO, *Brevi note sulla “semplificazione” nel jobs act*, entrambi in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), [Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.Collective Volumes, 2014, n. 3, rispettivamente 57 ss. e 77 ss.

⁴ M. MAGNANI, *op. cit.*, 3.

una «tecnica del novellare “a spizzichi e bocconi”, [...] senza farsi carico del coordinamento tra vecchio e nuovo»⁵.

Se la «semplificazione» implica – com'è inevitabile che sia – «qualità e certezza delle regole», le quali «sono una leva essenziale [...] per la “civile convivenza” e la “tranquillità dei cittadini” ([...] Corte Cost. n. 155/1990)», nonché «per la competitività del Paese»⁶, ebbene, l'obiettivo principale del legislatore sembra essere stato in buona parte tradito.

Si è “semplificato” solo nel senso che, tramite la “liberalizzazione” dell'istituto, si è ridimensionato il contenzioso e sottratto spazio alla magistratura⁷, ma ciò non senza un forte aggravio in termini di incertezza ermeneutica del testo⁸. Ne costituisce riprova proprio la materia dei “tetti agli organici”, oggetto di una nuova disciplina (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a, n. 1, d.l. n. 34/2014 convertito dalla l. n. 78/2014), destinata, però, a convivere problematicamente con quella vecchia⁹ (art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001, non toccato dalla novella legislativa).

Sul versante dei contenuti, la riforma conferma la persistenza di vincoli alla stipulazione di contratti a tempo determinato. Tuttavia, detti vincoli:

- a) appaiono quasi sempre derogabili dalla contrattazione collettiva (art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001; art. 2-*bis*, comma 3, d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014; sulla derogabilità, invece, dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, si veda *infra*, § 3) o addirittura inapplicabili a talune particolari ipotesi di contratti a termine (v. artt. 1, comma 4, e 10, commi 5-*bis* e 7, lett. a, b e c, d.lgs. n. 368/2001);
- b) risultano assistiti da un incerto apparato sanzionatorio, come ben emerge dalla controversa applicabilità della sanzione della “conversione” nell'ipotesi di violazione dei c.d. tetti agli organici (si veda *infra*, § 5);
- c) non assumono mai la valenza di vincoli sostanziali alla stipulazione del singolo contratto di lavoro a tempo determinato e, pertanto, ben possono convivere con quella che è la vera grande novità della riforma, cioè il ritorno alla regola di libera apposizione del termine¹⁰ (si veda *infra*, § 2).

⁵ F. CARINCI, *op. cit.*, 29.

⁶ M. BROLLO, *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, cit., 566.

⁷ D. GOTTARDI, *Osservazioni alla nuova disciplina sul contratto a termine*, in ASSOCIAZIONE LAVORO & WELFARE, *op. cit.*, 22.

⁸ F. CARINCI, *op. cit.*, 29.

⁹ G. TOLVE, [Decreto legge n. 34/2014: le incoerenze della normativa sul contratto a termine](#), in *Boll. ADAPT*, 31 marzo 2014, n. 13, 1.

¹⁰ E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, cit., 429 ss.

Proprio in questo consiste, in effetti, la c.d. a-causalità del contratto a tempo determinato: nel fatto che detta apposizione è oggi devoluta alla piena autonomia negoziale delle parti, per lo più con prevalenza della volontà di chi domanda lavoro, cioè della parte più forte sul mercato, dato il *surplus* di offerta cui si assiste, specie in periodi di crisi.

2. Il limite quantitativo percentuale e la tutela indiretta del prestatore

Se la durata del termine è vincolata al tetto massimo dei «trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe» (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001), ne è, invece, libera l'apposizione.

Questo è a tal punto vero che il legislatore non trascura le possibili conseguenze di ciò, vale a dire, il problema di un uso, da parte dei datori di lavoro, eccessivo di questa libertà – più che abusivo in senso stretto, vista l'assenza di un fine, cui l'apposizione del termine è strumentale – con il rischio di una inammissibile “precarizzazione” della manodopera e di una violazione del valore della stabilità occupazionale, protetto dall'ordinamento giuridico interno e comunitario.

Per evitare di scalfire, allora, la regola di libera apposizione del termine, il problema viene risolto attraverso la previsione di un limite quantitativo, che rimane esterno ed estraneo al singolo negozio, avendo riguardo allo *stock* di occupazione presente in ciascuna organizzazione produttiva, dunque, di riflesso, all'interno del mercato del lavoro nel suo complesso¹¹. Così, «fatto salvo quanto disposto dall'articolo 10, comma 7», si stabilisce che «il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro», ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, non possa «eccedere il limite del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione», mentre «per i datori di lavoro che occupano fino a 5 dipendenti» sarà «sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato».

Al di là delle difficoltà di accertare l'effettivo rispetto di un tal limite¹², a rilevare è soprattutto il fatto che la tutela accordata al prestatore risulta di tipo

¹¹ Per una valutazione positiva T. TREU, *op. cit.*, 979.

¹² L. MENGHINI, *op. cit.*, 1240 e nota 52, che, con richiamo anche a P. ALLEVA, *Decreto legge 24/2014: improponibilità etica, illegittimità giuridica e possibili modifiche*, in [Il Manifesto](#), 25 marzo 2014, lamenta come il legislatore non precisi «chi dovrà attivarsi e con quale procedura. Sono i Centri per l'impiego che conoscono la composizione degli organici delle aziende private? Come potranno le RSU fare i loro calcoli? Le imprese sono tenute a dare loro

indiretto, perché spostata tutta sul terreno del mercato del lavoro. Si tratta, in altri termini, di una protezione che non è tarata direttamente sul singolo dipendente, tant'è vero che nulla esclude, almeno in teoria, l'assunzione all'infinito di uno stesso lavoratore con più contratti di 36 mesi (purché) per mansioni non equivalenti (art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001), se non il limite civilistico generale della frode alla legge (art. 1344 c.c.).

Allo stesso modo, non è impedito al datore di ricoprire un medesimo posto di lavoro tramite una successione di contratti a termine, conclusi, uno dopo l'altro, con diversi prestatori, fatto salvo, ovviamente, il rispetto del limite percentuale complessivo indicato dalla legge (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001), ove applicabile (v. infatti le ipotesi eccettuate dall'art. 10, commi 5-*bis* e 7, d.lgs. n. 368/2001).

3. I c.d. tetti agli organici: il rapporto tra legge e contratto collettivo

Veniamo ora a quello che, in materia di c.d. tetti agli organici, è stato battezzato come il primo nodo ermeneutico, ossia la questione delle fonti deputate a individuare questi stessi “tetti”. Qui, come già visto, siamo al cospetto del nuovo art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, che fissa *ex lege* una proporzione del 20% tra lavoratori a termine e a tempo indeterminato in ciascuna impresa e precisa che il datore con un numero di dipendenti fino a 5 può sempre assumere un prestatore a termine¹³.

Questa nuova disciplina deve, tuttavia, convivere – lo si anticipava – con la vecchia: in particolare, con l'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001, che mantiene inalterato il rinvio «ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi» per «la individuazione, anche in maniera non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato».

informazioni sul punto? [...] Quindi, è molto rilevante che la norma di legge sia integrata con una serie di ulteriori disposizioni ed al riguardo mi pare intelligente la proposta di [...] Alleva di mettere a punto un sistema di monitoraggio accessibile a tutti, una sorta di anagrafe pubblica dei rapporti di lavoro. Altrimenti il limite del 20% avrà qualche effetto, ma sarà preso alla leggera».

¹³ Si tenga presente che la percentuale non si applica alla somministrazione di lavoro, per la quale vige solo l'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, ai cui sensi «la individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'art. 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368».

Il problema sta nel capire come vadano coordinate le due menzionate previsioni, considerato che qui si sconta il limite di una tecnica normativa non certo all'altezza dell'annunciato obiettivo di semplificazione.

A prima vista, si potrebbe attribuire alla legge una funzione sussidiaria e residuale¹⁴. In quest'ottica, il tetto legale sarebbe deputato a intervenire solo nell'assenza di percentuali liberamente fissate dal contratto collettivo¹⁵, ferma restando, comunque, la possibilità di stipulare sempre un contratto a termine «per i datori i quali occupino fino a 5 dipendenti».

È lecito, tuttavia, domandarsi se davvero possa essere questo il senso di un precetto formulato in termini imperativi e posto in apertura del decreto legislativo, sì da consacrare la persistenza di limiti legali ben precisi al contratto a tempo determinato, pur in un contesto di ormai libera apposizione del termine.

In realtà, appare difficile rispondere positivamente a una tal domanda, anche perché il legislatore avrebbe dovuto esprimersi più chiaramente, come ha fatto, ad esempio, per i lavoratori da licenziare collettivamente¹⁶, la cui scelta deve avvenire «nel rispetto dei criteri previsti dal contratto collettivo [...] ovvero, in mancanza di questi contratti, nel rispetto (dei criteri legali) [...] in concorso tra loro» (art. 5, l. n. 223/1991).

È noto che, nel regime pregresso, l'autonomia collettiva era chiamata, *ex art.* 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001, a individuare – tramite percentuali massime di assunzioni a tempo determinato (c.d. regola del “contingentamento”) – limiti ulteriori all'apposizione del termine rispetto a quelli fissati dalla legge¹⁷;

¹⁴ A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 38.

¹⁵ Per la derogabilità assoluta del limite del 20% ad opera della contrattazione collettiva *ex art.* 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001, si è, tuttavia, espressa finora la dottrina maggioritaria: tra i tanti si veda A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 38; M. BROLLO, *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, cit., 584; C. ALESSI, *La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, 97; V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, in ASSOCIAZIONE LAVORO & WELFARE, *op. cit.*, 31; M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 6; cfr. pure la [circ. Min. lav. 30 luglio 2014, n. 18](#).

¹⁶ A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 38, nota 15.

¹⁷ M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, 2006, 170; A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, 2003; G.M. MONDA, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in G. FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, 2008, 271 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368 del 2001*, in *DLRI*, 2007, n. 115, 455 ss.; P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La*

ulteriori perché già il legislatore, con norma generale (vecchio art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001)¹⁸, condizionava le assunzioni a termine alla sussistenza di «ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive» (c.d. causalone). Ebbene, sarebbe davvero singolare offrire una lettura esattamente rovesciata del menzionato art. 10, comma 7, proprio ora che la percentuale del 20% è rimasta l'unico vero baluardo della stabilità occupazionale, introdotto dalla riforma proprio per compensare l'abrogazione della norma generale anzidetta. Del resto, che il limite del 20% non possa essere modificato *ex contractu* in senso più favorevole al datore di lavoro lo dimostra la disciplina, per quanto ermeneuticamente problematica, della fase transitoria. L'art. 2-bis del d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014, a conferma del carattere imperativo dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, stabilisce l'obbligo per i datori di lavoro di «rientrare nel predetto limite entro il 31 dicembre 2014», attribuendo sì ai contratti collettivi (anche aziendali) la legittimazione a fissare un limite percentuale più favorevole all'impresa, ma unicamente in funzione della messa a regime della riforma¹⁹.

Certo è che, se si ammettesse la derogabilità *in peius* della sopramenzionata percentuale legale, le prospettive non sarebbero tanto rosee per le persone in cerca di stabilità occupazionale²⁰. Questo appare chiaro ove si consideri la tradizionale tendenza dei sindacati ad assecondare, sul piano negoziale, le richieste imprenditoriali di più accentuata flessibilità contrattuale degli *outsiders* (inoccupati e disoccupati) in cambio di un qualche vantaggio per gli *insiders* (i lavoratori già occupati)²¹. Il che spiega pure perché mai la

contrattazione gestionale e di rinvio, Giappichelli, 2005, 195 ss.; P. PASSALACQUA, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione del lavoro a termine*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, 2002, 398 ss.; P. CAMPANELLA, *Contrattazione collettiva e lavoro a termine*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, Giuffrè, 2003, 597 ss.

¹⁸ Sull'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, come "norma generale", si consenta di rinviare a P. CAMPANELLA, [Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro](#), relazione al convegno [Clausole generali e diritto del lavoro – Giornate di Studio Aidlass 2014](#), Roma, 29-30 maggio 2014, 41 ss., in www.aidlass.it.

¹⁹ Cfr., sia pur dubitativamente sul punto, le osservazioni di M. MAGNANI, *op. cit.*, 33; ma diversamente A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 39, pur con l'ammissione che, così disponendo, il legislatore si sia quantomeno complicato «la vita da solo».

²⁰ Si accentuerebbero, al tempo stesso, i problemi di compatibilità con il diritto comunitario, come ben osserva F. CARINCI, *op. cit.*, 33.

²¹ E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, cit., 434, il quale sottolinea che «il controllo sociale immaginato dalla l. n. 56 del 1987 ha avuto scarso successo, in quanto i contratti sono stati spesso molto inclini

contrattazione collettiva sia talora giunta a stabilire percentuali di assunzione a termine ben più alte di quelle oggi fissate *ex lege*²², con conseguente abbandono di ogni pretesa a porre un serio argine alla “precarizzazione” della manodopera nel mercato del lavoro italiano.

4. Segue: gli ulteriori problemi e il livello di contrattazione interessato alla fissazione dei limiti

Sempre in materia di limiti percentuali, si segnalano ulteriori nodi ermeneutici. Alcuni appaiono nuovi e sono stati affrontati in un’apposita circolare amministrativa, con soluzioni, peraltro, non sempre cristalline e condivisibili²³. Altri risultano vecchi: si pensi solo alla questione della “contrattazione separata”, con tutto il suo carico di incertezza e complessità, che la nozione di “rappresentatività comparata” non può certo riuscire a sciogliere²⁴.

“Separato” è, ad esempio, il Protocollo d’intesa, sottoscritto il 25 settembre 2014 da Federmeccanica, Assisital, Fim e Uilm, allo scopo di dotare il CCNL del 5 dicembre 2012 (sezione quarta, titolo I) di una clausola, prima assente, “di contingentamento” (art. 4) *ex art.* 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001. La clausola se, da un lato, richiama, in generale, la percentuale legale del 20%, dall’altro, sancisce che il computo della stessa al 31 dicembre debba avvenire «in termini di media nell’arco dell’anno» e delega altresì la contrattazione aziendale a individuare contingenti superiori a quello individuato dal legislatore «quando se ne ravvisi la necessità, per l’esecuzione di un’opera, di un servizio, di una commessa o di un appalto definiti o predeterminati nel tempo».

ad accettare il punto di vista dei datori di lavoro, in cambio di riconoscimenti patrimoniali a favore dei lavoratori in servizio».

²² Per un elenco casistico a riguardo, si veda la [Denuncia alla Commissione Europea per la violazione da parte della Repubblica Italiana di obblighi derivanti da fonti normative dell’Unione Europea](#), in *CSDLE Newsletter*, 8 agosto 2014, n. 17, 24, presentata dalla Cgil nei confronti del d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014; in dottrina, da ultimo, per un’accurata ricostruzione delle scelte contrattuali sul punto, si rinvia ad A. PIZZO FERRATO, *Il contratto a termine dopo il Jobs Act – atto I: l’insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva*, in questo volume.

²³ Si veda la [circ. Min. lav. n. 18/2014](#), cit.

²⁴ Sulle origini e il significato della nozione di “rappresentatività comparata” sia consentito rinviare a P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, 2000, 155 ss.

Si fa propria, così, non solo un'interpretazione dell'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001 come norma derogabile anche *in peius* da parte dell'autonomia sindacale, ma altresì, e al tempo stesso, una lettura del rinvio, ivi contenuto, ai «contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi» quale rinvio alla contrattazione collettiva nel suo complesso, con possibilità quindi per lo stesso contratto aziendale di intervenire a riguardo, (purché) su delega del CCNL²⁵.

Ora, sebbene il decentramento “controllato dall'alto” meriti favore, per la sua capacità di rispondere alle specificità aziendali senza rischi di frammentazione eccessiva del sistema di relazioni industriali, deve ritenersi che esso non trovi reale spazio nell'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001. Lo dimostra il tenore letterale della norma e, insieme, l'art. 2-*bis* del d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014, il quale, a proposito di limiti percentuali, chiama in causa sì il «contratto collettivo applicabile nell'azienda», ma solo con riferimento alla disciplina della fase transitoria (comma 3); sicché, ove una *chance* di intervento vi fosse per la negoziazione decentrata nella fase a regime, essa dovrebbe esprimersi giocoforza nelle forme, a dir poco problematiche della contrattazione di prossimità *ex* art. 8, d.l. n. 138/2014, convertito dalla l. n. 148/2014²⁶.

5. *Segue: la sanzione della “conversione”*

Giungiamo così all'ultimo nodo ermeneutico in materia di c.d. tetti agli organici, cioè quello delle conseguenze connesse alla loro inosservanza. Qui il discorso si fa delicato, per la presenza di una nuova sanzione amministrativa (art. 5, comma 4-*septies*, d.lgs. n. 368/2001), che i lavori parlamentari attestano esser stata introdotta con intenti di semplificazione: in particolare, a scopi sostitutivi della nullità e della conseguente “conversione” del contratto a termine in uno a tempo indeterminato²⁷.

²⁵ A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 43, e già P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, cit., 204-205.

²⁶ Su cui si veda almeno V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 479 ss.; F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, 2012.

²⁷ Cfr. l'[ordine del giorno G/1464/22/11](#) accolto dalla Commissione Lavoro, ove si sollecita il Governo «ad adottare atti interpretativi utili a chiarire che in ogni caso i contratti a termine

A dispetto degli intenti, tuttavia, la previsione rischia di produrre effetti del tutto antitetici, stanti i dubbi e le incertezze che sono scaturiti.

Ci si è domandati, anzitutto, se la sanzione amministrativa sia deputata a intervenire anche nell'ipotesi di superamento del mero limite percentuale fissato dai contratti collettivi *ex art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001*. Il problema potrebbe effettivamente presentarsi ogni qualvolta il tetto negoziale agli organici fosse fissato in misura inferiore al 20% e la sua violazione non importasse, pertanto, automaticamente, il superamento del tetto legale.

Nonostante qualche perplessità²⁸, l'interrogativo dovrebbe meritare risposta positiva, perché, se è vero che l'applicazione di una sanzione amministrativa «alla violazione di un contratto collettivo» appare di per sé dubbia e che lo stesso art. 5, comma 4-*septies*, si riferisce al caso di «violazione del limite percentuale di cui all'art. 1, comma 1», è altrettanto vero che quest'ultimo articolo richiama al suo interno anche l'art. 10, comma 7, facendone «salvo» il relativo «disposto», con conseguente estensione anche a quest'ultimo del medesimo apparato sanzionatorio preposto a colpire l'inosservanza dell'art. 1, comma 1²⁹.

Ci si è, poi, chiesti cosa ne sarà ora del meccanismo della “conversione”, già chiamato a sanzionare il superamento dei limiti percentuali dell'art. 10, comma 7³⁰.

oggetto della violazione della percentuale consentita sono validi e proseguono fino alla scadenza inizialmente stabilita dalle parti».

²⁸ F. CARINCI, *op. cit.*, 31-32.

²⁹ Si veda anche M. BROLLO, *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, cit., 588, nota 31.

³⁰ Cass. 19 gennaio 2010, n. 839, in *RGL*, 2010, n. 4, II, 678, con nota di L. MENGHINI, *Disciplina del lavoro a termine ed efficacia concreta di alcune norme: limiti numerici e frode alla legge*; Trib. Monza 6 ottobre 2009, *ivi*, n. 1, II, 188, con nota di F. AIELLO, *Accordi separati: casi di prevalenza della precedente disciplina unitaria*; in dottrina L. MENGHINI, *Il lavoro a tempo determinato*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, 2007, 1269 ss.; M. NAPOLI, *op. cit.*, 170 ss.; P. PASSALACQUA, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione del lavoro a termine*, cit., 398 ss.; L. DI PAOLA, I. FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, 2011, 361 ss.; A. BELLAVISTA, *Lavoro a termine e contrattazione collettiva*, in A. BELLAVISTA, A. GARILLI, M. MARINELLI (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133. Privato e pubblico a confronto*, Giappichelli, 2009, 31 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Attuazione della direttiva n. 70/99/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso dall'UNICE, dal CEP e dal CES (d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368)*, in *NLCC*, 2002, n. 1, 28 ss.; R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato. Dalla L. n. 230/1962 al D.Lgs. n. 368/2001*, Giuffrè, 2001, 251 ss.; *contra* I. ALVINO, *Autonomia collettiva e legge nella regolazione dei rapporti di lavoro a termine*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I*

A riguardo, riesce poco persuasiva l'idea di chi ne ritiene scontato il definitivo superamento³¹. Non sembra, infatti, sufficiente l'introduzione di una sanzione amministrativa come quella dell'art. 5, comma 4-*speties*, per escludere l'operatività delle regole civilistiche generali³²: nella specie, il rimedio della nullità del contratto³³, che consegue alla violazione di qualsivoglia norma imperativa di legge (art. 1418 c.c.) inclusi, dunque, gli artt. 1, comma 1, e 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001, il cui carattere imperativo è indiscusso. Lo conferma, d'altronde – semmai ve ne fosse bisogno – lo stesso art. 2-*bis*, d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014³⁴, laddove sancisce, per la fase a regime, un obbligo del datore di rientro nel limite legale del 20%, qualora contratti collettivi nazionali di lavoro già vigenti – e per questo destinati a conservare efficacia «in sede di prima applicazione» – ovvero contratti collettivi stipulati *ad hoc* per gestire la fase transitoria prevedano diverse (ed evidentemente) più elevate percentuali (commi 2 e 3)³⁵.

rapporti di lavoro a termine, Giuffrè, 2013, 51; S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, 2008, 264 ss.; C. ROMEO, *I limiti percentuali di lavoratori a termine rispetto al numero di lavoratori con contratto a tempo indeterminato e i casi di esclusione*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, 2002, 194 ss.

³¹ Si veda la [Denuncia alla Commissione Europea per la violazione da parte della Repubblica Italiana di obblighi derivanti da fonti normative dell'Unione Europea](#), cit., 24, ove si parla di «assenza della trasformazione del rapporto», sostenendo «la impossibilità, nel caso di superamento dei “tetti quantitativi”, di ottenere la conversione del contratto a termine in un rapporto a t. indeterminato»; in questa prospettiva, sul versante dottrinale, M. MAGNANI, *op. cit.*, 8-9; F. CARINCI, *op. cit.*, 31, sulla scorta dell'*intentio* del legislatore, ma sottolineando «una qualche incoerenza sistematica» a proposito; G. VIDIRI, *op. cit.*, 15 ss.; A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 47; C. SANTORO, *Le nuove sanzioni per il contratto a termine*, in *GLav*, 2014, n. 22, ins., XI ss.; più dubitativi, invece, L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 1239 ss.; P. ALBI, *op. cit.*, 131; M. BROLLO, *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, cit., 589; E. MASSI, [Il Limite percentuale per l'instaurazione di contratti a termine](#), in [www.generazionevincente.it](#), 16 maggio 2014; mantiene, infine, l'assoluto silenzio sul punto la [circ. Min. lav. n. 18/2014](#), cit.

³² E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera opposizione del termine*, cit., 436; G. LEONE, *op. cit.*, 740-741, nonché, in ragione del silenzio del legislatore sul punto, M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 12; M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 31; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *op. cit.*, 6-7.

³³ S'intende quello che per primo eccede il limite percentuale: G. LEONE, *op. cit.*, 741.

³⁴ *Ivi*, 741.

³⁵ Il comma 3 prosegue, sancendo che «in caso contrario, il datore di lavoro», successivamente alla data del 31 dicembre 2014, non potrà «stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato fino a quando non rientri nel limite percentuale di cui al citato art 1, comma 1,

Per la sopravvivenza del meccanismo della “conversione” ci si è espressi, del resto, anche con riguardo all’apprendistato, il cui nuovo apparato rimediale, frutto di un *mix* di sanzioni contributive e amministrative (art. 7, d.lgs. n. 167/2011), non ha impedito ai più di ritenere certe violazioni, come, ad esempio, la mancata erogazione della formazione, passibili della sanzione della trasformazione del negozio in un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato privo di causa mista³⁶.

Attesa, dunque, la nullità del negozio concluso nell’inosservanza delle “quote di contingentamento”, non è arduo, a tal punto, sostenerne la “conversione”, destinata, peraltro, a trovare perdurante ed esplicita conferma nell’ipotesi di «superamento del limite meno stringente e rilevante di una durata complessiva di 36 mesi (art. 5, comma 4-bis), oltre che del periodo di tolleranza» previsto per la continuazione di fatto del rapporto (art. 5, comma 2)³⁷.

Non è arduo, perché la “conversione” – secondo quanto già si ammette rispetto alla violazione delle disposizioni sui divieti e sulla proroga del termine (artt. 3 e 4, d.lgs. n. 368/2001)³⁸ – è ricavabile dall’applicazione delle norme civilistiche di cui agli artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c., ossia da quel principio di conservazione del negozio, il quale è regola generale anzitutto nel diritto privato e viepiù s’impone nel diritto del lavoro, ove la nullità non è mai fine a se stessa, ma è posta a tutela del prestatore, sicché sarebbe palesemente irrazionale farne conseguire la completa liberazione del datore da ogni vincolo contrattuale³⁹.

secondo periodo, del decreto legislativo n. 368 del 2001»; questo divieto è stato interpretato anch’esso come il segno dell’impossibilità di escludere «una conseguenza sanzionatoria interna al vincolo contrattuale»: cfr. P. ALBI, *op. cit.*, 131.

³⁶ Sia consentito il rinvio a P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, Giuffrè, 2013, 238-239, nota 316, e ivi per i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

³⁷ F. CARINCI, *op. cit.*, 31.

³⁸ Si veda [Cass. 2 aprile 2012, n. 5241](#), in [olympus.uniurb.it](#); Trib. La Spezia ord. 28 maggio 2012, n. 533, in *RGL*, 2012, n. 3, II, 509 ss., con nota di S. FERRARIO, *Valutazione dei rischi, specificazione della ragione sostitutiva e legittimità della clausola appositiva del termine*; Trib. Milano 22 aprile 2011 e Trib. Milano 1° febbraio 2011, inedite a quanto consta, tutte relative ad assunzioni a termine compiute da datore inosservante dell’obbligo di valutazione del rischio ex d.lgs. n. 81/2008, in spregio all’art. 3, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 368/2001; in dottrina, L.M. DENTICI, *L’articolazione dei divieti nella nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2003, 101 ss., spec. 109-111; P. PASCUCI, *Flessibilità e sicurezza sul lavoro*, in *Diritto e Lavoro nelle Marche*, 2009, n. 3, 112 ss.; *contra*, G. VIDIRI, *op. cit.*, 16.

³⁹ G. FONTANA, *La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico*, in *RIDL*, 1993, n. 3, I, 359, il quale osserva che «in linea generale l’effetto invalidante confligge con il sistema

Non ha fondamento la tesi che nega la “conversione” sul presupposto che oggi i vincoli all’apposizione del termine sono concepiti in una logica di controllo complessivo della manodopera a tempo determinato presente nel complesso aziendale, più che in un’ottica protettiva del singolo prestatore coinvolto nell’operazione negoziale⁴⁰. La *ratio* cui s’ispirano, infatti, gli artt. 1, comma 1, e 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001, di garantire una certa proporzione tra personale stabile e precario all’interno dell’organico complessivo dell’impresa, non può, infatti, cancellare ogni tutela, anche solo indiretta, a favore del singolo prestatore. E tale tutela sarà, allora, assicurata proprio dal principio civilistico generale di conservazione del negozio, con conseguente “stabilizzazione” del prestatore e contestuale passaggio a quel che, per espressa previsione, rappresenta «la forma comune di rapporto di lavoro», ossia il contratto di lavoro a tempo indeterminato (art. 1, comma 01; v. anche art. 1, comma 1, lett. *a*, l. n. 92/2012, che lo definisce «contratto dominante»).

6. La forma scritta del contratto e le sanzioni per la sua violazione

Comporta, poi, certamente detta “stabilizzazione” la violazione dell’obbligo di forma scritta, sancito al comma 2, dell’art. 1, d.lgs. n. 368/2001. Ad esso si sottrae, per il successivo comma 4, solo il «rapporto di lavoro, puramente occasionale, (di durata) non [...] superiore a dodici giorni».

Sotto questo profilo, nulla cambia, dunque. Oggi come ieri il termine resta elemento accidentale del contratto di lavoro subordinato. Pertanto, la sua apposizione, se non risulterà «direttamente o indirettamente⁴¹] da atto

protettivo del diritto del lavoro, in cui l’inderogabilità della norma e l’efficacia sostitutiva di essa costituiscono aspetto peculiare».

⁴⁰ M. MAGNANI, *op. cit.*, 9; G. VIDIRI, *op. cit.*, 17.

⁴¹ Per M. D’ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2005, 106 ss., la previsione secondo cui l’apposizione del termine può risultare anche «indirettamente» da atto scritto va riferita all’apposizione, non al termine. Pertanto, essa non può inficiare il carattere necessariamente bilaterale della forma scritta, inducendo a ritenere che la clausola del termine possa anche risultare in via deduttiva dall’analisi «di altre parti del testo contrattuale di riferimento, all’unica condizione che la previsione legittimatrice rivesta una qualche forma documentale» (107). Il richiamo alla possibilità di apposizione indiretta del termine dovrebbe, piuttosto, servire a dar spazio «a un alleggerimento dei mezzi di prova, nel senso che l’apposizione del termine per iscritto [...] potrà emergere da qualsiasi mezzo (come un atto ricognitivo unilaterale del lavoratore, ovvero la stessa prova testimoniale)», superandosi «così alcuni limiti probatori connessi alla forma *ad essentialiam*»; cfr. pure sul punto L. DE ANGELIS, *Su aspetti formali del contratto a termine* (nota a Trib. Milano 21 giugno 2002), in *ADL*, 2002, n. 3, 761 ss., che contesta, in particolare, la tesi di P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè,

scritto»⁴², sarà inefficace, ma senza conseguenze invalidanti sul contratto di lavoro⁴³. Quest'ultimo permarrà integro nella sua struttura, assumendo i tratti di ciò che si configura, tuttora – lo si è appena detto – come «la forma comune di rapporto di lavoro» ai sensi del comma 01, del menzionato art. 1: il contratto di lavoro a durata indeterminata.

2003, 416, secondo cui il requisito formale sarebbe rispettato anche qualora l'apposizione del termine fosse contenuta nella lettera d'assunzione, cui abbia fatto seguito la mera accettazione tacita mediante inizio di esecuzione della prestazione. Men che meno l'espressione «direttamente o indirettamente» è in grado di legittimare l'idea che il termine possa anche solo risultare da un atto estrinseco al contratto come ad esempio dalla comunicazione di assunzione al centro per l'impiego. A riguardo, da ultimo, E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, cit., 437-438, per il quale «simili atti sono irrilevanti, poiché non hanno natura negoziale».

⁴² Coevo o contestuale all'assunzione: Cass. 27 febbraio 1998, n. 2211, in *FI*, 1999, n. 1, I, 134, con nota di A.M. PERRINO, *Contratto a termine: evoluzione normativa ed elaborazione giurisprudenziale*; Cass. 19 agosto 1997, n. 7713, in *NGL*, 1997, n. 4, 487; Trib. Salerno 7 maggio 2003, in *MGL*, 2004, n. 1/2, 36; Trib. Milano 2 marzo 2005, in *GD*, 2005, n. 36, 80; in dottrina, M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 109, per la quale «solo in tal modo può emergere con chiarezza, fin dall'origine del rapporto di lavoro, la consapevolezza, circa la temporaneità del vincolo, da parte del lavoratore che sarà così protetto di fronte all'eventualità che il datore di lavoro gli imponga, dopo la sua assunzione in servizio, un limite breve di durata del rapporto»; più di recente, E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, cit., 437; critici nei confronti di un tal orientamento, considerato eccessivamente rigido, R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Jovene, 2000, 199; L. MONTUSCHI, *L'evoluzione del contratto a termine. Dalla subalternità all'alternatività: un modello per il lavoro*, in M. MAGNANI (a cura di), *Il lavoro a termine*, Utet, 2000, 15; R. ALTAVILLA, *op. cit.*, 168.

⁴³ M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 243 ss., spec. 257, che la riconduce alla categoria della «forma integrativa», sottospecie di quella *ad substantiam* e condizionante il prodursi di alcuni determinati effetti; si veda anche P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, ES, 2013, 41; M.P. MONACO, *I vincoli di forma nella conclusione dei rapporti di lavoro a termine*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *op. cit.*, 89 ss., spec. 98; R. ALTAVILLA, *Le prescrizioni di forma nella disciplina dei contratti di lavoro tra autonomia e controllo*, in *RGL*, 2005, n. 5, I, 727 ss.; L. DE ANGELIS, *op. cit.*, 761 ss., e, seppur *en passant*, P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria*, in A. MINERVINI (a cura di), *Il collegato alla finanziaria all'indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro*, Jovene, 2011, 11, nota 7; E. PASQUALETTO, *La forma*, in C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 351; per la tesi della forma scritta *ad substantiam*, con conseguente nullità parziale del contratto (art. 1419, comma 1, c.c.), cfr., invece, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, 2004, 542; F. BIANCHI D'URSO, G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine*, in *MGL*, 2002, n. 3, 123; per la nullità integrale (art. 1419, comma 2, c.c.), infine, V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *DRI*, 2003, n. 2, 225 ss.; P. PASCUCI, *I principali contenuti del disegno di legge delega in materia di lavoro attualmente in discussione in Parlamento. La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato (d.l. n. 34/2014)*, cit., 6.

Resta altresì immutato il comma 3 dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, alla cui stregua «copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione»⁴⁴. Quel che viene meno, invece, una volta abrogato il requisito della “causalità” del negozio, è la necessità di indicare le ragioni giustificative del termine ai fini della sua validità. Qualora, tuttavia, dette ragioni rilevino sul piano contributivo ovvero per “bypassare” il vincolo percentuale dell'art. 1, comma 1 – inapplicabile, secondo quanto si è visto, a certune tipologie di rapporti a tempo determinato – sarà comunque onere del datore farne menzione per iscritto⁴⁵.

Nessun cambiamento si registra, poi, in tema di requisiti formali della proroga. Eppure la questione aveva sollevato un qualche dibattito nel regime previgente, al punto da indurre certa dottrina a invocare un intervento legislativo espresso sul punto, che, tuttavia, è mancato⁴⁶. Nel perdurante silenzio normativo, non può, allora, che riproporsi il consolidato orientamento secondo cui, in assenza di esplicite previsioni di forma, il consenso del dipendente a prorogare la durata del proprio contratto di lavoro sarà deducibile anche in forza di meri «fatti concludenti, ben ravvisabili nella pacifica prosecuzione dell'attività lavorativa da parte del dipendente» medesimo, senza il sopraggiungere di «alcuna manifestazione di dissenso»⁴⁷.

A dispetto di ciò, resta, tuttavia, certo che il ricorso alla forma scritta riuscirà quanto meno opportuno «per ragioni di prudenza»⁴⁸, se non addirittura obbligatorio ove si ritenga invocabile, a riguardo, «la regola della simmetria formale, valida» per la «forma dei patti aggiunti [...] al contratto solenne»: stante una qual «sorta di necessaria incidenza e compenetrazione del patto aggiunto al contratto cui accede», vi sarebbe, a tal stregua, la necessità di assoggettare il primo agli stessi requisiti di forma del secondo, ogni qualvolta

⁴⁴ L'inosservanza della disposizione non determina la nullità del contratto, prevedendo essa un obbligo con finalità informative del tutto esterno al negozio stesso; in tema Cass. 6 maggio 1998, n. 4582, in *MGI*, 1998.

⁴⁵ M. BROLLO, *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, cit., 587-588; si veda anche E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, cit., 436 e nota 40.

⁴⁶ E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, cit., 438; M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 355.

⁴⁷ Cass. 3 luglio 1990, n. 6797, in *MGI*, 1990; si veda anche Cass. 2 giugno 1990, n. 5184, *ivi*, 1990; Cass. 28 maggio 1990, n. 4939, *ivi*, 1990.

⁴⁸ V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, n. 91, 403.

se ne riscontrino, sul piano contenutistico, le medesime esigenze che hanno già giustificato la prescrizione formale nel contratto principale⁴⁹.

7. Il richiamo scritto al diritto di precedenza

Nuove imposizioni formalistiche sono rinvenibili nel (nuovo) art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo, del d.lgs. n. 368/2001, il quale impone ai contraenti di richiamare «espressamente [...] nell'atto scritto» il diritto di precedenza, riconosciuto ai lavoratori a termine dai commi precedenti di quello stesso articolo. Il riferimento è, anzitutto, al (vecchio) comma 4-*quater*, primo periodo, del decreto in parola, secondo cui «il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza, fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione di rapporti a termine». A ciò va, inoltre, affiancato il (nuovo) comma 4-*quater*, terzo periodo, il quale attribuisce alle lavoratrici, il cui congedo di maternità concorra a determinare quel periodo, «il diritto di precedenza anche nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi, (sempre) con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione di precedenti rapporti a termine». Rileva, infine, il (vecchio) comma 4-*quinqüies*, alla cui stregua «il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali».

Rispetto a tutte le ipotesi prospettate, resta, poi, valida la regola del successivo (vecchio) comma 4-*sexies*, primo periodo, che condiziona l'esercizio del citato diritto ad una espressa manifestazione di volontà del lavoratore, da realizzarsi entro il termine di «sei mesi» – o «tre» per gli “stagionali” – «dalla data di cessazione del rapporto di lavoro», fermo restando, peraltro, che il diritto medesimo sarà comunque destinato a estinguersi «entro un anno» dalla suddetta data.

È stato osservato come il nuovo requisito formale dell'art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo, sia stato in realtà introdotto con l'*intentio* di porre fine ad un

⁴⁹ M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 355, con richiamo a S. MONTICELLI, *La forma dei patti aggiunti al contratto*, ESI, 1999.

problematico contenzioso⁵⁰, sorto in applicazione dell'art. 4, comma 12, l. n. 92/2012, sugli incentivi alle assunzioni⁵¹. Poiché un'apposita circolare Inps ne ha escluso la spettanza, ai sensi delle lett. *a* e *b* del menzionato articolo, ogni qualvolta venga occupato un lavoratore con diritto di precedenza, nonché qualora tale precedenza risulti apertamente violata, l'Istituto ha ritenuto di poter riconoscere gli incentivi medesimi solo al datore di lavoro in grado di dimostrare di aver «preventivamente offerto l'assunzione» al lavoratore titolare di un simile diritto⁵².

Sarebbe, tuttavia, illusorio pensare che la mera previsione di un simile, nuovo requisito formale e il suo rispetto da parte aziendale possa risolvere ogni problema a carico delle imprese, consentendo alle medesime di assumere liberamente – ben prima del decorso dei sei o tre mesi dalla cessazione del rapporto – un qualsiasi lavoratore privo della precedenza – o addirittura lo stesso lavoratore il quale ne benefici, ma tuttavia astenutosi, fino a quel momento, dal farla espressamente valere – e tutto ciò senza perdere il diritto all'incentivo⁵³. Sarebbe illusorio perché, al di là dell'*intentio*, l'obbligo formale dell'art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo, assolve a una *ratio* informativa del prestatore circa l'esistenza del diritto di cui ai commi 4-*quater* e 4-*quinquies* dell'art. 5, affinché gliene sia assicurato il concreto godimento; sicché qualsiasi contraria lettura di quell'obbligo, intesa a restringere, invece che a rafforzare, l'effettività del diritto stesso, sarà incompatibile con una tale *ratio*.

Del resto, sarebbe impensabile che l'introduzione del requisito formale possa di per sé solo modificare le condizioni di esercizio della “precedenza”, accorciandone i termini di decadenza. Un conto è il riconoscimento al lavoratore del diritto a essere informato sull'esistenza di quest'ultima e sui suoi limiti (art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo); un altro è l'attribuzione al medesimo del diritto di goderne purché nel rispetto di quegli stessi limiti

⁵⁰ E. MASSI, [I diritti di precedenza nel contratto a termine: istruzioni per l'uso](#), in [www.dottorinalavoro.it](#), 5 settembre 2014, 1 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERAZZA, *op. cit.*, 11; si veda anche la [circ. Fondazione Studi 22 luglio 2014, n. 16](#) e la [circ. Fondazione Studi 6 novembre 2013, n. 15](#), in [www.consulentidellavoro.it](#).

⁵¹ In tema di incentivi alle assunzioni si veda E. MASSI, *Incentivi alle assunzioni dopo la Legge Fornero*, in *DPL*, 2013, n. 7, ins., III ss.

⁵² [Circ. Inps 12 dicembre 2012, n. 137](#), 4.

⁵³ Così, invece, la [circ. Fondazione Studi n. 16/2014](#), cit., 5, secondo cui «non è [...] corretto ipotizzare che il datore di lavoro debba aspettare il decorso dei sei mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro pregresso per poter assumere un lavoratore (anche lo stesso) con un'agevolazione contributiva per essere certo di essersi liberato di un eventuale diritto di precedenza che lo avrebbe teoricamente obbligato ad assumere un determinato lavoratore».

(art. 5, comma 4-*sexies*, primo periodo): la prima garanzia non è in grado di scalfire la seconda.

Se così stanno le cose, sarà, allora, unicamente il mancato avverarsi della condizione prevista dalla legge – cioè «che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro rispettivamente sei mesi e tre mesi dalla cessazione del rapporto» (art. 5, comma 4-*sexies*, primo periodo) – a determinare la decadenza del lavoratore stesso dal diritto in parola, con conseguente restituzione all'imprenditore della possibilità di compiere assunzioni libere e incentivabili. Finché il prestatore si troverà, invece, nella condizione di esercitare *ex lege* il proprio diritto – quindi, durante tutto il periodo di pendenza del ricordato termine semestrale o trimestrale – egli non potrà che considerarsene ancora pienamente titolare – l'esercizio legittimo di un diritto presupponendone evidentemente la titolarità – sicché una qualsiasi assunzione effettuata in pendenza di quel termine sarà esclusa dall'incentivo.

È difficile che l'Inps e ancor più i giudici possano pervenire a diversi esiti sul punto. E ciò induce a trarre conclusioni distinte, a seconda che l'assunzione, realizzatasi, come si diceva, nel corso dei sei o tre mesi dalla cessazione del rapporto del prestatore a termine titolare della "precedenza", abbia riguardato lui medesimo ovvero altro lavoratore.

Nel primo caso (assunzione del lavoratore titolare della "precedenza", che, tuttavia, non l'abbia ancora fatta valere) non si sfugge al risultato che trattasi comunque di rapporto di lavoro instaurato in attuazione di preesistente obbligo legale, come tale estraneo al novero delle c.d. assunzioni agevolate. Il prestatore, infatti, allorché acconsente alla costituzione del rapporto, tacitamente si avvale del proprio diritto di precedenza, con una manifestazione di volontà che ben può realizzarsi, come nella specie, tramite comportamento concludente, stante l'assenza di vincoli legali in merito alle forme di tale manifestazione. Così, quale miglior modo per esprimere il proprio interesse alla successiva assunzione, se non prestando il proprio consenso a perfezionarla? La conclusione è che l'assunzione medesima sarà priva di agevolazioni, avendola il datore effettuata senza attendere il decorso di quei sei mesi o tre mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro, necessari alla decadenza del prestatore dal summenzionato diritto⁵⁴.

Anche nel secondo caso (assunzione di un lavoratore diverso da quello titolare della "precedenza") non si sfugge al risultato che trattasi di assunzione avulsa

⁵⁴ *Contra*, invece, la [circ. Fondazione Studi n. 16/2014](#), cit., 5, per la quale «il datore di lavoro, fino a che il lavoratore non gli palesa espressamente l'interesse ad essere successivamente riassunto [...], è libero di riassumere [anche] lo stesso lavoratore con agevolazioni contributive, se presenti».

da meccanismi incentivanti e ciò perché il rapporto di lavoro è stato comunque instaurato con violazione dell'altrui precedenza⁵⁵. La conclusione è, allora, che il datore sarà escluso dalle agevolazioni e subirà il rischio di vedersi esposto altresì a possibili pretese risarcitorie, avendo proceduto ad assumere altro prestatore senza prima interpellare il titolare del diritto di precedenza o comunque senza acquisire da lui una previa rinuncia ad avvalersene.

Si capisce, dunque, come, rispetto a tutto questo, l'introduzione dell'obbligo formale dell'art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo, non abbia probabilmente cambiato granché le cose. E ciò pure a voler soprassedere su un'ulteriore, diversa lacuna presente nel testo normativo: quest'ultimo, nel concepire il requisito formale in argomento alla stregua di regola generale, valevole per tutte le ipotesi di apposizione del termine con «atto scritto di cui all'articolo 1, comma 2», si da garantire ogni informazione al prestatore sin dal momento della prima assunzione, lascia «scoperto» il caso del «rapporto di lavoro, puramente occasionale, non [...] superiore a dodici giorni», per il quale «la scrittura non è [...] necessaria» ai sensi dell'art. 1, comma 4. Eppure anche un rapporto di così breve durata, se sommato ad altri, ben potrebbe concorrere al raggiungimento della soglia ultra-semestrale utile alla maturazione del diritto di precedenza; sicché non si vede per qual motivo escluderlo dalla regola dell'art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo.

Se si torna comunque alla questione delle assunzioni incentivabili, resterà a tutt'oggi difficile per l'azienda bypassare il diritto di precedenza maturato dal proprio personale a tempo determinato, si da accedere a quelle agevolazioni che l'art. 4, comma 12, l. n. 92/2012, riserva unicamente alle assunzioni libere (lett. *a*) e legittime (lett. *b*). Il problema potrebbe acquisire particolare attualità dopo la l. n. 190/2014 (c.d. legge di stabilità per il 2015), la quale, «al fine di promuovere forme di occupazione stabile», riconosce ai datori di lavoro privati un (parziale) esonero contributivo di durata massima triennale rispetto ad assunzioni (a tempo indeterminato) effettuate durante il 2015 (art. 1, comma 118). Ma si capisce che l'interesse imprenditoriale verso dette assunzioni, anche nelle forme particolarmente appetibili del contratto a tutele crescenti⁵⁶, potrebbe scemare o quantomeno ridursi ove al menzionato esonero

⁵⁵ Ma, *contra*, la [circ. Fondazione Studi n. 16/2014](#), cit., 5, ove si riporta il seguente esempio: «Rapporto di lavoro a termine con il lavoratore Alfa della durata di 12 mesi cessa il 31.12.2013. Il datore di lavoro sceglie di assumere un lavoratore a tempo indeterminato in data 01.04.2014. Il lavora Alfa non ha ancora comunicato al datore di lavoro il proprio interesse ad essere riassunto, pertanto lo stesso non ha ancora nessun vincolo nei confronti di Alfa e sceglie di assumere Beta a tempo indeterminato, fruendo delle agevolazione ex L. 407/1990».

⁵⁶ Cfr. lo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della l. 10 dicembre 2014, n. 183; in

si venisse ad attribuire natura di agevolazione contributiva, assoggettabile ai limiti dell'art. 14, comma 12, lett. *a* e *b*⁵⁷, e, dunque, non fruibile tutte le volte – numerosissime, s'immagina, data l'amplissima diffusione, da ultimo, del lavoro a termine⁵⁸ – in cui il datore sia costretto ad assumere suoi vecchi prestatori a tempo determinato per effetto del diritto di precedenza dai medesimi nel frattempo maturato.

Alla luce delle riflessioni finora svolte vanno affrontati anche gli ulteriori interrogativi lasciati aperti dall'art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo.

Un primo attiene al contenuto che la clausola di richiamo al diritto di precedenza deve rivestire. Ci si è chiesti se, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo formale, sia sufficiente un generico richiamo ai commi 4-*quater* e 4-*quinquies* dell'art. 5, che sanciscono il diritto di precedenza ovvero sia essenziale riprodurre le previsioni alla lettera⁵⁹. La legge nulla dice a riguardo, ma si capisce che, se la *ratio* sottesa al requisito di forma è quella di rafforzare l'effettività del diritto di precedenza, sarà inevitabile optare per la necessità di un'informazione il più possibile chiara, esauriente e trasparente, specie con riguardo alle condizioni di esercizio del diritto stesso⁶⁰.

Un secondo interrogativo riguarda le forme in cui il prestatore è chiamato a manifestare la propria volontà di avvalersi della "precedenza". Anche qui il

tema, F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, e F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, entrambi in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), [I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità](#), ADAPT University Press, 2015, 1 ss. e 65 ss.; V. SPEZIALE, [Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro](#), cit.; M. BROLLO, *Prime note sul Jobs Act*, in questo volume; M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 1 ss.

⁵⁷ Ne dubita, sia pur con toni prudenti, la [circ. Fondazione Studi 7 gennaio 2015, n. 1](#).

⁵⁸ Cfr. i dati riportati nella [Denuncia alla Commissione Europea per la violazione da parte della Repubblica Italiana di obblighi derivanti da fonti normative dell'Unione Europea](#), cit.

⁵⁹ P. ALBI, *op. cit.*, 134.

⁶⁰ In senso non del tutto coincidente si veda però A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 103, per i quali «l'informativa concernente il diritto di precedenza potrà essere data anche mediante rinvio alle norme di legge che lo prevedono. Ad esempio, si potrà scrivere: "Si applica quanto previsto dall'art. 5, comma 4-*quater*, del d.lgs. 368/2001", ma magari accompagnando il rinvio a qualche opportuna precisazione che lo renda comprensibile»; cfr. la [circ. Fondazione Studi n. 16/2014](#), cit., contenente due fac-simile da inserire, a scelta del datore evidentemente, in calce al contratto di assunzione a termine. Uno è molto dettagliato; un altro appare, invece, generico, contenendo solo una frase del seguente tenore: «Con la presente siamo ad informarLa che, al rapporto instaurato con la S.V., si applica quanto previsto dall'articolo 5, commi 4-*quater*, 4-*quinquies* e 4-*sexies* del D.Lgs. n. 368/2001» (7).

legislatore si astiene dal precisare alcunché, ma al di là del dato legale, conta quello empirico: a tal stregua, il ricorso all'atto scritto potrebbe configurarsi particolarmente opportuno, per i vantaggi pratici che ne derivano. È, inoltre, consigliabile un'attivazione tempestiva del lavoratore a riguardo, affinché sia reso immediatamente palese l'interesse ad una successiva assunzione⁶¹, che l'imprenditore non potrà a quel punto ignorare, pena l'inadempimento del dovere di rispetto dell'altrui "precedenza".

Un terzo e ben più problematico interrogativo concerne, infine, la sanzionabilità dell'obbligo di cui all'art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo. Il legislatore ha sorprendentemente taciuto sul punto, con ciò aggravando il compito dell'interprete.

Tra le varie tesi circolate all'indomani della riforma, non persuade quella che propugna il ricorso alla nullità e alla "conversione" del contratto⁶². Il mancato richiamo per iscritto del diritto di precedenza in violazione dell'art. 5, comma 4-*sexies*, è, infatti, inidoneo a privare l'accordo di un suo requisito essenziale. Né tale accordo potrà dirsi inficiato nella propria validità dalla mera contrarietà alla menzionata norma, giacché, anche a voler sostenere la natura imperativa di quest'ultima⁶³, un simile esito risulterà tutt'altro che automatico e inevitabile. Esistono, invero, diverse ipotesi nelle quali il contratto, pur contrastante con una disposizione imperativa, sfugge al rimedio della nullità, presentandosi, piuttosto, come irregolare. Ciò accade, in particolare, quando l'interesse protetto dalla disposizione violata sia esterno alla sfera del contratto stesso, al punto che nessun pregiudizio potrà derivare dal prodursi degli effetti negoziali. Si dà il caso, ad esempio, del contratto, il quale eluda norme fiscali:

⁶¹ Specie alla luce del ricordato orientamento della [circ. Fondazione Studi n. 16/2014](#), cit., 5, per la quale, «Se non esiste alcuna manifestazione di volontà del lavoratore, il datore di lavoro non ha alcun vincolo legale nei confronti dello stesso e, pertanto, può reputarsi libero di assumere un diverso lavoratore fruendo delle agevolazioni» senza «aspettare il decorso dei sei mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro pregresso».

⁶² Cfr. M. BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, cit., 584, per la quale la violazione del nuovo «obbligo di richiamare "espressamente [...] nell'atto scritto" il diritto di precedenza [...], nel silenzio della legge, dovrebbe comportare la conversione a tempo indeterminato».

⁶³ Il carattere disponibile del diritto di precedenza – cfr. E. MASSI, *Incentivi alle assunzioni dopo la Legge Fornero*, cit., IV – è, infatti, in grado di escludere la valenza imperativa dei commi 4-*quater* e 4-*quinqies* dell'art. 5, ma non del successivo comma 4-*sexies*, secondo periodo, contenente comunque il riferimento a un obbligo che pare inderogabile: ciò perché un conto è discorrere della natura della norma la quale stabilisce il diritto di precedenza, altro conto è interrogarsi sulla natura del precetto volto a sancire l'obbligo di richiamo per iscritto di quello stesso diritto.

civilisticamente valido, ancorché fiscalmente irregolare, e, pertanto, meritevole di sole sanzioni o perdite di benefici fiscali⁶⁴.

Così è pure per l'ipotesi del contratto di lavoro a termine privo del riferimento scritto al diritto di precedenza. Lo è perché il requisito formale prescritto dall'art. 5, comma 4-*sexies*, invece di attestarsi sul piano dei requisiti del negozio⁶⁵, assolve a una diversa funzione, di tipo informativo, rispetto all'esercizio di un diritto, quello di precedenza, che proprio nell'*esecuzione* prolungata del rapporto di lavoro rinviene il suo presupposto legale. Piuttosto, essendo l'atto scritto finalizzato all'informazione del prestatore, esso costituirà «l'unico ed esclusivo mezzo» rivolto a tal scopo⁶⁶; sicché la sua assenza importerà senz'altro il mancato conseguimento dello scopo stesso.

Nell'ipotesi di violazione dell'art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo, ciò induce a ritenere che, scontata la perdita dell'incentivo per l'eventuale assunzione di altra persona⁶⁷, il prestatore potrà, a sua volta, vedersi accordata una qual sorta di "rimessione in termini" rispetto alla propria facoltà di far valere la "precedenza". Se si pone mente al nesso funzionale intercorrente tra l'informazione scritta circa l'esistenza del diritto e l'esercizio del medesimo entro precisi termini di decadenza⁶⁸, è chiaro come l'assenza di atto scritto

⁶⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, 2001, 748; nel diritto del lavoro si veda, per tutti, M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 261 ss., che parla di «forma integrativa *ad regularitatem*».

⁶⁵ Ciò fa sì che si tratti di un'irregolarità sempre sanabile *ex post*, nel corso del rapporto, anche tacitamente, cioè semplicemente dando corso al diritto di precedenza, per quanto non richiamato formalmente nel contratto; diversamente, invece, P. ALBI, *op. cit.*, 134, il quale considera l'obbligo dell'art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo, come un «adempimento che, attenendo alla stipulazione del contratto e alla costituzione del rapporto, non sarebbe certamente sanabile *ex post*».

⁶⁶ M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 262, con richiamo a N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, 1997, 73.

⁶⁷ Dovrebbe, peraltro, essere scontato che, qualora all'omesso richiamo per iscritto del diritto di precedenza si accompagnasse l'effettiva violazione di quest'ultimo, mediante assunzione di altro lavoratore, tale assunzione non sarebbe incentivabile. Si badi però: la non incentivabilità è conseguenza diretta dell'inosservanza della "precedenza", quindi, della trasgressione dei commi 4-*quater* e 4-*quinquies*, non invece del comma 4-*sexies*, secondo periodo, dell'art. 5; sicché sarebbe errato configurare il mancato riconoscimento dell'incentivo quale sanzione per l'inosservanza del requisito formale in argomento.

⁶⁸ A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 102, osservano, non a caso, che, «combinando» la regola volta a porre in capo al lavoratore l'onere di «manifestare al datore di lavoro l'interesse alla precedenza entro 6 mesi dalla cessazione del rapporto [...] con quella che fa durare il diritto di precedenza per 12 mesi ugualmente a partire dalla cessazione del rapporto di lavoro, si arriva alla conclusione che il ritardo del lavoratore nel far fronte all'anzidetto onere accorcia, in pratica, il periodo in cui lo stesso può appellarsi al diritto di precedenza. Forse

impedisca la decadenza medesima, autorizzando il lavoratore in discussione ad avvalersi della “precedenza” anche oltre i menzionati limiti, purché entro l’arco annuale di estinzione del diritto⁶⁹.

Si vuole, in altre parole, affermare che, ove un requisito formale come quello dell’art. 5, comma 4-*sexies*, sia volto a garantire l’effettivo godimento di un diritto, la sua violazione dovrà giocoforza venire perseguita tramite il ripristino delle condizioni del godimento stesso, ossia attraverso la reintegrazione nella titolarità del diritto medesimo, in coerenza con la logica sottesa al risarcimento del danno in forma specifica. Resta, tuttavia, fermo che il prestatore, una volta reintegrato nella facoltà di avvalersi – sia pur “fuori termine” – della “precedenza”, non godrà comunque di un diritto a concludere il contratto, per il «problematico impiego», in materia, dell’art. 2932 c.c.⁷⁰; sicché potrà al più prospettarsi un mero ristoro per equivalente del pregiudizio subito, ogni qualvolta il datore abbia frattanto proceduto ad altra assunzione⁷¹.

È da escludere, invece, che la violazione dell’art. 5, comma 4-*sexies*, secondo periodo, possa dar luogo all’irrogazione di una sanzione amministrativa da

consapevoli di questo, è stato introdotto dal *decreto legge* l’obbligo del datore di lavoro di richiamare espressamente, nell’atto scritto in cui è inserita la clausola relativa al termine, il diritto di precedenza che il lavoratore, ove ne matureranno le condizioni, potrà acquisire».

⁶⁹ Diversamente, invece, E. MASSI, [*I diritti di precedenza nel contratto a termine: istruzioni per l’uso*](#), cit., per il quale «la lesione di un diritto di informazione [...], se riconosciuta, potrebbe portare ad una [mera] condanna con risarcimento del danno liquidato in via equitativa».

⁷⁰ A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 100; in tema cfr. pure C. FALERI, *Le tecniche di stabilizzazione dei rapporti di lavoro a termine e i diritti di precedenza*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *op. cit.*, 317; P. EMILIANI, *Il nuovo diritto di precedenza dei lavoratori a termine*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del Welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Cedam, 2008, 108 ss.; V. FILÌ, *Il diritto di precedenza*, in L. MENGHINI (a cura di), *op. cit.*, 205 ss.; in giurisprudenza, si veda Cass. 14 maggio 2010, n. 11737, in *MGC*, 2010, n. 5, 747, nonché Cass. 26 agosto 2003, n. 12505, in *MGL*, 2004, n. 6, 38.

⁷¹ Si veda Cass. n. 12505/2003, cit., secondo cui «il prospettato inadempimento del datore di lavoro – che si perfeziona [...] con l’assunzione di soggetti diversi da quelli che hanno diritto di precedenza – non può che dar luogo (ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c.) al risarcimento del danno»; nonché Cass. n. 11737/2010, cit., per la quale il risarcimento «va commisurato alla retribuzione che sarebbe stata corrisposta al lavoratore ove fosse stato rispettato il diritto di prelazione, con onere a carico del datore di lavoro di provare i fatti riduttivi del diritto al risarcimento, ivi compresi quelli che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza»; in dottrina si veda, poi, la precisazione di C. FALERI, *op. cit.*, 318, nella parte in cui esclude «che il risarcimento del danno sofferto dal lavoratore debba essere tale da compensare anche la perdita di chance».

parte degli organi di vigilanza⁷². Il legislatore, infatti, non ne fa menzione e la circolare ministeriale sul punto ha espressamente negato la punibilità dell'omesso richiamo scritto alla "precedenza"⁷³. Se n'è desunta, pertanto, l'inoperatività dello stesso art. 14, d.lgs. n. 124/2004, relativo al potere del personale ispettivo di impartire disposizioni esecutive in materia di lavoro e di legislazione sociale nell'ambito applicativo «delle norme per cui sia attribuito dalle singole disposizioni di legge un apprezzamento discrezionale»⁷⁴.

⁷² Come sostenuto invece da P. ALBI, *op. cit.*, 134, e G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *op. cit.*, 11.

⁷³ [Circ. Min. lav. n. 18/2014](#), cit., laddove osserva che «la mancata informativa sui diritti di precedenza non incide sulla possibilità che il lavoratore possa comunque esercitarli, né appare specificamente sanzionata».

⁷⁴ E. MASSI, [I diritti di precedenza nel contratto a termine: istruzioni per l'uso](#), cit.

Il contratto a termine a-causale e il lavoro pubblico

di Luigi Menghini

1. Il tradizionale problema dell'estensibilità al settore pubblico della disciplina del lavoro a termine del settore privato: i d.lgs. n. 368 e n. 165 del 2001

Succede ormai da vari decenni che ogni volta in cui viene innovata la disciplina del contratto a termine nel settore del lavoro privato, si pone il problema della sua applicabilità anche al settore pubblico. Ciò è successo o per l'oscurità delle norme che hanno esteso, parzialmente, tale disciplina o per l'assoluto silenzio del legislatore.

Senza voler andare molto indietro nel tempo¹, si può ricordare come si siano fatte molte questioni in merito all'applicazione al lavoro pubblico privatizzato del d.lgs. n. 368/2001, discutendosi della possibilità che la norma successiva di carattere generale (d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368), in quanto attuativa della direttiva europea 99/70 CE, potesse derogare a quella speciale precedente (il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), ma la soluzione la offriva in modo chiaro l'art. 2, comma 2, dell'ultimo decreto citato, per il quale i rapporti di lavoro dei dipendenti "contrattualizzati" delle p.a. sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le norme del decreto stesso, dalla riforma Brunetta definite tutte "di carattere imperativo", le quali, peraltro, possono a loro volta essere derogate da norme specifiche di legge dettate per particolari categorie di dipendenti pubblici. La

¹ Per un'efficace sintesi di queste vicende si veda, da ultimo, B. CIMINO, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di Giustizia*, in *LPA*, 2013, n. 6, 1034-1036.

materia del lavoro a termine, dunque, era regolata *in primis* dalla disciplina prevista per il settore privato dal d.lgs. n. 368/2001, la quale, tuttavia, poteva essere derogata dalle norme “generali” del lavoro pubblico privatizzato di cui al d.lgs. n. 165/2001, le quali a loro volta potevano essere derogate da specifiche norme dettate per particolari categorie di dipendenti. Per gli aspetti della materia non espressamente regolati dalle norme del lavoro pubblico, legali o di contrattazione collettiva, ai contratti a termine potevano (ed ora possono) applicarsi le regole dettate per i rapporti di lavoro privatistici, e quindi quelle di cui al d.lgs. n. 368/2001, nei limiti della compatibilità con il contesto normativo pubblicistico di riferimento. Questo discorso valeva, ovviamente, anche per i rapporti tra la disciplina generale del lavoro pubblico e quella prevista per particolari categorie: in linea di massima doveva applicarsi quest’ultima, ma per gli aspetti da essa non regolati si sarebbe dovuto attingere alla disciplina pubblicistica generale e, in difetto di quest’ultima, alla normativa, ancor più generale, valevole per il lavoro subordinato nell’impresa, salve espresse esclusioni, come avvenuto, ad esempio e da ultimo, per il precariato scolastico², per il personale della sanità³, e per quello degli asili e delle scuole comunali⁴: tutte esclusioni dovute ad esiti di vertenze finite a favore dei lavoratori.

² L’art. 1, comma 1, del d.l. n. 134/2009, convertito dalla l. n. 167/2009, ha inserito all’interno dell’art. 4 della l. n. 124/1999 un comma 14-*bis* a tenore del quale i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze possono trasformarsi in rapporti a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo; poi, l’art. 9, comma 18, del d.l. n. 70/2011, convertito dalla l. n. 106/2011, ha introdotto nell’art. 10 del d.lgs. n. 368/2001 un comma 4-*bis* per il quale tale decreto non trova applicazione nei confronti dei contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, ribadendo l’esclusione del personale stesso dall’applicazione dell’art. 5, comma 4-*bis* (limite dei 36 mesi).

³ È stato l’art. 4, comma 5, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, ad inserire nell’art. 10 del d.lgs. n. 368/2001 un comma 4-*ter* che esclude espressamente dall’applicazione del decreto stesso i contratti a tempo determinato del personale sanitario del Servizio sanitario nazionale, compresi i dirigenti, precisando che la proroga dei contratti in questione non costituisce nuova assunzione e comunque ribadendo l’esclusione, in particolare, dell’applicazione dell’art. 5, comma 4-*bis*. Questa esclusione è molto improvvida, perché la Corte di giustizia ha ben chiarito che per escludere il carattere elusivo della ripetizione dei contratti non basta la previsione di una legge nazionale che li consenta.

⁴ Si veda l’art. 4, comma 11, del d.l. n. 101/2013, convertito dalla l. n. 125/2013. Anche per questo personale vale la considerazione di cui alla nota precedente.

2. La riforma Fornero ed il lavoro pubblico

Il problema si è riproposto nel 2012. La riforma Fornero è stata concepita e discussa con esclusivo riferimento al lavoro privato e quando, all'ultimo momento, ci si è chiesti se estenderla ai dipendenti delle p.a., i sindacati del settore ed il Ministro della pubblica amministrazione hanno reagito negativamente a gelosa difesa delle loro prerogative. Ne è conseguita una normativa astrusa e contorta (i commi 7 ed 8 dell'art. 1 della l. 28 giugno 2012, n. 92), dalla quale è pur tuttavia estraibile la volontà del legislatore di escludere il lavoro pubblico dall'ambito di applicazione delle norme della l. n. 92/2012, salve le espresse (e poche) estensioni ed un generico rinvio a future armonizzazioni ministeriali.

La tesi che valorizzava la lettera e l'*iter* formativo della norma, iniziata da Franco Carinci e seguita da molti altri, me compreso⁵, è stata, tuttavia, contrastata dall'opinione per la quale al lavoro pubblico andavano applicate tutte le norme della l. n. 92/2012 che, pur non proclamandosi applicabili al rapporto di lavoro pubblico, modificavano o abrogavano altre disposizioni già applicabili allo stesso in forza di espressi pronunciamenti di legge o in virtù dei richiami effettuati dal d.lgs. n. 165/2001⁶, di cui quello rinvenibile al

⁵ Cfr. F. CARINCI, *Dipendenti delle amministrazioni pubbliche soggette al d.lgs. n. 165/2001*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, suppl. a DPL, 2012, n. 33, 3, e F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, ora in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, 25 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 55; M. LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in MGL, 2012, n. 8-9, 757 ss.; L. MARIUCCI, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in LD, 2012, n. 3-4, 434-435; E. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 49 ss.; L. MENGHINI, *Il lavoro a termine nel settore pubblico. L'assetto normativo dopo il colpevole silenzio della riforma Fornero*, in LPA, 2012, n. 6, 965 ss.; C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 844; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, 2014, 16.

⁶ Si veda ad esempio R. DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in RIDL, 2013, n. 2, II, 421 ss.; R. RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in LG, 2013, n. 1, 22 ss.; G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI, G. FERRARO, M. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 227 ss.; C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in LPA, 2012, n. 5, 713

secondo comma dell'art. 51, concernente l'intera l. n. 300/1970, comprese le regole sul licenziamento, con le sue successive modificazioni ed integrazioni, avrebbe costituito solo un esempio⁷, seguito, poi, da quello effettuato dal secondo comma dell'art. 36 al d.lgs. n. 368/2001, in virtù del quale al lavoro pubblico si sarebbero estese le modifiche introdotte dalla riforma del 2012 alle norme del d.lgs. n. 368/2001⁸.

Questa seconda soluzione, ineccepibile, in astratto, dal punto di vista delle regole generali sulle fonti, non poteva prevalere, a mio avviso, nei confronti degli argomenti contrari costituiti dalla lettera del settimo ed ottavo comma dell'art. 1 della riforma Fornero e dalla storia del loro iter formativo, corroborati, in seguito, da un terzo elemento, rappresentato dal tenore dell'art. 1, comma 400, della c.d. legge di stabilità 2013 (l. 24 dicembre 2012, n. 228), che nel prorogare i contratti a tempo determinato, ha premesso che la proroga era consentita nelle more dell'attuazione dell'art. 1, comma 8, della l. n. 92/2012, e cioè nell'attesa delle iniziative del Ministro della pubblica amministrazione volte all'armonica estensione della riforma ai dipendenti pubblici.

ss.; L. CAVALLARO, *L'art. 18 St. Lav. e il pubblico impiego: breve per (ora) storia di un equivoco*, in *LPA*, 2012, n. 6, 1019-1029. Per S. SCARPONI, *Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche e la contrattazione collettiva dopo la riforma Fornero*, ivi, 989, anche nella soluzione del problema in esame si deve muovere dalla fondamentale regola sulle fonti, per la quale al lavoro pubblico trovano applicazione le norme privatistiche non espressamente escluse e non incompatibili con le peculiarità del lavoro con le PA, dovendosi pertanto giungere alla conclusione dell'applicabilità al settore in esame anche delle norme del d.lgs. n. 368/2001 modificate nel tempo e non derogate, purché compatibili col sistema pubblico (non lo sono le disposizioni sul primo contratto a-causale), malgrado la cattiva formulazione del settimo ed ottavo comma dell'art. 1 della riforma Fornero. Per L. GALANTINO, *op. cit.*, mentre le norme di riforma del mercato del lavoro non trovavano diretta applicazione, le modifiche all'art. 18 si estendono immediatamente al settore pubblico.

⁷ Si veda A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, 28. Per la tesi di una sola parziale applicazione del "nuovo" art. 18 al lavoro pubblico si veda A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 ed il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, n. 6., spec. 1003 ss.

⁸ Così G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: vecchi e nuovi modelli di lavoro flessibile*, in *RIDL*, 2012, n. 4, I, 580.

3. Problemi applicativi della riforma, interventi ministeriali, correzioni e definitiva estensione al settore pubblico, con importanti eccezioni, del d.lgs. n. 368/2001

Ciò, tuttavia, non è avvenuto e, come accade spesso nel nostro sfortunato Paese, amministratori e dirigenti delle p.a. si sono trovati in grande affanno di fronte ai nuovi e più stringenti limiti di utilizzo del contratto a tempo determinato con lo stesso dipendente introdotti dalla riforma, anche se non chiaramente estesi al settore pubblico. Poiché il loro mancato rispetto poteva comportare responsabilità dirigenziali, le assunzioni a termine sono state frenate e sul punto sono stati chiesti lumi al Dipartimento della funzione pubblica, il quale ha risposto nel senso dell'applicabilità pur con delle eccezioni; per superare problemi molto gravi di carenza di personale indispensabile per lo svolgimento di importanti funzioni sono stati stipulati anche degli accordi sindacali in deroga⁹. Questa situazione ha indotto anche altri studiosi a condividere la soluzione ministeriale¹⁰ ed ha favorito l'avvento di una giurisprudenza nel senso dell'applicabilità al lavoro pubblico della nuova disciplina del licenziamento¹¹. Vi era, comunque, una grande confusione tra tagli del personale, blocco delle assunzioni, assoluta necessità di utilizzare determinate figure professionali. Il legislatore ha dovuto pertanto tornare sui suoi passi: prima ha ampliato progressivamente tali limiti incidendo sul d.lgs. n. 368/2001¹² ed infine, con l'art. 4 del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125, *ha testualmente esteso al lavoro pubblico tutto il suddetto decreto*, ad eccezione della disciplina delle

⁹ Su queste vicende si veda *amplius* S. SCARPONI, *op. cit.*, e L. MENGHINI, *op. cit.*

¹⁰ Si veda, ad esempio, V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in M. CINELLI, G. FERRARO, M. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, 22.

¹¹ Si veda Trib. Perugia ord. 9 novembre 2012, in *LPA*, 2012, n. 6, 1117; Trib. Perugia ord. 15 gennaio 2013, *ivi*, 1122; Trib. Terni 14 dicembre 2012, in www.giuslavoristi.it; Trib. Bari 14 gennaio 2013, in *RIDL*, 2013, n. 2, II, 410.

¹² La riforma Fornero aveva ampliato in modo rilevante i periodi di tempo entro i quali non era possibile riassumere a termine lo stesso lavoratore, portandoli da 10 o 20 a 60 o 90 giorni (art. 1, comma 9, lett. g, l. n. 92/2012), pur con una complicata possibilità di restrizione da parte della contrattazione collettiva. Poiché ci si è accorti che queste nuove regole avrebbero creato problemi enormi se ritenute applicabili al lavoro pubblico, la l. 7 agosto 2012, n. 134, nel convertire il “decreto sviluppo” (d.l. 22 giugno 2012, n. 83), con il suo art. 46-*bis* ha ulteriormente ampliato la possibilità, per i contratti collettivi, di ridurre i periodi in questione, sino a che il Governo Letta con l'art. 7 del d.l. 28 giugno 2013, n. 76 (“decreto lavoro”), convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 99, ha riscritto l'intero comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, riportando i periodi in esame all'estensione di 10 o 20 giorni con ampissima possibilità di deroga da parte della contrattazione collettiva.

causali e con permanenza del divieto di «trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato»¹³. In tal modo l'applicabilità del d.lgs. n. 368/2001, con le sue successive modifiche, ai dipendenti pubblici, che per le furbizie del Governo italiano ha fatto tanto impazzire i giudici di Lussemburgo, può finalmente dirsi certa, salva la discussione, per nulla sopita, dei suoi precisi limiti.

4. La riforma Renzi-Poletti e l'inapplicabilità dell'eliminazione delle causali e dei limiti di durata e percentuali. Il problema del lavoro a termine per gli istituti pubblici di ricerca

In questo contesto è intervenuta nella primavera scorsa l'ennesima riforma del lavoro a termine nel settore del lavoro privato, quella che porta il nome del Presidente del Consiglio Renzi e del ministro del lavoro Poletti (d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito dalla l. 16 maggio 2014, n. 78). Le nuove norme costituiscono una vera e propria rivoluzione nella disciplina della materia, dato che ora l'apposizione del termine è consentita senza necessità della sussistenza e della indicazione di alcuna causale, oggettiva o soggettiva, che la giustifichi. Non si tratta, però, di una completa liberalizzazione, perché i limiti precedenti sono ora sostituiti da un limite temporale e da un limite numerico: il contratto a tempo determinato non può avere una durata superiore ai tre anni, pur essendo possibili, all'interno dello stesso contratto di durata inferiore ai tre anni, ben cinque proroghe «a condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato»; il numero complessivo dei contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro non può eccedere il limite del 20% del numero dei lavoratori con contratto *sine die* in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione¹⁴.

¹³ Si veda l'art. 4, comma 1, lett. *b*, del citato decreto, che introduce dopo il comma *5-bis* dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 un ulteriore comma *5-ter* a tenore del quale «le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato».

¹⁴ Si vedano gli attuali artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 368/2001, come modificati dall'art. 1 del d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014. Su queste novità cfr. le mie prime impressioni in L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in corso di pubblicazione in *ADL*, 2014, con i riferimenti alle opinioni dei primi commentatori.

In questa sede ci si deve limitare ad affrontare il problema dell'applicabilità di queste innovazioni ai contratti a tempo determinato stipulati nel settore pubblico. Le nuove disposizioni tacciono sul punto, ma il problema oggi è semplificato dal comma *5-ter* dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 che, come già visto, estende al lavoro pubblico le previsioni di cui al d.lgs. n. 368/2001, tranne che per ciò che concerne le ragioni per cui si può apporre il termine al contratto di lavoro e la possibilità della "conversione" del rapporto.

Al settore pubblico, quindi, non si può applicare la nuova "rivoluzionaria" novità della sostituzione del limite delle causali con il limite di durata e quantitativo. Il termine può essere apposto, infatti, solo in presenza di «esigenze di carattere esclusivamente temporaneo od eccezionale», mentre per le esigenze connesse al proprio fabbisogno ordinario di personale le p.a. devono assumere esclusivamente con contratto di lavoro a tempo indeterminato. Per le p.a., dunque, i contratti a termine sono possibili solo in presenza di causali oggettive e temporanee e di conseguenza non vi è motivo per applicare anche il limite del 20% che, nel settore privato, ora sostituisce quello insito nelle causali.

In senso contrario non può essere invocato il comma *5-bis*, primo periodo, dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dalla riforma Renzi-Poletti, per il quale detto limite percentuale non si applica ai contratti stipulati tra enti privati di ricerca od istituti pubblici di ricerca «e lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di ricerca scientifica e tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa, o di coordinamento e direzione della stessa». Penso che questa disposizione, laddove si riferisce agli istituti pubblici, sia stata introdotta per errore o comunque per ribadire, per estrema prudenza, lo svincolo di questi contratti dal limite del 20%, anche se l'esclusione dal limite stesso derivava già dal comma *5-ter* dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001. Se non ci sono norme particolari per questo tipo di dipendenti pubblici, le loro assunzioni a termine sono legittime solo in presenza di esigenze di carattere temporaneo o eccezionale. Se queste esigenze implicano la presenza di numerosi dipendenti a termine, non vi è alcun limite numerico (se mai rinvenibile nelle norme che limitano in via generale le assunzioni, anche con contratti precari, per motivi di spesa). Ma come possono essere temporanee le esigenze degli istituti pubblici di ricerca? Qui il decreto Renzi-Poletti viene in aiuto agli enti ed istituti pubblici di ricerca con la previsione del secondo periodo del comma *5-bis* dell'art. 10 del decreto citato, per la quale «i contratti di lavoro a tempo determinato che abbiano per oggetto in via esclusiva lo svolgimento di attività di ricerca scientifica e tecnologica possono avere durata pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono». La norma deroga espressamente al

limite dei tre anni valido solo per i contratti del settore privato, ma può avere l'effetto di eliminare ogni dubbio sul fatto che l'esigenza di personale che svolga attività di ricerca con riguardo ad un singolo progetto, anche se richiedente molto tempo, ha carattere temporaneo, coincidente con la durata della ricerca stessa. E finita la ricerca cosa succede? Di solito questi dipendenti non vengono abbandonati a se stessi: si prospetterà una stabilizzazione di alcuni di loro o si imposterà una nuova ricerca o li si farà lavorare altrove. Molti contratti a termine in successione con lo stesso istituto per lavorare con la stessa professionalità nell'ambito di tante ricerche potrebbe, però, far dubitare del rispetto del principio di fondo ricavabile dalla clausola 5 dell'accordo-quadro europeo.

5. Le nuove regole sulla proroga del contratto e la necessità di una estensione ragionata

In base all'art. 36, comma 5-ter, del d.lgs. n. 165/2001, le altre norme del d.lgs. n. 368/2001 trovano applicazione nel settore pubblico, tranne le esplicite esclusioni, come è disposto per quanto concerne il diritto di precedenza, che nel suddetto settore vale solo per i lavoratori assunti dalle liste di collocamento (art. 36, comma 5-bis, d.lgs. n. 165/2001). Applicabili, quindi – salve specifiche deroghe per singole categorie di personale – sono le previsioni in tema di proroghe e successioni di contratti.

L'applicabilità delle nuove regole sulla proroga del contratto pone, peraltro, dei problemi di armonizzazione. Il nuovo testo dell'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001, come risultante dalla riforma Renzi-Poletti, ha eliminato, coerentemente con l'abbandono del sistema delle causali, ogni esigenza di carattere oggettivo e temporaneo che giustifichi la proroga, lasciando, però, in vita, in modo equivoco, il requisito per il quale la proroga è possibile solo se viene effettuata con riguardo alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto iniziale era stato stipulato a termine.

Questo limite, accanto a condizioni ben più stringenti che rendevano quasi impossibile stipulare una proroga legittima, era presente già l. n. 230/1962. Gli studiosi di allora avevano precisato che la condizione della «stessa attività lavorativa» non si riferiva alle mansioni svolte dal lavoratore, potendo quest'ultimo essere adibito anche a mansioni diverse, nei limiti generalmente consentiti per il mutamento di mansioni, ma richiedeva la sussistenza di una occasione di lavoro provocata dalle stesse esigenze che avevano giustificato

l'assunzione a termine iniziale¹⁵. La giurisprudenza aveva confermato che non si chiedeva alcuna identità di mansioni, ma l'improvviso sopraggiungere di fatti che si verificassero nell'ambito di una delle ragioni tipizzate che avevano consentito l'apposizione del termine ai sensi dell'art. 1, secondo comma, della legge¹⁶, precisando che la condizione in esame «assume[va] una dimensione oggettiva, riferibile alla destinazione aziendale del lavoro» ed in particolare al lavoro previsto nelle ipotesi tassativamente indicate dalla legge¹⁷. Per “stessa attività lavorativa” si considerava, dunque, la stessa attività svolta dall'impresa che aveva avuto la necessità di utilizzare un rapporto di lavoro a termine: poteva trattarsi della medesima attività stagionale, della medesima attività in cui era inserito l'assente, la stessa opera o servizio... ecc.

Questa impostazione è stata confermata anche dopo l'avvento del d.lgs. n. 368/2001 che, pur eliminando la tipizzazione legale delle ipotesi ammesse, aveva conservato la giustificazione del termine in base alla presenza delle ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitutive¹⁸. Ma come è possibile conciliare, oggi, la condizione della «stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato» con un sistema in cui l'apposizione del termine prescinde da qualsiasi ragione? Penso che non si possa ritenere che l'attività lavorativa sia quella del lavoratore, dato che le mansioni possono sempre mutare nei limiti generalmente consentiti¹⁹. D'altra parte, o il legislatore si è semplicemente dimenticato di eliminare questa condizione, la cui permanenza diventa solo il frutto di un errore materiale e

¹⁵ Si veda G. BALZARINI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato. Legge 18 aprile 1962 n.230 – D.P.R. 12 luglio 1963 n. 1215 – D.P.R. 7 ottobre 1963 n.1525*, Giuffrè, 1996, 95-96; M. CONVERSO, V. PANZANI, M. PINI, D. RAFFONE, *Il rapporto di lavoro a tempo determinato. Disciplina privata e pubblica*, Franco Angeli, 1979, 85; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. VARESI, M. ROCCELLA (a cura di), *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, 1990, 190.

¹⁶ Si veda App. Milano 14 febbraio 1975, in *OGI*, 1975, 375.

¹⁷ Si veda Cass. 16 maggio 2005, n. 10140, in *OGI*, 2005, 323.

¹⁸ Si veda M.G. MATTAROLO, *La disciplina della proroga del contratto a tempo determinato*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, 2002, 113, la quale rileva che la proroga è la prosecuzione del contratto iniziale, e cioè di “quel” contratto, con identità di persone, oggetto e causa.

¹⁹ Ritengono, invece, che la norma possa essere intesa come riferita all'identità delle mansioni M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University Press, 2014, 6; V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, in [LavoroWelfare – Per un nuovo riformismo, 2014, n. 4](#), 31; E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *LG*, 2014, n. 5, 439.

perde ogni significato, oppure si può ipotizzare che la scelta sia stata consapevole, intendendosi con essa condizionare la proroga a qualche aspetto legato all'attività dell'impresa. Non potendosi più utilizzare il criterio del permanere della stessa esigenza di un apporto di lavoro solo temporaneo, forse bisogna porre più marcatamente l'accento sulla lettera della disposizione e ritenere che la norma voglia condizionare la proroga del contratto alla prosecuzione di una attività lavorativa, anche svolta con mansioni diverse, ma inserita nella stessa attività produttiva nel cui ambito sono state rese le prestazioni di lavoro nel periodo precedente. Si può pensare allo stesso stabilimento che produce un prodotto del tutto particolare, allo stesso ufficio marketing di una grande impresa, alla specifica organizzazione aziendale che rende un certo servizio, ecc. Come si vede, le proroghe dovranno essere effettuate con grande prudenza, perché se non sono legittime, e magari risultano da atto scritto, la prosecuzione dell'attività lavorativa può comportare la conversione del rapporto *ex art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 368/2001* sin dal momento dell'iniziale assunzione²⁰. Su questo aspetto il futuro legislatore dovrebbe assolutamente intervenire.

Questa lettura del requisito richiesto dall'art. 4 non può, tuttavia, essere meccanicamente trasposta nell'ambito del settore pubblico, nel quale l'apposizione del termine è condizionata dalla presenza di ragioni oggettive e temporanee che lo giustificano. Non basta, cioè, che il contratto venga prorogato per la stessa attività svolta dall'amministrazione, anche se l'esigenza per la quale la proroga viene stipulata è duratura nel tempo, ma si richiede pur sempre che l'esigenza stessa sia temporanea, come succede quando sia necessario proseguire una attività che si pensava richiedesse sei mesi, ed invece ne richiede di più. La proroga è altra cosa dalla stipula di un nuovo contratto e quindi per essa non dovrebbero valere i limiti generali a nuove assunzioni, a meno che non ci siano norme espresse che li pongano.

6. Gli intervalli tra un contratto e l'altro ed i limiti alla loro successione complessiva: analoghi poteri della contrattazione collettiva

Un'ultima questione di un certo rilievo concerne i poteri derogatori attribuiti alla contrattazione collettiva dall'art. 5, comma 3, per quanto concerne il rispetto dei periodi di intervallo tra un contratto e l'altro, e dall'art. 5-ter, per ciò che attiene al limite dei 36 mesi di cui al comma 4-bis dello stesso art. 5.

²⁰ Così esattamente V. DE MICHELE, *Per grazia ricevuta ecco il Jobs act n. 1: la precarietà lavorativa diventa regola sociale ... a termine*, in *LPO*, 2014, n. 7-8, 13 del [dattiloscritto](#).

Penso che in queste ipotesi le possibilità delegate alla contrattazione siano le stesse nei due settori qui considerati. Limiti di estensione non sono rinvenibili nell'inciso introdotto dalla riforma Brunetta all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, visto che è la legge a conferire poteri derogatori alle parti sociali. Limiti non scaturiscono nemmeno dal secondo comma dell'art. 36, laddove affida ai contratti nazionali di categoria del lavoro pubblico il compito di dare applicazione alle norme del d.lgs. n. 368/2001: tra queste si rinvencono quelle rimettono alla contrattazione collettiva i poteri derogatori su ricordati. Tale soluzione è molto importante, perché anni fa, come accennato, le p.a. si sono trovate in grandi difficoltà per rispettare i lunghi termini di intervallo tra un contratto e l'altro. In genere i problemi sono stati risolti proprio con la contrattazione, ma oggi è tutto più facile, sia perché gli intervalli di tempo sono brevi, sia perché in caso di necessità si può comunque attivare la contrattazione collettiva per abbreviarli o eliminarli.

Il contratto a termine dopo il Jobs Act – atto I: l’insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva

di Alberto Pizzoferrato

1. Il nuovo assetto legislativo e la contrattazione collettiva post riforma

Con il d.l. n. 34/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 78/2014, il Governo Renzi ha varato quello che è stato definito il “primo atto” del complessivo programma di rilancio dell’occupazione italiana denominato *Jobs Act*¹.

L’attuazione della componente più corposa di questo programma è rimessa ai decreti delegati al Governo dalla l. n. 183/2014 per la riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, oltre che – stando alla lettera della legge – per il riordino della disciplina dei rapporti di lavoro, dell’attività ispettiva e della conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro. Al momento in cui si scrive, la delega ha prodotto l’approvazione in Consiglio dei Ministri² di due decreti attuativi, emanati in prossimità dell’entrata in vigore della legge, il primo sul contratto di lavoro a

¹ Cfr. F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), [*La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I. Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78*](#), ADAPT University Press, 2014; M. MISCIONE, “Jobs Act” con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega, in *LG*, 2014, n. 4, 305 ss.; M. CORTI, A. SARTORI, *Il “jobs act” prende forma: il d.l. n. 34/2014 e il d.d.l. a.s. 1428*, in *RIDL*, 2014, n. 3, III, 141 ss.

² In data 24 dicembre 2014.

tempo indeterminato a tutele crescenti ed il secondo sulla Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpI)³.

L'urgenza con la quale il Governo, a pochi mesi dal suo insediamento, è intervenuto sulle regole del lavoro a termine è stata ricondotta alla «perdurante crisi occupazionale» e all'«incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare», come indicato espressamente all'art. 1 del d.l. n. 34/2014. Di conseguenza, «nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro», ci si è occupati *in primis* di incidere sul testo del d.lgs. n. 368/2001⁴.

Come è noto, è stato eliminato ogni riferimento alle ragioni giustificatrici del ricorso al contratto a termine, il cui impiego è ora vincolato esclusivamente a requisiti di natura quantitativo-temporale, con il superamento anche degli interventi di modifica del predetto art. 1 apportati dalla riforma Fornero per l'introduzione delle ipotesi di «a-causalità» del contratto a termine⁵.

Il primo requisito risiede nella durata del rapporto di lavoro (concluso per l'esecuzione di qualunque tipo di mansione), che non può sconfinare, salva diversa previsione della contrattazione collettiva⁶, oltre il tetto massimo di 36

³ Per una dettagliata analisi della l. n. 183/2014, si rinvia a F. CARINCI (a cura di), [*La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*](#), ADAPT University Press, 2014; F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), [*I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*](#), ADAPT University Press, 2015, 6.

⁴ Cfr. V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in questo Volume.

⁵ G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, in *ADL*, 2014, n. 4-5, I, 919 ss.

⁶ Sul superamento del tetto dei 36 mesi da parte della contrattazione collettiva, cfr. accordo ponte 16 ottobre 2014 per il rinnovo del CCNL per i dipendenti delle aziende grafiche ed affini e delle aziende editoriali anche multimediali (grafici editoriali industria), che eleva di 24 mesi (per totali, dunque, 60 mesi) la durata massima del rapporto nell'ipotesi di assunzione a termine di lavoratori che abbiano prestato per l'azienda, entro i 12 mesi antecedenti l'assunzione, attività lavorativa con contratti a progetto, di lavoro autonomo con partite IVA o in somministrazione; accordo di prossimità 17 giugno 2014 sui contratti a tempo determinato nelle aziende del settore terziario distribuzione e servizi nella Provincia autonoma di Bolzano,

mesi, comprensivo di eventuali proroghe. Le proroghe, tenuto conto delle modifiche apportate in sede di conversione del decreto, possono ripetersi sino a 5 volte, a fronte dell'unica proroga concessa sotto il vigore della disciplina precedente. In tema di proroga del contratto, l'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001 precisa ora che le 5 possibilità sono ammesse nell'arco dei complessivi 36 mesi, indipendentemente dal numero dei rinnovi, e purché si riferiscano alla medesima attività lavorativa per lo svolgimento della quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato⁷. La legge di conversione ha invece abrogato il secondo comma dell'art. 4 che attribuiva al datore di lavoro l'onere di provare l'oggettiva esistenza delle cause giustificatrici della proroga, sebbene il datore di lavoro sia comunque tenuto a provare che la proroga è stata dettata dall'esigenza di proseguire nell'esecuzione dell'attività oggetto del contratto.

È rimasta sostanzialmente invariata la disciplina dell'ipotesi di prosecuzione di fatto del rapporto oltre la scadenza del termine, che comporta una maggiorazione della retribuzione, per ogni giorno di prosecuzione del rapporto, del 20% fino al decimo giorno successivo alla scadenza e del 40% per ogni giorno successivo al decimo. La continuazione del rapporto oltre il trentesimo giorno dalla scadenza (in caso di contratto di durata inferiore a 6 mesi) oppure oltre il cinquantesimo giorno dalla scadenza (in caso di contratto di durata pari o superiore a 6 mesi) determina la conversione a tempo indeterminato a far data dalla scadenza di tali termini.

È rimasta invariata anche la previsione del successivo art. 5, sulla necessità di osservare un intervallo fra la scadenza di un contratto a termine e la sottoscrizione di un nuovo contratto a termine fra le stesse parti, rispettivamente di 10 o 20 giorni, a seconda che il primo contratto sia di durata inferiore a 6 mesi oppure pari o superiore a 6 mesi. Il rispetto degli intervalli nella successione dei contratti non è richiesto con riferimento alle attività stagionali. La norma consente inoltre ai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, di individuare

che non sottopone al limite dei 36 mesi i contratti a termine stipulati per prestazioni da svolgersi nei periodi connessi a festività, religiose e civili, nazionali ed estere, connessi allo svolgimento di manifestazioni, interessati da iniziative promozionali e/o commerciali, in cui si svolgono le svendite di fine stagione, di intensificazione stagionale e/o ciclica dell'attività in seno ad aziende ad apertura annuale; inoltre l'esenzione è estesa alle imprese che stipulano contratti a tempo determinato per prestazioni di lavoro nell'ambito di appalti conclusi con le scuole, fatto salvo il diritto di precedenza.

⁷ In proposito, cfr. accordo nazionale 7 novembre 2014 di recepimento nel CCNL Industria alimentare del d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito dalla l. 16 maggio 2014, n. 78, in materia di contratto a tempo determinato.

ulteriori ipotesi esenti dal rispetto degli intervalli. Se la successione di contratti per lo svolgimento di mansioni equivalenti determina il superamento della durata massima di 36 mesi (comprensivi di proroghe e rinnovi, ed indipendentemente dai periodi di interruzione intercorsi tra un contratto e l'altro), il rapporto deve considerarsi a tempo indeterminato dal superamento del limite, fatte salve le regole sulla successione dei contratti, nonché le diverse disposizioni eventualmente dettate dai contratti collettivi di livello nazionale, territoriale o aziendale, sottoscritti con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale⁸.

Il legislatore pone tuttavia una deroga al tetto massimo del rapporto a termine: è infatti ammesso, fra le stesse parti, un ulteriore contratto a tempo determinato, da sottoscrivere presso la competente Direzione Territoriale del Lavoro con l'assistenza di un rappresentante sindacale, di durata non superiore a quella fissata in appositi avvisi comuni dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale⁹. Questo contratto deve intendersi a tempo indeterminato in caso di violazione della procedura prescritta per la sua stipula o in caso di inosservanza del termine di durata. Le disposizioni sul superamento dei 36 mesi non operano in relazione alle attività considerate stagionali e a quelle aggiuntive eventualmente previste dalla contrattazione collettiva nazionale fra

⁸ Sulla successione dei contratti, cfr. accordo nazionale 7 novembre 2014, cit.; accordo 1° ottobre 2014 sulla sezione specifica Gestori aeroportuali del CCNL del trasporto aereo; verbale di accordo 1° luglio 2014 per il rinnovo del CCNL 19 aprile 2010 per i lavoratori dipendenti delle imprese edili e affini e del CCNL Cooperative 26 aprile 2010; accordo ponte 16 ottobre 2014, cit.; accordo 25 luglio 2014 per il rinnovo del CCNL area Tessile-Moda 3 dicembre 2010 per i dipendenti delle imprese artigiane dei settori Tessile, Abbigliamento, Calzaturiero, Pulitintolavanderia, Occhialeria.

⁹ Sulla possibilità di stipula di un ulteriore contratto oltre il tetto massimo dei 36 mesi, cfr., quanto ai contratti successivi alla riforma, ipotesi di accordo 8 settembre 2014 per il rinnovo del CCNL per i dipendenti dalle imprese di acconciatura, estetica, tricologia non curativa, tatuaggio, piercing e centri benessere; avviso comune Farmacie municipalizzate 21 maggio 2014 per la disciplina della deroga di cui all'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/2001 – durata del contratto a termine; verbale di accordo 1° luglio 2014, cit.; accordo 25 luglio 2014, cit.; ipotesi di accordo 25 marzo 2014 per il rinnovo del CCNL 27 gennaio 2011 area Legno-Lapidei; ipotesi di accordo 18 settembre 2014 per la stipula del CCNL per i lavoratori dipendenti dalle imprese artigiane esercenti servizi di pulizie; accordo Turismo-Confercommercio 16 giugno 2014 di attuazione delle disposizioni in materia di contratto a tempo determinato e di apprendistato; accordo 28 novembre 2014 di rinnovo del CCNL Energia e Petrolio 22 gennaio 2013; accordo 4 luglio 2014 di rinnovo della parte economica del CCNL per il personale dipendente da imprese esercenti attività di onoranze e trasporto funebre; accordo nazionale 7 novembre 2014, cit.

le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative¹⁰.

L'ulteriore requisito al quale è condizionato il ricorso al lavoro a termine (oggetto di particolare disamina da parte della circ. Mi. lav. n. 18/2014)¹¹ consiste nel limite percentuale entro il quale deve attenersi il numero complessivo dei rapporti di lavoro a tempo determinato in azienda, pari al 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al primo gennaio dell'anno di riferimento¹². La conseguenza dell'inosservanza del limite

¹⁰ In proposito, cfr. accordo ponte 16 ottobre 2014, cit.

¹¹ A commento, si veda E. MASSI, *Contratti a termine, somministrazione e apprendistato*, in *DPL*, 2014, n. 34-35, 1838 ss.

¹² Sul superamento del limite quantitativo del 20%, cfr. accordo nazionale 7 novembre 2014, cit., che alza la soglia al 25%; accordo 14 luglio 2014 di rinnovo del CCNL Confapi per gli addetti delle piccole e medie industrie di cemento, fibrocemento, calce e gesso, che consente di modificare la soglia percentuale mediante accordo sindacale, anche aziendale, qualora se ne ravvisi la necessità ed in funzione delle specifiche esigenze aziendali; verbale di accordo 1° luglio 2014, cit., che alza la soglia al 25% e consente un ulteriore 15% di assunzioni a tempo determinato con riferimento ai lavoratori iscritti alla Borsa lavoro edile nazionale; protocollo d'intesa 25 settembre 2014 sull'art. 4, sez. IV, titolo I, del CCNL 5 dicembre 2012 Metalmeccanici Industria, che rinvia alla contrattazione aziendale l'individuazione di limiti quantitativi diversi quando si ravvisi la necessità, per l'esecuzione di un'opera, di un servizio, di una commessa o di un appalto definiti o predeterminati nel tempo, di assumere lavoratori con contratto a tempo determinato oltre il limite legale del 20%; CCNL 10 novembre 2014 per i dipendenti delle agenzie di assicurazione in gestione libera, che eleva la soglia al 30%; accordo 28 novembre 2014, cit., che eleva la soglia al 25%, consentendo l'ulteriore innalzamento al 40% con riferimento all'esecuzione delle attività di cantiere e di quelle di commessa, nei settori di ingegneria, servizi, montaggio e perforazione; accordo 21 agosto 2014 sul contratto a tempo determinato per gli studi professionali o società che amministrano condomini e patrimoni immobiliari o erogano servizi integrati agli edifici, che ammette le assunzioni a termine senza limiti quantitativi a fronte delle elencate ragioni oggettive, soggettive e di rioccupazione; accordo di prossimità 17 giugno 2014, cit., che non sottopone a limiti quantitativi i contratti a termine stipulati per prestazioni da svolgersi nei periodi: connessi a festività, religiose e civili, nazionali ed estere; connessi allo svolgimento di manifestazioni; interessati da iniziative promozionali e/o commerciali; in cui si svolgono le svendite di fine stagione; di intensificazione stagionale e/o ciclica dell'attività in seno ad aziende ad apertura annuale; accordo 25 luglio 2014, cit., che consente nelle imprese che occupano da 0 a 5 dipendenti (comprendendo tra questi sia i lavoratori a tempo indeterminato, sia gli apprendisti) l'assunzione di 2 lavoratori a termine e nelle imprese che occupano più di 5 dipendenti l'assunzione di un lavoratore a tempo determinato ogni 2 dipendenti in forza, inoltre sottrae dal computo dei limiti quantitativi i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato per sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto ed esenta in ogni caso da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi nei primi 18 mesi dalla fase di avvio di nuove attività d'impresa, nuovo reparto, nuovo appalto o

percentuale consiste nel versamento, per ciascun lavoratore, di una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non sia superiore a uno, e pari al 50% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale sia superiore a uno.

Il limite percentuale non si applica ai datori di lavoro che occupano fino a 5 dipendenti (per i quali è sempre ammissibile l'assunzione di un lavoratore a termine) e ai contratti stipulati tra istituti pubblici di ricerca o enti privati di ricerca e lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa. Inoltre, viene fatto salvo quanto disposto dall'art. 10, comma 7, del medesimo d.lgs. n. 368/2001, che affida l'individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi per l'utilizzazione del contratto a tempo determinato ai contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, e sottrae in ogni caso alle limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi: a) nella fase di avvio di nuove attività, per i periodi definiti dai contratti collettivi nazionali, anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici; b) per ragioni di carattere sostitutivo o di stagionalità; c) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi; d) con lavoratori di età superiore a 55 anni.

2. I limiti alla fungibilità dei contratti a tempo determinato e indeterminato

In tale quadro, risulta peraltro ribadita in via di principio la primazia del contratto a tempo indeterminato come tipo negoziale di riferimento delle prestazioni lavorative. All'art. 1, comma 01, d.lgs. n. 36/2001 («Il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro»), in linea con l'art. 1, comma 1, della l. n. 92/2012, che identificava nel contratto a tempo indeterminato il «cosiddetto contratto dominante, quale forma comune del rapporto di lavoro», si è aggiunto ora l'art. 1, comma 7, lett. b, l. n. 183/2014, che fissa quale obiettivo del legislatore delegato quello di «promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo

nuova linea di produzione, ovvero per quelle aree geografiche e per le esigenze la cui individuazione è rimessa alla contrattazione collettiva regionale.

indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti».

In verità tali espresse enunciazioni legislative non trovano riscontro nella descritta disciplina¹³ che sembra rendere pienamente fungibili e alternativi i contratti di lavoro a tempo indeterminato e a tempo determinato. L'affermazione si ricava non dalla disciplina legislativa proposta, ch , sebbene in forme molto pi  flessibili del passato, prospetterebbe l'esistenza di limiti al ricorso alla figura temporanea di rapporto (previsione di una durata massima, indicazioni di un numero di proroghe massime, previsione di un diritto di precedenza per le successive assunzioni, previsione di un intervallo minimo nella successione contrattuale, previsioni di divieti espliciti, e soprattutto introduzione di un limite quantitativo massimo percentuale), ma dal fatto che tale disciplina non assume carattere imperativo, non indica soglie minime invalicabili, ma si configura quale semplice regolamentazione di *default*, da applicarsi in via marginale e residuale solo in ipotesi in cui manchi una disciplina collettiva, vuoi di livello nazionale, vuoi di livello territoriale o aziendale¹⁴. Purch  la contrattazione sia assunta in seno alle organizzazioni sindacali comparativamente pi  rappresentative del settore a livello nazionale, la disciplina legale potr  essere liberamente modificabile e sopprimibile dall'autonomia collettiva, senza vincolo alcuno e senza reti di protezione (in tal senso il riferimento ricorrente   «fatte salve diverse disposizioni della contrattazione collettiva»). Cos  il limite massimo di durata pu  essere esteso e financo soppresso; alla stessa stregua il limite percentuale massimo di contingentamento pu  essere innalzato *ad libitum*, fino a ricomprendere soglie

¹³ Cfr. M. BROLLO, *La flessibilit  del lavoro a termine dopo il "Jobs Act"*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e mercato globale. Atti del Convegno in onore di Paolo Tosi (Torino, 11-12 aprile 2014)*, ESI, 2014, 135 ss.: «L'utilizzo del contratto a tempo determinato dopo il Decreto Poletti   regolato dalla circostanza che il datore deve rispettare (oltre ai tradizionali casi di divieto, ex art. 3, D. Lgs. n. 368/2001) i nuovi limiti temporali e quantitativi, combinati assieme, e sintetizzati nella regola finale del 36, 5 e 20, al punto da costituire il nuovo "triangolo della flessibilit ". Tali numeri (i primi due cardinali e il terzo in valore percentuale, accompagnati dalla relativa unit  di misura) individuano, sul piano quantitativo, i presupposti per l'uso del lavoro a termine, cio  misurano i limiti indispensabili per bilanciare la flessibilit  in entrata a vantaggio del datore in uno scenario di perdurante incertezza economico-occupazionale».

¹⁴ D'altronde, solo per la deroga al limite del 20% della forza-lavoro occupata a tempo indeterminato vi   un rinvio esclusivo alla contrattazione nazionale, ma tale rinvio   stato di fatto ampliato in diversi contratti collettivi nazionali che hanno gi  espressamente abilitato la contrattazione aziendale ad intervenire in via ulteriormente derogatoria rispetto alla stessa previsione assunta dal CCNL (per tutti, valga l'esempio del settore metalmeccanico).

del 50-70% o addirittura del 100% (con buona pace del principio del contratto a tempo indeterminato come forma contrattuale dominante o comune di descrizione dei rapporti di lavoro).

Ciò nei fatti è già capitato e sta prendendo piede, con una tendenza alla generalizzazione, in numerosi settori merceologici. È vero che sono pochi allo stato i casi di contratti collettivi nazionali che intervengono in senso estensivo su tutti i menzionati profili (ampliamento contingentamento, prolungamento durata massima, eliminazione intervalli), ma è pur vero che alcuni casi, come sopra visto (ad esempio, il CCNL area comunicazione per l'impresa artigiana del 13 maggio 2014), già esistono e altri potrebbero a breve prospettarsi, e che la disciplina può formarsi in senso multilivello con deroghe su alcuni profili dal nazionale e altre deroghe da parte dell'aziendale, che mantiene sul primo valore derogatorio anche se duplicativo e non rinviato. D'altro canto non solo la legge promuove la competizione fra nazionale ed aziendale sulla regolamentazione della materia, ma tale competenza integrativa e derogatoria del livello aziendale viene recuperata ed enfatizzata, anche in settori contrattuali a maggiore tradizione "conservatrice" sebbene per finalità derogatorie circoscritte (v. il citato accordo metalmeccanici privati separato del 25/9/2014 in cui si conviene: «Le Parti concordano, altresì, che in via transitoria e comunque fino a tutto il 31 dicembre 2015 (data di scadenza del C.C.N.L. 5 dicembre 2012), è rinviata alla contrattazione aziendale la individuazione di limiti quantitativi diversi quando si ravvisi la necessità, per l'esecuzione di un'opera, di un servizio, di una commessa o di un appalto definiti o predeterminati nel tempo, di assumere lavoratori con contratto a tempo determinato oltre il suddetto limite del 20%»).

Ora, lasciare in mano completamente alla contrattazione collettiva la disciplina dei contratti a termine, consentendole di fatto di liberalizzare il ricorso al contratto a tempo indeterminato, oltre ad essere contrario al principio ispiratore costituzionale e dell'Unione europea di garantire un lavoro, non solo dignitoso e sicuro, ma anche stabile, sovverte la considerazione del rapporto tempo indeterminato / tempo determinato come rapporto regola / eccezione e apre la strada ad una proliferazione incontrollata e incontrollabile (giocandosi prevalentemente a livello aziendale) di discipline, ciascuna diversa dall'altra e con proprie peculiarità applicative.

Ma quello che è più grave, in termini di tenuta del sistema regolamentare, è che tale rinvio alla sede collettiva non assicura il nostro ordinamento dal rischio di un massiccio utilizzo abusivo dello strumento, eppure formalmente conforme alla vigente disciplina come risultante dall'attuale assetto delle fonti, con un forte sospetto di incompatibilità con la normativa di riferimento

dell'Unione europea rappresentata dalla direttiva 1999/70/CE, nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia.

Se infatti la direttiva non indica specificamente quale sia la misura da preferirsi per evitare una successione abusiva di contratti a termine che vanifichi l'obiettivo primario di «migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione» e di «creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato», né quale apparato sanzionatorio mettere a presidio dell'eventuale violazione di tale misura; comunque la direttiva impone agli Stati membri l'adozione di «ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti», ovvero «durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi», ovvero «numero di rinnovi dei suddetti contratti o rapporti», dunque di una misura che sia «effettiva», «vincolante» e «adeguata» (quanto all'aspetto prevenzionistico) per l'impresa¹⁵, nonché l'adozione di rimedi proporzionati ed effettivamente dissuasivi in caso di violazione.

La Corte di giustizia, da ultimo in Mascolo, ha in maniera trasparente e coerente sempre affermato che le disposizioni attuative interne devono essere ispirate alla realizzazione dello scopo e dell'effetto utile della direttiva (prevenzione del ricorso abusivo ai contratti a termine), e che «il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro. Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punti 36 e 37 nonché giurisprudenza ivi citata)»¹⁶.

¹⁵ Per l'esplicazione concettuale di tali caratteri, si veda C. giust. 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, *Maurizio Fiamingo (C-362/13)*, *Leonardo Zappalà (C-363/13)* e *Francesco Rotondo e a. (C-407/13)* c. *Rete Ferroviaria Italiana SpA*, punto 56.

¹⁶ Così C. giust. 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Raffaella Mascolo (C-22/13)*, *Alba Forni (C-61/13)* e *Immacolata Racca (C-62/13)* c. *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Fortuna Russo c. Comune di Napoli (C-63/13)* e *Carla Napolitano e altri contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (C-418/13)*, punto 100.

Non necessariamente l'ordinamento nazionale deve adottare il modello della causalità e della giustificazione in base a ragioni obiettive, ma se non lo adotta o lo cancella (come nel caso dell'ordinamento italiano) deve sostituirlo con altra misura ugualmente idonea a raggiungere lo scopo della direttiva. E tale misura non si vede come possa essere incisa e condizionata al punto da essere totalmente modificata ed anche eliminata dalla contrattazione collettiva, seppure assunta dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, secondo percorsi e modalità del tutto liberi e svincolati da qualsivoglia punto fermo invalicabile. Spetta infatti al legislatore nazionale assicurare che comunque, ed in ogni situazione negoziale, a prescindere dal settore di appartenenza del lavoratore e all'impresa interessata, sia rispettato un *aliquid* di tutela minimale, volto agli scopi anti-abusivi imposti dalla direttiva CE.

3. Un meccanismo ad elevato rischio di incompatibilità comunitaria, anche a prescindere dai profili di merito delle soluzioni regolative proposte

Dunque, se il legislatore avesse approntato il requisito quantitativo come inderogabile *in peius* dall'autonomia privata, anche collettiva, nonché quello temporale della durata massima, parimenti inderogabile *in peius*, avrebbe potuto superare, almeno sotto il preliminare profilo del riparto fra fonti, la prospettata censura di contrasto con norma di rango superiore. Così facendo invece ha aperto la strada non solo a possibili rinvii pregiudiziali alla Corte da parte di giudici nazionali, ma anche ad una possibile procedura di infrazione da parte della Commissione europea, anche a seguito della denuncia avanzata dalla Cgil.

Insomma ci sembra che sia da rivedere il meccanismo prospettato poiché inidoneo, a prescindere dalle soluzioni di merito non obbligatoriamente delineate, a realizzare lo scopo e l'effetto utile della direttiva.

E ciò è dimostrato, come osservato, proprio dalla prima esperienza contrattuale collettiva che, non solo è stata molto copiosa e diffusa, ma è intervenuta in maniera pressoché esclusivamente peggiorativa del dato contrattuale preesistente ed anche peggiorativa del vincolo legale di *default* (mai, allo stato, è intervenuta in senso migliorativo). Si è così trasfusa nella prima contrattazione collettiva successiva alla riforma sia l'esigenza di intervenire rapidamente per sgomberare il campo dalla vecchia normativa collettiva, articolata su presupposti diversi e ormai soppressi dal *new deal*

(primo fra tutti il fondamento causale del contratto), che tuttavia, per via della clausola di salvaguardia prevista all'art. 2-*bis*, d.l. n. 34/2014, quanto al limite percentuale e in base al principio della onnicomprensività della disciplina collettiva quanto agli altri profili, rimaneva vigente sino alla scadenza ovvero appunto alla sua sostituzione¹⁷; sia il “sentimento” che la norma legale costituisca non un punto di riferimento anti-abusivo ma uno zoccolo minimale di tutele liberamente intaccabile ed erodibile dalla contrattazione collettiva.

Dunque, anche a non voler dar credito alle argomentate tesi che rinvergono un contrasto con la direttiva nella copertura *ex se* di esigenze permanenti e durevoli dell'impresa con personale temporaneo, ovvero che sostengono la ricorrenza di un effetto discriminatorio per età e per sesso nell'adozione del nuovo impianto, o ancora che ritengono violata nella specie la clausola di non regresso tenuto conto della mancata dimostrazione della finalità di politica sociale “compensativa” rappresentata dall'incremento occupazionale¹⁸, non ci pare possa essere superata la prospettata, dirimente, obiezione in ordine all'inefficienza ed inadeguatezza del meccanismo di rinvio incondizionato all'autonomia collettiva. Meccanismo che non consente al nostro ordinamento giuridico di dare certezze di tutela in quanto rende instabile e non garantita a

¹⁷ Confermativo della permanenza in vita delle clausole della contrattazione collettiva preesistenti alla modifica legislativa, risulta il consolidato orientamento giurisprudenziale ammissivo con riguardo alle clausole collettive di apposizione del termine antecedenti all'abrogazione dell'art. 23, l. n. 56/1987. La Corte di cassazione, ha affermato che «in tema di contratto di lavoro a termine, le clausole degli accordi collettivi aziendali del 5 aprile 1997 e dell'8 giugno 2000 per i dipendenti RAI, stipulate ai sensi dell'abrogato art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, che prevedono ipotesi di apposizione del termine, ulteriori rispetto a quelle legali, rientrano nel regime transitorio previsto dall'art. 11 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, e mantengono, dunque, al pari dei contratti individuali definiti in attuazione della normativa previgente, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi» (Cass. 3 gennaio 2014, n. 27, in *MGC*, 2014, 3; in senso conforme, Cass. 4 luglio 2008, n. 21092, *ivi*, 2008, 7-8). Nello stesso senso in dottrina, si veda M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, Working Paper ADAPT, 14 aprile 2014, n. 153.

¹⁸ Si veda in tal senso la *Denuncia alla Commissione Europea per la violazione da parte della Repubblica Italiana di obblighi derivanti da fonti normative dell'Unione Europea*, in *CSDLE Newsletter*, 8 agosto 2014, n. 17, presentata dalla Cgil: «a) la nuova legge contiene una frase del tutto generica e non supportata da alcun dato statistico che consenta di valutare se la liberalizzazione del contratto a termine potrebbe in effetti conseguire l'obiettivo perseguito; b) sussistono al contrario numerose evidenze empiriche che mettono in evidenza come le varie riforme del contratto a termine sino ad oggi realizzate (in oltre un decennio!) non sono state in grado di realizzare un effettivo aumento dei livelli occupazionali. Pertanto, il nuovo intervento legislativo non giustifica in alcun modo l'abbassamento del livello generale della tutela e non consente, quindi, di legittimare la riforma» (57).

priori ed in via generalizzata l'attuazione di misure minime prevenzionistiche imposte dal sistema comunitario.

Né potrebbe replicarsi che l'evenienza di una disciplina peggiorativa che riduca eccessivamente o annulli *in toto* qualsivoglia limite applicativo al ricorso al contratto a termine non è scontata e che debba essere valutata nel caso specifico, con, se necessario, una riconduzione giudiziale alle soglie minimali previste *ex lege*. Tale operazione non sarebbe tuttavia praticabile, fra gli altri, per due ordini di ragioni: da un lato, perché non si tratta di soglie minimali, ma di indicatori di riferimento valevoli solo in via residuale, in assenza di diversa disposizione contrattuale; in secondo luogo perché il giudice, chiamato a valutare la conformità della disciplina interna alle disposizioni dell'Unione europea, deve svolgere un sindacato generale sull'eventuale sussistenza di un insanabile contrasto, e quindi valutare se la norma possa risultare cedevole sul versante delle prescrizioni minime di tutela, secondo lo spirito e lo scopo della direttiva, non se, nel caso specifico sottoposto al suo esame, la contrattazione collettiva abbia o meno intaccato il limite legale in modo tale da azzerare la finalità anti-elusiva (ammesso che tale limite sia stato giudicato nel merito consono dal giudice domestico e comunitario). Il confronto riguarda le discipline, non la situazione di fatto concreta sottoposta all'esame del giudice nazionale.

Un modello regolatorio quale quello delineato dal *Jobs Act* sembra pertanto possa difficilmente superare i consolidati assetti valutativi della giurisprudenza comunitaria perché, almeno potenzialmente, integralmente svuotabile di ogni contenuto di garanzia per il tramite del contratto collettivo. In ogni caso, anche scendendo nel merito dei limiti quantitativi e temporali introdotti e dei rimedi sanzionatori, possono poi aprirsi ulteriori profili di criticità in ordine alla durata massima riferita solo alle stesse mansioni (ma si potrebbe rimediare in tal caso richiamandosi, come opportunamente fatto dal Ministero nella menzionata circ. n. 18/2014, a mansioni espressive di professionalità equivalente per sedare il rilievo fattuale alla inevitabile precarizzazione permanente legata al semplice cambio di mansioni e a quello giuridico, contenuto nella direttiva, della «durata massima *totale* dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi»), alla previsione di un intervallo molto contenuto, all'assenza di limiti al rinnovo e allo scarso valore deterrente e dissuasivo della sanzione amministrativa delineata¹⁹, sempre che si arrivi a concludere che la stessa è assorbente di ogni altra sanzione civilistica prospettabile (segnatamente, conversione del rapporto a tempo indeterminato).

¹⁹ P. ALBI, *Le modifiche al contratto a termine*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, 138.

Insomma, se si fosse aperto alla contrattazione solo in senso restrittivo, oppure anche estensivamente ma nell'ambito di un tetto massimo alla derogabilità *in peius*, magari all'interno di un *range* predefinito legale, l'impianto avrebbe avuto *chance* di resistenza, così invece, in un contesto di polverizzazione e liberalizzazione incontrollata delle discipline, appare semplice prevedere che ad un'impennata di conflittualità giudiziale, in assoluta antitesi con gli intendimenti del legislatore, segua una fase di reflusso e necessaria revisione legislativa, che sia in grado di dare maggiore certezza ed unicità di cornice disciplinare alla materia, pur senza abdicare al ruolo di differenziazione e prossimità dell'autonomia collettiva.

I vincoli sistematici (costituzionali) al contratto a termine a-causale

di Rosario Santucci

1. Cenni del quadro normativo sul contratto a termine

Tra le sensibili innovazioni, apportate dal d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito dalla l. 16 maggio 2014, n. 78 (art. 1, comma 1), alla disciplina del contratto a tempo determinato (d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368), spicca quella che riguarda lo “svincolo” della stipulazione di tale contratto di lavoro dalla sussistenza di cause tipiche che lo giustificano (le ragioni di carattere «tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo»: art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001). Si è così determinato, a partire dalla data di entrata in vigore del decreto-legge, la c.d. “a-causalità” del contratto a tempo determinato¹. Per

¹ Il testo dell’art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 risulta adesso il seguente: «si consente l’apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto di lavoro a tempo determinato, sia nell’ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del co. 4 dell’art. 20 del d.lgs. n. 276/2003». Sulle novità legislative cfr. F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I. Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University Press, 2014; A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine. Aggiornato alla legge 16 maggio 2014, n. 78*, Giappichelli, 2014; V. SPEZIALE, *Il contratto a termine: nuove disposizioni e regime risarcitorio*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, 2014. Per la disciplina pregressa e, in ogni caso, analisi sistematiche, cfr. per tutti G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell’evoluzione dell’ordinamento*, Giuffrè, 2010, L. MENGHINI, *L’apposizione del termine*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 2011; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012; R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a

valutare adeguatamente la compatibilità di tale rilevante modifica con i vincoli sistematici che incidano (se e quali) sulla sua disciplina, è opportuno, dopo un breve *excursus* sull'acausalità del contratto a termine nel precedente quadro normativo, soffermarsi in via preliminare su alcuni aspetti della materia, per tenere conto della sua nuova organica articolazione.

1.1. Il quadro normativo preesistente alla l. n. 78/2014

L'acausalità del contratto a termine non è una novità per il nostro ordinamento².

Già l'art. 8, comma 2, della l. n. 223/1991, al fine di contrastare la disoccupazione, consentiva la stipulazione di contratti a termine della durata non superiore ad un anno, senza alcuna apparente esigenza obiettiva dell'impresa, ma al solo fine di incentivare con agevolazioni contributive l'assunzione di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità (quota di contribuzione pari a quella degli apprendisti; nel caso di trasformazione del predetto contratto, nel corso del suo svolgimento, in contratto a tempo indeterminato, beneficio contributivo per ulteriori dodici mesi in aggiunta a quello previsto dal comma 4, vale a dire per il datore di lavoro, massimo per dodici mesi, un contributo mensile pari al 50% dell'indennità di mobilità che sarebbe spettata al prestatore di lavoro). Come pure, al fine di ridurre il deficit previdenziale venivano consentiti ed agevolati, con esenzione contributiva, contratti a termine per la prosecuzione del lavoro dei dipendenti che differissero il pensionamento d'anzianità (art. 75, l. n. 388/2000). La giurisprudenza ha avallato la scelta legislativa, rilevando che la previsione della l. n. 223/1991 non contrasta con la direttiva CEE n. 70 del 1999, intesa a evitare l'abuso dei contratti di lavoro a tempo determinato, in quanto l'apposizione del termine è rimessa non all'arbitrio delle parti, ma ad una situazione soggettiva (lo stato di disoccupazione del lavoratore e la sua iscrizione nelle liste di mobilità)³, e giustificando tanto la proroga del termine iniziale alla permanenza delle condizioni soggettive legittimanti l'originaria stipulazione, quanto la

cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013; P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, ES, 2013.

² Cfr. S. CIUCCIOVINO, *I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *op. cit.*, spec. 125 ss.

³ Si veda Cass. n. 3374/2003, in *DeJure*; Cass. n. 25315/2007; Cass. n. 16871/2008. Soltanto Cass. n. 15820/2001 ritiene che si tratti di causale oggettiva, per crisi dell'impresa datrice di lavoro.

trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato e l'utilizzo dell'incentivazione prevista dalla l. n. 223/1991. La condizione è prettamente soggettiva anche in caso di assunzione con contratto a tempo determinato di disabile psichico, sulla base di specifica convenzione tra l'impresa che assume e la pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 11, l. n. 68/1999, caso in cui non è richiesta l'indicazione nel contratto di lavoro delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano l'apposizione del termine⁴.

Ad ogni modo, il d.lgs. n. 368/2001, in funzione dell'obiettivo della maggiore flessibilità, aveva già ampliato l'ambito delle ragioni che legittimano l'instaurazione di un rapporto a tempo determinato consentendo l'apposizione del termine a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. Ciò tanto più se le ragioni possono riferirsi all'ordinaria attività del datore di lavoro (come precisato dall'art. 21, comma 1, della l. n. 133/2008, ad integrazione dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001) e che il controllo giudiziale sulle stesse non può riguardare il merito delle valutazioni che costituiscono esclusiva prerogativa dell'imprenditore (art. 30, comma 1, l. n. 183/2010). Il legislatore del d. n. 368/2001, al fine di evitare l'abuso del contratto, aveva tuttavia previsto la possibilità, in capo alla contrattazione collettiva, di introdurre le c.d. clausole di contingentamento (art. 10, comma 7), ma con parecchie eccezioni.

Nonostante la progressiva liberazione dell'apposizione del termine da vincoli incisivi, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che le ragioni giustificative non coincidono con qualunque esigenza generica di assunzione e inferito che le ragioni stesse siano caratterizzate da un nesso di causalità rispetto alla decisione di apporre un termine di durata al contratto; in mancanza di idonee ragioni la clausola appositiva del termine è dichiarata nulla e il contratto è convertito a tempo indeterminato⁵.

Va anche sottolineato che risultano esenti dalla disciplina vincolistica dei contratti a termine i rapporti di lavoro la cui durata non è superiore a dodici giorni (rapporti definiti puramente occasionali, art. 1, comma 4); e sono esclusi dal campo di applicazione del decreto numerose fattispecie previste dall'art. 10 e nella stessa disposizione (comma 7) è prevista l'esenzione da limiti quantitativi per una serie di processi organizzativi delle aziende ovvero la rimodulazione dei limiti quantitativi ad opera dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

⁴ Cfr. Cass. n. 13285/2010, in *GC*, 2011, I, 170 ss.

⁵ Si veda anche C. cost. n. 214/2009.

Ma sicuramente con la l. n. 92/2012 (art. 1, comma 9, lett. *b*, che introduce un comma 1-*bis* nell'art. 1 d.lgs. n. 368/2001), il legislatore prevede la più ampia acausalità: la libertà di stipulazione del contratto a termine per qualunque tipo di mansione senza necessità di alcuna giustificazione (non è richiesto il requisito di cui al comma 1), se si tratta di primo rapporto a tempo determinato tra le stesse parti con durata non superiore ai dodici mesi (lett. *a*), oppure in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale⁶. Conseguentemente, se la giustificazione non serve, non va specificata nel contratto scritto (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001, come modificato da art. 1, comma 9, lett. *c*, l. n. 92/2012). La proroga, le cui ragioni oggettive sarebbero difficilmente individuabili in assenza di ragioni originarie, non dovrebbe essere ammessa: così espressamente stabilisce l'art. 4, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, introdotto da art. 1, comma 9, lett. *d*; anche se va sottolineata la evidente contraddizione tra la possibilità che l'anno vada computato comprensivo di proroga e l'inammissibilità della proroga fissata dall'art. 4, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001. Forse per eliminare la contraddizione, accrescendo però i dubbi, l'art. 7, comma 1, lett. *b*, del d.l. n. 76/2013, convertito dalla l. n. 99/2013, ha abrogato il comma 2-*bis* che vietava la proroga!

La novità più rilevante della l. n. 92/2012 è stata dunque quella di consentire di instaurare il primo rapporto a tempo determinato purché di durata non superiore ad un anno, anche in mancanza di specifiche ragioni giustificative. La dichiarazione di principio contenuta nel comma 01 dell'art. 1 secondo cui il contratto a tempo indeterminato è la forma comune del rapporto di lavoro trova, quindi, per i contratti a termine acausali, una concreta esplicazione soltanto nelle disposizioni dirette a prevenire gli abusi nella reiterazione tra gli stessi soggetti di successivi rapporti a termine.

⁶ Tale ultima previsione è stata introdotta dal d.l. n. 76/2013, convertito dalla l. n. 99/2013, che ha ulteriormente ampliato i margini di flessibilità rispetto al contratto a-casuale poiché, come si ricorderà, la l. n. 92/2012, pur già prevedendo la possibilità per il sindacato di intervenire tipizzando ulteriori ipotesi di contratti a termine non caratterizzati dalla temporaneità, ne fissava però un limite pari al 6% del totale degli occupati nell'unità produttiva.

1.2. Il quadro della l. n. 78/2014

Per bilanciare l'eliminazione dell'obbligo di indicare le ragioni giustificatrici è stato imposto un limite quantitativo legale (qui la differenza dalla l. n. 92/2012,) presidiato espressamente e quantomeno da sanzioni amministrative (il numero complessivo dei contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione)⁷. Si consente però ai contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, di individuare, anche in misura non uniforme, limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato⁸: le parti sociali possono legittimamente derogare, ad esempio, al limite percentuale del 20% di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 (aumentandolo o diminuendolo); e, in ogni caso, si esentano da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi in una serie di settori o con lavoratori di età superiore ai 55 anni o per start up di nuove attività (in tutte le ipotesi peraltro già previste dall'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001).

Il bilanciamento appare dunque flessibile, data la mole di esenzioni dal limite e soprattutto la facoltà di ampliarlo, riconosciuta alla contrattazione collettiva. Si tratta di un formale adeguamento alle esigenze di stabilità e di qualità

⁷ In sede di conversione del d.l. n. 34/2014 – e pertanto a far data dal 20 maggio u.s. – il legislatore ha introdotto una specifica sanzione amministrativa a presidio dei limiti quantitativi di assunzioni con contratto a tempo determinato. Ai sensi del nuovo comma 4-*septies* dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 «in caso di violazione del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, per ciascun lavoratore si applica la sanzione amministrativa: a) pari al 20 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non sia superiore a uno; b) pari al 50 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale sia superiore a uno». Per la [circ. Min. lav. 30 luglio 2014, n. 18](#) la sanzione amministrativa – atteso peraltro il rinvio all'art. 1, comma 1, del decreto che a sua volta rinvia, ove esistenti, alle previsioni adottate dalla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001 – trova applicazione in caso di superamento del limite alla stipulazione di contratti a tempo determinato che il datore di lavoro è tenuto a rispettare, sia questo il limite legale del 20% che il diverso limite contrattuale.

⁸ In questo senso la [circ. Min. lav. n. 18/2014](#), cit.

dell'occupazione, contraddetto dalle disposizioni relative al superamento del limite⁹.

La flessibilità si accresce, se si esamina anche la disciplina della proroga: l'art. 4 dispone che il termine può essere prorogato, con il consenso del lavoratore, solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni. In questi casi le proroghe sono ammesse, fino ad un massimo di cinque volte, nell'arco dei complessivi 36 mesi, indipendentemente dal numero dei rinnovi, a condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. Ciò significa che, nell'ambito di più contratti a tempo determinato stipulati tra un datore di lavoro e un lavoratore «per lo svolgimento di mansioni equivalenti», ai sensi dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, le proroghe totali non potranno essere più di 5. Viceversa, qualora il nuovo contratto a termine non preveda lo svolgimento di mansioni equivalenti, le eventuali precedenti proroghe non dovranno essere “contabilizzate”. Non solo; poiché la proroga è istituito diverso dal “rinnovo”, rimane possibile stipulare più contratti a tempo determinato anche oltre il limite complessivo di 36 mesi nell'ambito delle ampie ipotesi derogatorie già previste dall'art. 5, commi 4-*bis* e 4-*ter*, del d.lgs. n. 368/2001 (il limite dei 36 mesi, previsto in caso di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti, è derogato, fra l'altro, in relazione alle attività stagionali ed a quelle individuate dalla contrattazione collettiva nonché in relazione all'ulteriore successivo contratto «da sottoscrivere presso la Direzione territoriale del lavoro di durata non superiore a quella stabilita dalle organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»; e l'accordo interconfederale tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del 10 aprile 2008, stabilisce che «la durata del contratto a termine che può essere stipulato in deroga a quanto disposto dal primo periodo dell'art. 5, co. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 non può essere superiore ad otto mesi, salve maggiori durate eventualmente disposte dai contratti collettivi nazionali o da avvisi comuni stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro»). Peraltro, anche rispetto a tale

⁹ La circolare rammenta inoltre che sono altresì esenti da limitazioni quantitative i contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 28 del d.l. n. 179/2012 da parte di una start-up innovativa, secondo la disciplina indicata dallo stesso decreto del 2012, le altre fattispecie di esclusione indicate dall'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, ivi comprese quella relativa alle assunzioni ai sensi dell'art. 8, comma 2, della l. n. 223/1991 e quella di cui al nuovo comma 5-*bis* per i contratti stipulati da istituti pubblici ed enti privati di ricerca.

«ulteriore successivo contratto», non sarà più necessaria l'individuazione delle cause giustificatrici dell'apposizione del termine¹⁰.

Se a ciò si aggiunge che per i datori che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto a tempo determinato e che la scrittura non è necessaria quando la durata del rapporto di lavoro, puramente occasionale, non sia superiore a 12 giorni (art. 1, comma 4), il bilanciamento davvero si riduce al lumicino.

Va infine segnalato però che la sussistenza di specifiche ragioni giustificatrici svolge ancora qualche effetto. Ciò può avvenire quando il lavoratore è assunto a termine «per ragioni di carattere sostitutivo o di stagionante»: in tali ipotesi infatti l'assunzione è esente dalle limitazioni quantitative di cui agli artt. 1, comma 1, e 10, comma 7, e il datore di lavoro non è tenuto, ai sensi dell'art. 2, comma 29, della l. n. 92/2012 al versamento del contributo addizionale dell'1,4%.

Il nuovo assetto sulla “causa” avrebbe dovuto indurre decisamente a un migliore coordinamento nella disciplina e a un più serio bilanciamento tra i bisogni fondamentali coinvolti.

2. Il contratto a termine tra acausalità assoluta e relativa, sanzioni e controllo giudiziale

Quale conseguenze derivano dall'acausalità del contratto a tempo determinato? È nota la forte attenzione della giurisprudenza sull'onere probatorio del datore di lavoro di specificare per iscritto le ragioni giustificatrici del tempo determinato, nel senso che dette esigenze vanno provate nella loro sussistenza e va provato il nesso causale con la singola assunzione¹¹. Come pure è noto che la giurisprudenza richiede il carattere della temporaneità ed eccezionalità delle ragioni che giustificano la deroga alla forma comune del contratto di lavoro¹². Qualora vengano meno i requisiti di forma e di sostanza o siano violati i divieti, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato fin dall'origine anche se alcuni reputano che la

¹⁰ Per una tale ricostruzione si veda ancora la [circ. Min. lav. n. 18/2014](#), cit.

¹¹ C. cost. n. 214/2009, cit., ha affermato la necessità, nel caso di contratti a termine basati su ragioni sostitutive, di indicare all'interno del contratto anche il nome del lavoratore e la causa della sua sostituzione.

¹² Per tutte si veda Cass. n. 10033/2010, in *RIDL*, 2011, n. 1, II, 41 ss., con nota di E. RAIMONDI, *La Cassazione conferma la natura temporanea delle causali giustificative del termine*.

conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato per carenza del requisito sostanziale si poteva sostenere solo nella vigenza della l. n. 230/1962; il silenzio del d.lgs. n. 368/2001 avrebbe dovuto indurre all'applicazione dell'art. 1418 c.c.: la nullità della clausola contrattuale avrebbe dovuto comportare la nullità dell'intero contratto se il datore di lavoro avesse dimostrata la volontà di non concludere il contratto senza il termine nullo¹³. Con l'acausalità sembra cadere dunque un pilastro del controllo giudiziale e la conversione del contratto si restringe ai requisiti di forma o alla violazione dei divieti. A tale riguardo, mentre molti ritengono connessa alla violazione dei limiti legali esclusivamente la sanzione amministrativa¹⁴, non tutti però concordano sul fatto che la sanzione amministrativa sia l'unica sanzione applicabile in caso di violazione dei limiti quantitativi legali¹⁵: combinando la disciplina speciale, che attribuisce essenzialità al requisito del rispetto dei limiti, e quella della nullità parziale (art. 1419 c.c.), si ritiene possa sostenersi la trasformazione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato. La tesi riceverebbe un rafforzamento ulteriore se si ragionasse in base alla finalità del limite quantitativo, che è espressione dell'esigenza di stabilità del lavoro e di qualità dell'occupazione. Se così fosse, si potrebbe ritenere comunque di assistere ad un bilanciamento più equilibrato degli interessi in gioco; ma in ogni caso la disciplina presenterebbe oscurità tali da favorire nuovamente applicazioni eterogenee.

Si è sostenuta che l'acausalità è assoluta; in effetti anche sull'assolutezza occorre una certa cautela: quando si vuole usufruire del beneficio dell'esenzione, la causalità riemerge e dovrebbe comportare, in caso di insussistenza di causale, la conseguenza della trasformazione del contratto in tempo indeterminato, che si segnalerebbe anche come effetto indiretto della violazione del limite quantitativo.

¹³ Cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, 2012, 742 ss., ma *contra* l'opinione prevalente della giurisprudenza di merito confermata da Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *DLM*, 2008, n. 2, 385 ss., con nota di M. QUARANTA, *La disciplina del lavoro a termine: certezze giurisprudenziali e revisioni legislative*.

¹⁴ Si veda tra i primi, M. MAGNANI, [La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 212, 8 ss.

¹⁵ Si veda P. CAMPANELLA, *Vincoli e sanzioni nel ricorso al contratto a termine: forma e tetti agli organici*, in questo volume.

3. I vincoli sistematici costituzionali (nazionali ed europei): a) primi rilievi in ordine all'art. 3 Cost.

I vincoli sistematici che riguardano il contratto a termine possono riguardare:

- a) il principio di ragionevolezza;
- b) la stabilità o la continuità del lavoro;
- c) il mantenimento dei livelli occupazionali, il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso e il *work-life balance*;
- d) la libertà di impresa.

Una prima ragione di incostituzionalità della disciplina è individuabile dunque nel possibile contrasto con l'art. 3 Cost., con il principio di ragionevolezza inteso sia come incoerenza e incertezza dell'ordito regolamentare, sia come disparità di trattamento ingiustificata. Emergono tre aspetti.

Per un verso, il legislatore, afferma che il contratto a tempo indeterminato è la forma comune di contratto di lavoro, secondo la nuova formulazione del comma 01 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, comma 39, l. n. 247/2007, e ora novellato dall'art. 1, comma 9, lett. a, l. n. 92/2012; per l'altro verso, incentiva la stipulazione del contratto a termine. Le statistiche dicono che nel 2013, tra i giovani con meno di 25 anni, le assunzioni precarie superano il 50% e tra i laureati con meno di 29 anni la percentuale dei contratti a termine è pari a ben il 39%; in totale i lavoratori a termine corrispondono al 13-14% dell'intera forza lavoro. Non si può disconoscere la fondatezza del rilievo di una palese e irragionevole contraddizione nella normativa, suffragata dai dati statistici.

Immaginare un'acausalità relativa, come nel paragrafo precedente si è accennato, potrebbe creare un corto circuito di coerenza, nell'ambito della disciplina, quanto alle conseguenze sanzionatorie (sempre che tra quelle riguardanti la violazione del limite quantitativo legale non si includa la conversione del contratto): laddove è previsto il beneficio del superamento dei limiti, emerge la causale che, se si provasse inesistente o non connessa al singolo rapporto, avrebbe come effetto la trasformazione del rapporto; per il datore di lavoro l'esenzione potrebbe trasformarsi in un rischio, tenuto conto degli orientamenti giurisprudenziali che attribuiscono rilevanza al principio della temporaneità o eccezionalità della causale; e si potrebbe creare un privilegio per i lavoratori "beneficiari" dell'esenzione rispetto a quelli che non ne potrebbero mai beneficiare. Il cambio della normativa sull'acausalità fa esplodere la questione della ragionevolezza delle esenzioni disposte dal legislatore dai limiti quantitativi: probabilmente la soluzione migliore sarebbe

stata quella di prevedere una possibile esenzione, di tutti, dai limiti, in presenza dell'individuazione di specifiche causali.

Per il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, la normativa non è ben assestata e vi sono difficoltà ricostruttive. Dovrebbe continuare a prevalere il principio fissato dal d.lgs. n. 165/2001 *ex art.* 36, comma 2 (come modificato dal d.l. n. 101/2013, convertito dalla l. n. 125/2013), secondo il quale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili per rispondere ad esigenze «esclusivamente temporanee ed eccezionali»: è una disposizione speciale che prevale rispetto alla disciplina del contratto a termine. Sembrano sussistere giustificate ragioni per esentare le PA dall'acausalità, che ha travolto la disciplina del contratto a termine. Non sembra del tutto chiara però l'esenzione contenuta dall'applicazione del d.lgs. n. 368/2001 dei contratti a termine stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente e ATA nelle scuole nonché del personale del servizio sanitario nazionale, che sembra volerli escludere proprio per fronteggiare l'assenza temporanea del personale in servizio al fine di garantire la costante erogazione del servizio scolastico educativo, dei servizi sanitari e dei livelli essenziali di assistenza: forse si giustifica proprio con riferimento ai vincoli preesistenti in materia di contratto a termine e al d.lgs. n. 165/2001, che vieta la flessibilità, se non per esigenze temporanee ed eccezionali¹⁶. Al di là della chiarezza e dell'impressione che, in ambiti così delicati, prevalgano flessibilità poco controllate, la differenza tra lavoratori pubblici nei servizi indicati e dipendenti privati nei servizi di istruzione, formazione e sanitari sembra originare una disparità di trattamento infondata tra sistema pubblico e privato, tra lavoratori che svolgono lo stesso lavoro e sono impegnati in uno stesso ambito di servizi (anche se l'acausalità sembra aver accorciato le distanze tra questi settori).

4. Segue: b) La stabilità del rapporto di lavoro e la conservazione del contratto

La nuova disciplina del contratto a termine implica valutazioni non solo sulla razionalità della disciplina ma apre la strada a problematiche cruciali per ogni fase del diritto del lavoro. Chi si occupa da tempo di tale materia è abituato a questi voli pindarici. Si ricorda che l'evoluzione della disciplina è stata

¹⁶ La Corte di giustizia, con sentenza 26 novembre 2014, causa C-22/13, ha rilevato una palese violazione della clausola 5, punto 1, della [direttiva 1999/70/CE](#) con riguardo all'esclusione del personale docente e ATA della scuola pubblica dall'applicazione del d.lgs. 368/2001: ora dunque emergono i nodi e occorrerà scioglierli.

sintomatica di fasi del diritto del lavoro e sindacale quanto all'assetto delle fonti, dal garantismo rigido a quello flessibile.

La stabilità o la continuità del rapporto di lavoro costituisce una regola incorporata nella disposizione costituzionale, che sancisce il diritto al lavoro (art. 4 Cost.). La Corte costituzionale se ne è occupata con riguardo alla disciplina del licenziamento, ritenendo che dallo stesso derivino, per il nostro legislatore, per un verso il vincolo di una disciplina del licenziamento, in cui questo sia sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento¹⁷, e, per l'altro verso, la sua discrezionalità sulla scelta dei tempi e dei modi in rapporto alla situazione economica generale e in particolare dell'adeguata riparazione del danno subito dal lavoratore illegittimamente licenziato¹⁸.

La dottrina ha messo in evidenza la connessione della regola di stabilità non solo con la disciplina dei licenziamenti, ma anche con quella del *lavoro a termine*. Secondo impostazioni dottrinarie classiche, nella stabilità del rapporto di lavoro si ricomprendono vari istituti che, in parte anche prima della nostra Costituzione, sono funzionali all'obiettivo indicato: le limitazioni legali alla libertà di recesso, la conservazione del rapporto che deriva dalla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, le vicende oggettive e soggettive dell'impresa, la disciplina degli effetti dell'invalidità del contratto e il termine del rapporto¹⁹. Il riferimento non è solo alle disposizioni costituzionali ma la "conservazione" è una risposta dell'interpretazione sistematica dell'ordinamento lavoristico alla deroga dei contratti di durata, rispetto alla disciplina civilistica degli altri contratti, per i quali è previsto il recesso ove manchi il mutuo consenso. Com'è noto, si preferì scegliere lo strumento del recesso invece della risoluzione del contratto: «imboccata la strada del recesso – e negando così al rapporto di lavoro ciò che invece si garantisce ad ogni altro rapporto destinato ad inserirsi nel mercato – prevalse l'ossessione per il controllo dei motivi e dunque la perpetuità dei vincoli obbligatori sancito dall'art. 1628 cod. civ. del 1865. Tale divieto postulava, com'è ben noto, la recedibilità *ad nutum* del lavoratore, non del datore di lavoro: impediva al lavoratore di impegnarsi in via perpetua; aver ritenuto che il recesso *ad nutum* trovasse un fondamento giuridico e culturale in tale divieto è una clamorosa mistificazione che si pone alle origini del rapporto di lavoro. Per questa

¹⁷ Cfr. C. cost. n. 103/1989 e C. cost. n. 427/1989.

¹⁸ Si veda C. cost. n. 46/2000; in C. cost. ord. n. 56/2006 la Corte ha affermato che deve riconoscersi al lavoratore il diritto di non subire un licenziamento arbitrario.

¹⁹ Si veda di recente P. ALBI, *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2013, 174 ss.

ragione la dottrina giuslavoristica costituzionale sul tema della stabilità del rapporto di lavoro rappresenta il tentativo giuridico-culturale di ricucire lo strappo fra diritto del lavoro e diritto privato in senso generale, messo in atto dalla suddetta mistificazione»²⁰.

Tralasciandosi in questa sede il legame che la stabilità del rapporto di lavoro conserva con la reintegrazione, da considerare misura in grado di garantire effettività della stabilità, il fondamento della stabilità, inteso nel senso di conservazione del rapporto, è reperibile, oltre che nell'art. 4 Cost., nella formula del diritto al lavoro, anche nelle altre norme costituzionali che, per un verso, costruiscono il lavoro come dimensione della persona umana e che proprio per questo è oggetto di speciali diritti e protezioni, e, per altro verso, garantiscono al rapporto una continuità in presenza di eventi o esercizio di diritti che ne potrebbero comportare l'estinzione (si pensi alla disciplina sul servizio militare, la maternità, la malattia, il diritto alla salute, allo sciopero, all'aspettativa per funzioni pubbliche elettive). In quest'ottica la normativa legislativa sulla sospensione del rapporto di lavoro ha un fondamento, oltre che nella teoria civilistica della conservazione del rapporto, della conservazione del vincolo contrattuale (tenuto conto dell'impossibilità temporanea *ratione temporis* che caratterizza l'impossibilità della prestazione lavorativa), anche nel pregio costituzionale dei diritti riconosciuti al lavoratore per la sua dignità di persona e in attuazione del compito della Repubblica di perseguire l'eguaglianza sostanziale.

A ciò si aggiunge l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui il lavoratore, che ha subito un licenziamento ingiustificato, ha diritto ad essere tutelato. Vero è che l'art. 30 contempla una clausola di cautela nei confronti del diritto dell'Unione e delle legislazioni e prassi nazionali: ma va da sé che, tenendosi conto anche della disposizione che prevede il diritto alla tutela contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità (art. 33.2), è evidente che il contenuto essenziale del diritto fondamentale è quello della tutela contro il licenziamento ingiustificato.

È noto che la Carta dei diritti fondamentali contempla clausole orizzontali (art. 52) nel cui ambito sono disposti limiti per portata e interpretazione di diritti e principi, garantiti dalla Carta stessa, e che le disposizioni della Carta sono differenziati tra diritti e principi. In particolare per i principi è disposto che gli stessi possono essere attuati da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di stati membri, allorché danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive

²⁰ *Ibidem.*

competenze. Tali disposizioni possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti (art. 52, comma 5). La distinzione comunque tra diritti e principi non è così netta anche se ovviamente il rinvio per attuazione della posizione giuridica garantita può essere un indizio al riguardo. Di recente la Corte di giustizia, nella sent. 15 gennaio 2014, caso *Association médiation social*, sull'art. 27 della Carta ha ritenuto che tale articolo, dal suo tenore letterale, per produrre i propri effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'unione o del diritto nazionale, non presentando quei connotati di precisione e cogenza che lo rendano immediatamente applicabile²¹. Pertanto a differenza dell'art. 21 della Carta, dove è garantito il principio di non discriminazione anche legato all'età (che ha dato origine alla sentenza *Kucudevici*) che lo rende sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo in quanto tale, l'art. 27 della Carta necessita di un supporto attuativo in sede nazionale e quindi non può essere invocato in una controversia finalizzata per pervenire alla conclusione che la norma nazionale non conforme alla direttiva debba essere disapplicata. L'avvocato generale Cruz Villalon era di diverso avviso, ritenendo applicabile orizzontalmente il principio dell'art. 52, comma 5, ma la Corte non ha seguito il ragionamento del tutto plausibile dell'avv. Generale. In effetti le disposizioni della Carta, come alcune norme costituzionali interne (v. ancora il diritto di sciopero), possono leggersi in modo non così dicotomico e, nell'ambito delle stesse disposizioni, possono intravedersi parti sicuramente precettive (il diritto fondamentale affermato chiaramente, non trattandosi di un principio) e parti lasciati alla competenza del diritto dell'Unione e delle prassi e legislazioni nazionali. Diversamente la Carta potrebbe perdere qualsiasi valore, tranne ovviamente per quelle disposizioni che si ritengono contenere diritti soggettivi perfetti e immediatamente efficaci nei rapporti intersoggettivi. Bisognerebbe tenere conto anche della Carta sociale europea, art. 24, ratificata dall'Italia, dove si rinviene un medesimo diritto, se non più ampio (fissandosi il diritto del lavoratore di non essere licenziato senza un valido motivo soggettivo od oggettivo e il diritto del lavoratore licenziato senza un valido

²¹ Sulla *Association de médiation sociale*, si veda M. DELFINO, *La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi fondamentali* (nota a C. giust. 18 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT e altri*), in *DLM*, 2014, n. 1; B. CARUSO, *I percorsi "accidentati" della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue... eppur la talpa scava*, in *RGL*, 2014, n. 2.

motivo ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione e all'impugnazione dinanzi ad un organo imparziale)²².

Dunque la disciplina sull'acausalità del contratto a termine si rivela intrinsecamente contraria al principio della stabilità, con l'instaurazione, per un considerevole periodo di tempo, di contratti a termine e consente di aggirare la regola della stabilità racchiusa nella tutela contro il licenziamento ingiustificato.

5. Segue: c) La tutela dell'occupazione e il *work-life balance*

Ciò permette di passare alla considerazione dell'art. 4 Cost. nella parte in cui dallo stesso deriva la protezione dell'interesse al mantenimento dei livelli occupazionali, il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso²³. Qui forse occorre distinguere tra tutela dell'occupazione e garanzia di quanto necessario per consentire uno sviluppo dell'occupazione. L'orientamento legislativo dell'ultimo decennio, improntato alla flessibilità, sembra mosso dall'idea che, rimuovendo o attenuando il modello protettivo, sopprimendo talune garanzie previste nelle fasi precedenti di evoluzione della disciplina, specie quella tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70 in cui spicca l'emanazione dello Statuto dei lavoratori, derivi il contemperamento del diritto del lavoro con le finalità di incremento dell'occupazione e dell'occupabilità. Ma al di là dei discorsi sul paradigma giuslavoristico – racchiuso nelle sue dimensioni essenziali nella Costituzione e nel diritto europeo –, economisti e sociologi sottolineano come la correlazione non si riscontri empiricamente; anzi i dati OCSE evidenziano la presenza di Paesi con legislazione del lavoro rigida e alti tassi di occupazione e popolazione attiva, a fronte di Paesi con leggi che tutelano assai poco gli occupati e

²² Su questi aspetti si veda L. ZOPPOLL, *Il lavoro e i diritti fondamentali*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2013, vol. I, spec. 104 ss.

²³ Al riguardo cfr. i classici saggi di M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, e M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, entrambi in *RGL*, 1999, n. 3, suppl. Di recente M. NAPOLI, A. OCCHINO, M. CORTI, *I servizi per l'impiego. Art. 2098 c.c.*, Giuffrè, 2010, nonché V. FILÌ, *Politiche attive e servizi per l'impiego*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, suppl. a *DPL*, 2012, n. 33. Sul significato dell'art. 4 Cost. si veda da ultimo anche C. cost. n. 85/2013.

presentano più bassi tassi di occupazione²⁴. Non vi è dubbio, comunque, che tale interesse assume rilievo quale interesse generale e ben distinto sia da quello dei lavoratori già occupati, sia dei datori di lavoro; un interesse che si presenta alquanto complesso e con implicazioni assai peculiari rispetto alle più tradizionali dinamiche del mercato del lavoro. In ogni caso, con riguardo alla tutela dell'occupazione prevale sempre di più l'idea che si tratti di un valore con aggettivi qualificativi, non un qualsiasi valore, non una qualsiasi occupazione ma una occupazione di qualità (anche l'unione europea nella sua agenda della Strategia europea per l'occupazione a partire dal 2003 ha individuato come obiettivi: piena occupazione, migliore qualità e produttività del lavoro e maggiore coesione e inclusione e in ogni caso gli interventi per garantire gli obiettivi sono per la maggior parte fondati su politiche attive del lavoro, su servizi per l'impiego, incentivi alle assunzioni, politiche formative e di accostamento al lavoro: il programma garanzia giovani è un esempio lampante di quanto si sta dicendo).

Altro interesse a venire in rilievo è sicuramente quello che attiene alla conciliazione tra vita familiare e professionale, che si fonda, anch'esso su numerose norme costituzionali e internazionali, e che rientra appieno tra le componenti delle politiche dell'occupazione e del lavoro dell'Unione europea. La conciliazione tempi di lavoro/tempi di vita deve dunque essere espressamente perseguita negli strumenti giuridici attinenti al mercato del lavoro e al *welfare state*. Naturalmente gli istituti del rapporto di lavoro devono contemperare ragionevolmente gli interessi in gioco; e il contemperamento può essere favorito dall'esigenza di elasticità indotta dalle condizioni economiche globali purché queste ultime rispettino il principio che «il lavoro non è una merce»²⁵, accertino che la flessibilità non sia declinata solo unilateralmente, cioè a vantaggio esclusivo delle imprese. Insomma, se può essere favorite dalla possibilità di scegliersi un lavoro part-time o tempi flessibili di lavoro, adeguati alle varie esigenze, non può tollerare una

²⁴ A tal proposito occorrerebbe consultare il rapporto OECD, ILO, WORLD BANK, [G20 labour markets: out look, key challenges and policy responses](#), 2014, secondo cui, sorprendentemente rispetto al passato, più posti di lavoro pagati meglio contribuiscono all'aumento del reddito delle famiglie, rafforzando la domanda di consumi e la decisione delle aziende di fare investimenti e creando in questo modo un circolo virtuoso. Il lavoro, secondo il rapporto, è alla base della ripresa economica; i Paesi del G20 hanno bisogno di posti di lavoro e di migliore qualità, per avviare una crescita sostenuta e garantire il benessere delle loro società.

²⁵ Sul punto al riguardo si veda L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007.

situazione di precarietà, caratterizzata da continui rapporti di lavoro a tempo determinato²⁶.

6. Segue: d) La libertà di impresa

La libertà di impresa viene in considerazione soprattutto con riguardo all'art. 41 Cost., dove per un verso garantisce al datore di lavoro anche di scegliere il migliore assetto organizzativo della propria attività e, quindi, anche le diverse forme di lavoro flessibile – contratto a termine *in primis* – meglio calibrate per quell'assetto, per un altro verso incontra limiti costituiti dall'utilità sociale, dalla libertà, sicurezza e dignità; vengono in considerazione anche gli artt. 15 e 16 della Carta dei diritti fondamentali, nelle quale però si riscontra la clausola di cautela secondo cui la tutela accordata deve conformarsi al diritto dell'Unione e alle legislazioni e alle prassi nazionali²⁷. La libertà dell'impresa è considerato, dunque, un diritto fondamentale nel nostro ordinamento; lo è sicuramente nei trattati europei dove è riscontrabile in ogni caso l'evoluzione verso un'economia sociale di mercato.

7. Il bilanciamento inesistente o insufficiente tra diritti fondamentali nella disciplina del contratto a termine

La compresenza di tutti questi principi/valori/diritti fondamentali, in molti casi potenzialmente antitetici, richiede un continuo bilanciamento; il punto di equilibrio deve essere valutato secondo i principi di proporzionalità (adeguatezza e congruità) e ragionevolezza tali da non consentire un sacrificio del nucleo essenziale e da permettere l'integrazione reciproca tra i diritti fondamentali²⁸.

²⁶ Anche sul *work-life balance* cfr. R. SANTUCCI, G. NATULLO, V. ESPOSITO, P. SARACINI (a cura di), *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Franco Angeli, 2009; A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, ES, 2011.

²⁷ Cfr. S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. “clausole sociali”*, in *Ianus*, 2011, n. 5, www3.unisi.it/ianus.

²⁸ Cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, 2008, II, 185 ss.; C. cost. n. 85/2013, cit.; il bilanciamento dei diritti sociali con le libertà economiche dovrebbe essere al centro dell'attenzione della Corte di giustizia, specie dopo la rilevanza acquisita dalle Carte dei diritti, ma la strada verso pari dignità e conseguente equilibrio sembra ancora irta di ostacoli: si vedano da ultimi L. ZOPPOLI, *op. cit.*, spec. 93 ss.; M. DELFINO, *op. cit.*; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, 2012, 78 ss.; A.

La Corte costituzionale, nell'ultima rilevante sentenza al riguardo (n. 85 del 2013), ha statuito che i diritti fondamentali si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuarne uno che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. Pertanto per la Corte non esiste una rigida gerarchia tra i diritti fondamentali. La costituzione italiana, come le altre costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Il punto di equilibrio deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale. La tesi della Corte è senz'altro ragionevole, anche se in verità all'interno della costituzione alcuni diritti sono posposti a valori: se si considerasse la libertà di iniziativa economica un diritto fondamentale, l'art. 41 Cost. afferma che esso non può svolgersi in contrasto con utilità sociale, o in modo da recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana. Quindi in questo caso deve essere reso compatibile rispetto a tali principi e, nella misura in cui non fosse possibile, sono gli altri principi a prevalere.

Il metodo è quello giusto; tuttavia bisognerebbe tenere conto non solo della nostra Costituzione ma anche della Carta dei diritti fondamentali (quanto meno) e, soprattutto, del fatto che per la nostra Costituzione, che per la teoria dei contro limiti sui diritti fondamentali prevale sulle disposizioni di qualsiasi altra fonte, non è vero che tutti i diritti fondamentali sono sullo stesso piano, e che non vi è alcuna gerarchia. Si sa benissimo che una gerarchia esiste: basti solo pensare allo sciopero nei servizi pubblici essenziali (la necessità di garantire le prestazioni individuate come indispensabili nel loro contenuto essenziale, anche con astensione di quote di lavoratori strettamente necessarie a fornire le prestazioni indispensabili: v. artt. 1 ss., l. n. 146/1990) o alle elaborazioni sullo sciopero c.d. anomalo, all'acquisizione delle elaborazioni che sono passate dai limiti interni ai limiti esterni al diritto di sciopero, e che tra i limiti esterni riconoscono sussistente la possibilità di incidere sulla produzione ma non sulla produttività, intesa come capacità produttiva dell'azienda (che dunque prevale sul diritto di sciopero o, comunque, lo sciopero deve essere esercitato in modo da non sopprimere tale libertà economica), come capacità per l'imprenditore di continuare a svolgere la sua iniziativa economica (resta ferma la problematicità di individuare una netta linea di demarcazione ma il metodo è individuato e dunque lo sciopero non è

PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *RIDL*, 2010, n. 3, I, 523 ss.

legittimo quando va ad intaccare il diritto alla capacità produttiva tutelato tanto dall'art. 41 Cost. quanto dall'art. 4 Cost.).

Tornando al rapporto tra diritti fondamentali scaturenti dallo stesso disposto costituzionale è evidente che proporzionalità e ragionevolezza impongono che l'uno impedisca la realizzazione dell'altro. Se una disciplina, tarata sull'obiettivo di evitare abusi, restringe la facoltà con riguardo al rinnovo dei contratti a termine successivi al primo, è evidente che il contemperamento possa essere accolto. È lo stesso contemperamento che può essere accettato tra disciplina della prova e licenziamento in cui, trascorsi sei mesi, al lavoro in prova si applica la disciplina del licenziamento. Proporzionalità delle discipline e ragionevolezza delle stesse. Come per altri istituti, anche per il contratto a termine potrebbe rinvenirsi una disciplina che riesca a contemperare la sua *ratio* con il principio di stabilità, passando ovviamente attraverso la regolamentazione europea (quella del primo contratto libero), che potrebbe considerarsi il minimo contenuto in grado di assicurare il contemperamento fra le esigenze cui risponde il contratto a termine e il diritto alla stabilità, oppure, valorizzando il nesso tra disciplina dei licenziamenti e contratto a termine e riprendendo quanto appena affermato sul contemperamento tra disciplina della prova e licenziamento, potrebbe ricondursi il contratto acausale ad un surrogato del periodo di prova: ma in tal caso la durata massima del contratto acausale assume valore dirimente²⁹.

Dispiace doverlo rilevare. Ma se la disciplina sul contratto a termine è l'avanguardia, cosa ci riserverà il *Jobs Act*, la riforma dell'intera disciplina del lavoro?

Riferimenti bibliografici

AA.VV., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2013, vol. I e II, e 2014, vol. III

AA.VV. (a cura di), *"Diversità" culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Franco Angeli, 2009

ALBI P., *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2013

ALESSI C., *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012

BALLESTRERO M.V., [*Europa dei mercati e promozione dei diritti*](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 2007, n. 55

²⁹ Cfr. P. SARACINI, *op. cit.*, 108 ss.

- CARINCI F., ZILIO GRANDI G. (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I. Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University Press, 2014
- CIUCCIOVINO S., *I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013, 99 ss.
- CARUSO B., *I percorsi “accidentati” della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue... eppur la talpa scava*, in *RGL*, 2014, n. 2
- COSTANTINI S., [Limiti all’iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. “clausole sociali”](#), in *Ianus*, 2011, n. 5, www3.unisi.it/ianus
- D’ANTONA M., *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell’ordinamento comunitario*, in *RGL*, 1999, n. 3, suppl.
- DEL PUNTA R., ROMEI R. (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013
- DELFINO M., *La Corte e la Carta: un’interpretazione “utile” dei diritti e dei principi fondamentali* (nota a C. giust., 18 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT e altri*), in *DLM*, 2014, n. 1
- DI FEDERICO G., [Carta dei diritti fondamentali](#), in www.treccani.it, sezione [Diritto online](#)
- FILÌ V., *Politiche attive e servizi per l’impiego*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, suppl. a *DPL*, 2012, n. 33
- FRANZA G., *Il lavoro a termine nell’evoluzione dell’ordinamento*, Giuffrè, 2010
- GALLINO L., *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007
- GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Cacucci, 2014
- MAGNANI M., [La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 212
- MANCINI G.F., *Art. 4*, in *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli, 1975, 199 ss.
- MENGHINI L., *L’apposizione del termine*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 2011
- MORRONE A., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, 2008, II, 185 ss.
- MORTATI C., *Il lavoro nella costituzione*, in *DL*, 1954, I, 149 ss.
- NAPOLI M., OCCHINO A., CORTI M., *I servizi per l’impiego. Art. 2098 c.c.*, Giuffrè, 2010

- PANDOLFO A., PASSALACQUA P., *Il nuovo contratto di lavoro a termine. Aggiornato alla legge 16 maggio 2014*, n. 78, Giappichelli, 2014
- PASCUCCI P., *Dalla giurisprudenza costituzionale alla legge sullo sciopero*, in F. LUNARDON, *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Cedam, 2011
- PIZZOFERRATO A., *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *RIDL*, 2010, n. 3, I, 523 ss.
- PROIA G., *Manuale del nuovo corso del diritto del lavoro*, Cedam, 2012
- QUARANTA M., *La disciplina del lavoro a termine: certezze giurisprudenziali e revisioni legislative* (nota a Cass. 21 maggio 2008, n. 12985), in *DLM*, 2008, n. 2, 385 ss.
- RAIMONDI E., *La Cassazione conferma la natura temporanea delle causali giustificative del termine* (nota a Cass. n. 10033/2010), in *RIDL*, 2011, n. 1, II, 41 ss.
- ROCELLA M., TREU T., *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, 2012
- RUSCIANO M., *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in *RGL*, 1999, n. 3, suppl.
- SARACINI P., *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, ES, 2013
- SCOGNAMIGLIO R., *La Costituzione repubblicana*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, Cedam, 2010, 113 ss.
- SPEZIALE V., *Il contratto a termine: nuove disposizioni e regime risarcitorio*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, 2014
- VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, 2012
- VISCOMI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, ES, 2011

La somministrazione di lavoro dal pacchetto Treu al decreto Poletti: un lungo percorso sulla via della liberalizzazione

di Carlo Zoli

1. L'iniziale debole introduzione della fornitura di lavoro temporaneo

La somministrazione di lavoro ha compiuto un lungo itinerario avviato da una serie di tentativi infruttuosi ed infine coronato da successo a seguito dei due accordi di concertazione sociale del 1993 e del 1996¹, nonché dell'impulso inevitabilmente conferito dai sempre più ricorrenti confronti con le legislazioni di altri Paesi europei².

Inizialmente ritenuto socialmente pericoloso ed oggetto di radicate diffidenze, tanto da essere stato ammesso soltanto nel 1997 dalla l. n. 196/1997, in poco più di 3 lustri l'istituto ha finito per essere legittimato quale forma contrattuale privilegiata di acquisizione della forza lavoro diversa dal lavoro subordinato a tempo indeterminato: una forma a lungo oggetto di una considerazione per nulla chiara da parte del legislatore italiano, che ne ha reso difficile la ricostruzione sistematica anche a causa delle rilevanti ambiguità concernenti l'assetto dei rapporti col contratto a termine, rispetto al quale la somministrazione ha comunque ricevuto un'attenzione decisamente inferiore.

¹ Cfr. M. MAGNANI, *Art. 1*, in *Commento alla legge n. 196/1997*, in *NLCC*, 1998, nn. 5-6, § 1.

² Cfr. P. ICHINO (a cura di), *Lavoro interinale e servizi per l'impiego. Il nuovo quadro di riferimento*, Giuffrè, 1995; G. CARDONI, *Lavoro temporaneo in Francia e regolamentazione legislativa in Italia: un approccio comparato*, in *RGL*, 1997, n. 2, I, 173 ss.; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro atipici in Italia: dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla legge 196/1997*, in *RGL*, 1998, n. 1, I, 3 ss.; C. ZOLI, *Il lavoro temporaneo: il contratto di fornitura*, in *AA.VV., I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, Utet, 1999, 131 ss.

Come ben noto, lo sfavore per la somministrazione dipendeva da un duplice ordine di ragioni. Al giudizio negativo per la precarietà che ogni contratto a durata determinata inevitabilmente comporta allorché il licenziamento nei rapporti a tempo indeterminato conosce penetranti limitazioni, si aggiungeva la difficoltà di accettare l'idea che potesse esserci dissociazione tra datore di lavoro formale e sostanziale.

Di conseguenza l'introduzione dell'istituto è avvenuta nella versione debole della "fornitura di lavoro temporaneo" e sostanzialmente nell'ambito di una più complessa vicenda giudiziaria svoltasi innanzi alla Corte di giustizia, che concerneva il divieto di intermediazione ad opera di soggetti diversi dagli uffici pubblici appositamente designati. La suddetta vicenda e la relativa sentenza hanno accomunato due istituti che muovono su piani e hanno fondamenta giuridicamente ben distinti³, ma che presentano almeno in parte identità di funzione nella misura in cui, a dispetto della diversa qualificazione giuridica, anche l'interposizione tramite agenzia finisce per esercitare la medesima "funzione economica"⁴ della mediazione, poiché favorisce l'incontro tra domanda e offerta di lavoro e quindi indirettamente incide sull'attività di collocamento.

Le aperture compiute dal legislatore hanno, in altre parole, trovato giustificazione nella finalità di riconoscere l'attività di soggetti destinati a fornire servizi all'impiego e a svolgere un'attività di *job creation*. Inoltre, il modello prescelto dal legislatore, da tempo condiviso dalle parti sociali, è stato quello della c.d. deregolazione contrattata o controllata, diretto a rimettere all'autonomia collettiva l'opzione per il tipo di flessibilità da adottare in concreto e, nella specie, la valorizzazione delle non trascurabili potenzialità che il lavoro temporaneo riceveva, sia pur tra limiti e divieti atti ad escludere che la contrattazione potesse essere considerata *legibus soluta*.

Anche se il legislatore si era opportunamente preoccupato di predisporre le condizioni affinché la contrattazione collettiva potesse, anzi dovesse, intervenire assicurando risultati stabili ed effettivi, gli spazi predisposti per la fornitura di lavoro temporaneo si presentavano più ristretti di quelli messi a disposizione per il contratto a termine, benché la tecnica utilizzata fosse assolutamente simile.

³ Cfr. M.T. CARINCI, *Il divieto di interposizione: novità e continuità dopo la legittimazione del lavoro temporaneo*, in AA.VV., *op. cit.*, spec. 112 ss.

⁴ Cfr. R. DEL PUNTA, *La fornitura di lavoro temporaneo nella l. n. 196/1997*, in *RIDL*, 1998, n. 2, I, 203.

2. Il riconoscimento della legittimità della somministrazione di lavoro

Con il d.lgs. n. 276/2003 l'intervento del legislatore si muove ancora nell'ottica e nella prospettiva di creare occasioni di lavoro e di favorire l'occupazione, ma assume caratteristiche e si colloca in una logica di politica del diritto profondamente diversi⁵. Anzi, nell'allargare contestualmente e con decisione gli ambiti dell'interposizione lecita di manodopera senza la necessità del filtro della contrattazione collettiva, sembra superare il giudizio di disvalore verso la somministrazione.

Da un lato, le agenzie di somministrazione possono operare anche nel campo della mediazione ed entrano sempre di più nel contesto della riorganizzazione dei servizi per l'impiego.

Dall'altro, è largamente ampliata la possibilità di ricorrere all'istituto.

Innanzitutto si introduce per la prima volta la somministrazione a tempo indeterminato, l'accesso alla quale è privo di limiti di durata e quantitativi, ed è semplicemente condizionato all'utilizzazione nell'ambito di uno dei servizi elencati dall'art. 20, comma 3, d.lgs. n. 276/2003.

Peraltro alcuni settori della dottrina e della giurisprudenza di merito avevano adottato un'interpretazione restrittiva che esigeva anche la sussistenza delle medesime ragioni oggettive richieste per la somministrazione a termine⁶. Si trattava di una soluzione che, se in qualche misura richiamava la previsione della legge-delega, nella sostanza denotava ancora diffidenza nei confronti dell'istituto. Del resto il fatto che la somministrazione fosse a tempo indeterminato avrebbe dovuto indurre ad escludere che si rendessero necessarie quelle ragioni tecnico-organizzative che giustificavano la somministrazione a termine.

Con riguardo a quest'ultima il dibattito dottrinale e giurisprudenziale è stato molto più intenso, ma parimenti controverso.

Il legislatore ha proseguito nell'utilizzare la stessa tecnica legislativa del contratto a termine, ovvero ha detipizzato le cause di intervento superando il principio di tassatività. Nel contempo ha circoscritto il ruolo della contrattazione collettiva, cui ha fatto rinvio, ben al di fuori del modello della

⁵ Cfr. G. ZILIO GRANDI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, 1322 ss.

⁶ Cfr., per una ricostruzione del quadro interpretativo dottrinale e giurisprudenziale, S. CHIARELLI, V. PIETRA, G. ROSOLEN, *La recente giurisprudenza in tema di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2012, n. 3, 783 ss., e L. RATTI, *La somministrazione di lavoro liberalizzata: riscontri giurisprudenziali e prospettive aperte dal Jobs Act*, in *LG*, 2014, n. 12.

delega in bianco, per profili di disciplina decisamente meno significativi e soprattutto in un'ottica limitativa o di controllo (clausole di contingentamento).

Ma il problema più rilevante era quello di capire sino a che punto si potesse prospettare una vera e propria simmetria col contratto a termine. Le difficoltà ermeneutiche e ricostruttive dipendevano in buona misura dalla lacunosità dei raccordi tra i due istituti e dalla scarsa chiarezza dell'unica norma che sembrava effettuarne; per di più quest'ultima, l'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, riguarda(va) unicamente l'applicabilità della disciplina generale sul contratto a termine al contratto di lavoro a tempo determinato tra l'agenzia somministratrice ed il lavoratore somministrato, non già il contratto di somministrazione in quanto tale⁷.

La soluzione del quesito dipendeva dalla ricostruzione del presupposto giustificativo che legittimava la somministrazione a termine, in effetti letteralmente coincidente con quello che consentiva il ricorso al contratto a termine.

In realtà, come ben noto, alcuni settori della dottrina e la prevalente giurisprudenza di merito hanno esaltato le affinità tra i due istituti; disconoscendo la specificità e lasciando in secondo piano il rapporto di lavoro intercorrente tra lavoratore e agenzia, fortemente marginalizzato, hanno optato per l'interpretazione più rigida propensa a ritenere che anche le ragioni oggettive legittimanti il ricorso alla somministrazione a termine dovessero risultare temporanee e dovessero essere rigorosamente indicate nel contratto di somministrazione⁸.

⁷ Cfr. in tal senso A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, 2013, 179. In generale sull'art. 22, d.lgs. n. 276/2003, e sulla sua funzione di determinare le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni cfr. P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, 2004, 91 ss., spec. 121, e P. CHIECO, *Delocalizzazione della subordinazione e somministrazione di lavoro: gli effetti, i rimedi*, in *RIDL*, 2005, n. 3, I, spec. 355-356.

⁸ Cfr. in tal senso, in dottrina, P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, 2004, 282 s.; V. SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2004, n. 2, 314 ss., spec. 332; L. GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro a tempo determinato*, in M. MAGNANI, P. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, 2005, 317; A. PERULLI, *Somministrazione e interposizione di manodopera*, in *EGT*, 2008, XVII, 5; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, 2013, 69. Con riguardo

In definitiva secondo quella tesi i vantaggi per la somministrazione a termine erano circoscritti alla mancanza di limite quantitativo (temporale e numerico) alla reiterazione ed alla proroga⁹. Al contrario, l'assenza di limite temporale era compensata dall'esigenza della temporaneità. Inoltre la previsione del limite massimo di durata di 36 mesi per il contratto a termine (art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001), introdotto dalla l. n. 247/2007, è (stata) ritenuta da taluni applicabile anche al contratto di somministrazione, benché sia prevalsa la tesi che propende(va) per la soluzione negativa¹⁰.

3. L'ulteriore estensione degli ambiti di utilizzabilità dell'istituto nella legislazione degli anni 2010-2012

Tra la fine del passato decennio e l'inizio di quello in corso la simmetria tra somministrazione a termine e contratto a termine, da tempo fortemente contrastata da consistenti settori della dottrina e della giurisprudenza di merito¹¹, incomincia ad essere abbandonata mentre viene esteso l'ambito di applicazione della somministrazione.

alla giurisprudenza si vedano, fra le tante, Trib. Bergamo 27 ottobre 2011, in *ADL*, 2012, n. 3, II, 706; Trib. Milano 28 novembre 2011, in *D&L*, 2011, n. 4, 861; Cass. 12 gennaio 2012, n. 232, in *RIDL*, 2012, n. 3, II, 631, sebbene con riferimento alla fattispecie di cui alla l. n. 196/1997; cfr. *amplius*, S. CHIARELLI, V. PIETRA, G. ROSOLEN, *op. cit.*, 758 ss.; L. RATTI, *op. cit.*

⁹ Cfr. F. BASSETTI, *Il lavoro in somministrazione: la fornitura di personale e la disciplina del rapporto di lavoro (con l'agenzia)*, in *DLRI*, 2014, n. 142, 207-208.

¹⁰ Cfr. nel primo senso, fra gli altri, A. RICCARDI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 137-138; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, 163 ss. *Contra*, oltre alla [circ. Min. lav. 30 luglio 2014, n. 18](#), A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 23; P. TOSI, [Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2012, n. 154, 5. Per un quadro ricostruttivo su tale questione si veda M. AIMO, *La somministrazione di lavoro: una fattispecie negoziale complessa*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, 469-470, e per alcune osservazioni sistematiche cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, 183.

¹¹ Cfr., tra gli altri, R. ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *DLRI*, 2006, n. 111, 425; P. CHIECO, *I tratti salienti della somministrazione di lavoro, del distacco e dell'appalto labour intensive*, in D. GAROFALO, M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, 515; S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, 2008, 134-135; A. BOLLANI, *op. cit.*, 175 ss.; in giurisprudenza, Trib. Napoli 3 febbraio 2011, in *RIDL*, 2012, n. 2, II, 348; Trib. Vicenza 17 febbraio 2011, in *LG*, 2012, n. 3, 287 ss., con nota di L. RATTI, *È sufficiente la causale generica per il ricorso alla*

In tale direzione muovono, innanzitutto, le fonti europee. In particolare, la direttiva n. 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia presenta contenuto e *ratio* differenti da quella sul contratto a termine (n. 1999/70/CE), come confermerà anche la Corte di giustizia nel 2013¹².

Essa, infatti, sottolinea tanto la necessità di rivedere eventuali restrizioni o divieti imposti al ricorso al lavoro “interinale” che non siano giustificati da ragioni di interesse generale, quanto l’opportunità di introdurre deroghe al principio della parità di trattamento, a condizione che siano mantenuti adeguati livelli di tutela. La prima, se non impone l’introduzione di una liberalizzazione assoluta dell’accesso all’istituto¹³, consente certamente ai legislatori nazionali di superare il mantenimento di limitazioni “causali” alla stipulazione del contratto di somministrazione ed esclude «letture fondate su un’aprioristica considerazione del lavoro temporaneo come in sé e per sé lesivo degli interessi dei lavoratori»¹⁴. Inoltre, in funzione antielusiva, a differenza di quanto dispone per il contratto a termine la direttiva n. 1999/70/CE, la direttiva n. 2008/104/CE sembra riferire l’obbligo di prevenzione degli abusi non già al ricorso alla somministrazione, bensì alle condizioni di lavoro e occupazione dei lavoratori (artt. 5 e 6)¹⁵.

somministrazione di lavoro a tempo determinato. Si veda altresì S. CHIARELLI, V. PIETRA, G. ROSOLEN, *op. cit.*, 757 ss.; L. RATTI, *La somministrazione di lavoro liberalizzata: riscontri giurisprudenziali e prospettive aperte dal Jobs Act*, cit.

¹² Cfr. il c.d. caso *Della Rocca*, C. giust. 11 aprile 2013, causa C-290/12, *Oreste Della Rocca c. Poste Italiane SpA*, in *FI*, 2013, IV, 257; in *DRI*, 2013, n. 3, 835, con nota di S.P. EMILIANI, *Il lavoratore somministrato “in quanto tale”, quale figura emblematica del “terzo capitalismo”*; in *RGL*, 2013, n. 3, con nota di F. SIOTTO, *Somministrazione e lavoro a termine. Per la Corte di Giustizia “questa e quella pari (non) sono”*, il quale ha precisato che la [direttiva 1999/70/CE](#) e l’accordo-quadro sul contratto a termine devono essere interpretati nel senso che non si applicano né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra un lavoratore interinale e un’agenzia di lavoro interinale, né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e un’impresa utilizzatrice.

¹³ Cfr. in tal senso L. ZAPPALÀ, [The Regulation of Temporary work in the light of Flexicurity: between soft law and hard law](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.INT, 2003, n. 14, 21; M.D. FERRARA, *La direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *DRI*, 2014, n. 1, 111 ss.; *contra*, F. PANTANO, *Il nuovo art. 20 del d.lgs. n. 276/2003 e l’adattamento della Direttiva sul lavoro tramite agenzia*, in *RGL*, 2014, n. 4, I, § 2.

¹⁴ Così F. PANTANO, *op. cit.*, § 4; cfr. analogamente R. ROMEI, *Somministrazione a tempo indeterminato e dintorni: le tendenze creative della giurisprudenza*, in *RIDL*, 2011, n. 1, II, 70 ss.

¹⁵ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *I nuovi limiti al ricorso alla somministrazione dopo il d.l. 34/2014*, in L. CALCATERRA (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell’Unione europea*, in corso di pubblicazione, § 1, e A. BOLLANI, *op. cit.*,

Sulla stessa linea dopo qualche indecisione si pongono anche i giudici di legittimità, che si spingono a ritenere necessaria soltanto la dimostrazione dell'effettiva esistenza delle ragioni addotte, da indicare in modo «sufficientemente intelligibile»¹⁶, e della riconducibilità ad esse dell'attività svolta dal lavoratore somministrato¹⁷.

Tale orientamento si consolida, come afferma una recente pronuncia, anche alla luce di alcuni provvedimenti normativi, «che segnano una discontinuità nel percorso di progressiva equiparazione funzionale dei due istituti»¹⁸.

In particolare, nel 2012, il legislatore supera, in primo luogo, il limite della causale giustificativa in funzione promozionale dell'occupazione di persone in particolare difficoltà sociale. La somministrazione viene elevata a vero e proprio incentivo occupazionale¹⁹.

Si introduce una sorta di somministrazione acausale soggettiva unilaterale, benché ancora una volta con una serie di dubbi interpretativi tutt'altro che trascurabili in ordine all'individuazione della platea dei possibili destinatari (spec. lett. *b* e *c*) e alla durata massima del contratto²⁰.

A tali possibilità se ne aggiungono altre due, che comportano il superamento della necessaria sussistenza di ragioni oggettive, queste invece previste anche per il contratto a termine dalla l. n. 92/2012.

La prima consiste in una somministrazione a termine acausale soggettiva bilaterale per i lavoratori che non abbiano avuto precedenti rapporti di lavoro con l'utilizzatore. La norma è decisamente imprecisa, ma costituisce una

194 ss., spec. 199. Analogamente Cass. 6 ottobre 2014, n. 21001, sottolinea che, «a differenza della Direttiva n. 1999/70 CE», la [direttiva 2008/104/CE](#) «non pone l'obiettivo della prevenzione dell'abuso del ricorso alla somministrazione». *Contra*, C. ALESSI, *op. cit.*, 157-158, secondo cui la somministrazione “a-causale” sarebbe in contrasto con la [direttiva 2008/104/CE](#), ed in parte M.D. FERRARA, *op. cit.*, 135, che, con riferimento all'art. 10, §§ 1 e 2, della direttiva, afferma che «il regime sanzionatorio e le procedure amministrative/giudiziarie [...] credo riguardino la parità di trattamento [...] e il problema della prevenzione degli abusi in relazione alle missioni successive».

¹⁶ Così Cass. n. 21001/2014, cit.

¹⁷ Cfr., fra le altre, Cass. 15 luglio 2011, n. 15610; Cass. 3 aprile 2013, n. 8120, in *RIDL*, 2013, n. 4, II, 827, con nota di F. MARTELLONI, *La Cassazione ribadisce l'applicabilità dell'art. 32, co. 5 del Collegato lavoro alla somministrazione irregolare, ma i dubbi restano*.

¹⁸ Cfr. ancora Cass. n. 21001/2014, cit.

¹⁹ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, 168.

²⁰ Cfr. R. ROMEI, *La somministrazione di lavoro dopo le recenti riforme*, in *DRI*, 2012, n. 4, 983 ss.

novità assai rilevante nel percorso verso il superamento della necessaria sussistenza di imprescindibili presupposti giustificativi.

La seconda, di più complessa ricostruzione ed alternativa alla prima, consiste in una sorta di somministrazione acausale oggettiva²¹, ma collegata ad esigenze previste dalla contrattazione collettiva, nell'ambito di particolari processi organizzativi indicati dalla legge «nel limite complessivo del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva» (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001), tanto che alcuni settori della dottrina hanno dubitato della sua acausalità²².

Tuttavia il legislatore è andato oltre col d.lgs. n. 24/2012. Con una tecnica analoga a quella utilizzata per la somministrazione a tempo indeterminato (art. 20, comma 3, lett. i, d.lgs. n. 276/2003) ha previsto che in ipotesi predeterminate, introdotte dalla contrattazione collettiva di qualunque livello, non è necessaria alcuna ulteriore giustificazione (art. 20, comma 5-*quater*, d.lgs. n. 276/2003).

Si tratta di una fattispecie del tutto simile a quella dell'art. 8, l. n. 148/2011, che abilita la contrattazione collettiva di prossimità ad individuare altri casi di ricorso alla somministrazione a termine e che, diversamente da quanto previsto per il contratto a termine, ammette che la deroga possa riguardare soltanto le causali, non la percentuale dei lavoratori utilizzabili. Le due norme insistono sul medesimo oggetto e si differenziano soltanto per i sia pur deboli vincoli cui sono finalizzati gli accordi di prossimità di cui all'art. 8, l. n. 148/2011. Pertanto si deve ritenere che l'art. 20, comma 5-*quater*, d.lgs. n. 276/2003, sia norma speciale destinata a prevalere.

Gli interventi del 2012 rappresentano, in definitiva, un punto avanzato del processo di liberalizzazione della somministrazione di lavoro a termine, che modifica sensibilmente il rapporto regola/eccezione, anche al di là di quanto vale per il contratto a tempo determinato, con e senza il necessario filtro della contrattazione collettiva, la cui rilevanza viene comunque accresciuta rispetto alla riforma del 2003.

Peraltro non si è mancato di sottolineare che alcune previsioni della l. n. 92/2012 si pongono in controtendenza: l'eliminazione dell'area di esenzione dall'applicazione del principio di parità di trattamento (tramite l'abrogazione dell'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 276/2003), la disciplina in tema di incentivi, per quanto concerne i requisiti di accesso (art. 4, comma 12) e la durata della

²¹ Cfr R. ROMEI, *La somministrazione di lavoro dopo le recenti riforme*, cit., 994-995.

²² Cfr. A. VALLEBONA, *op. cit.*, 21; V. SPEZIALE, [La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2012, n. 153, 16; R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in P. CHIECO (a cura di), *op. cit.*, 75.

fruizione (art. 4, comma 13) in caso di ricorso al lavoro somministrato, nonché l'esclusione della possibilità di utilizzare apprendisti con contratto di somministrazione a termine (art. 1, comma 16, lett. c) possono limitare in via generale il ricorso alla somministrazione²³. In ogni caso, si tratta di previsioni che, pur circoscrivendo le agevolazioni all'utilizzo dell'istituto, non ne escludono i significativi vantaggi di tipo normativo che lo caratterizzano.

4. La l. n. 78/2014 e la liberalizzazione della somministrazione: a) l'eliminazione dei presupposti giustificativi per la somministrazione a termine

Il processo di revisione, ovvero il rovesciamento di prospettiva in ordine al giudizio di disvalore sulla somministrazione, e quindi sull'idea della non univocità della figura datoriale, oltre che relativamente al superamento della simmetria col contratto a termine, in uno con l'introduzione di maggiori spazi per quest'ultimo, sembra completarsi o comunque compiere un autentico salto di qualità con la l. n. 78/2014.

Un giudizio di sintesi in termini di sistemazione concettuale non può non dipendere dall'esegesi delle nuove norme, che hanno inciso soprattutto sul d.lgs. n. 368/2001, ma altresì toccato gli artt. 20 ss. del d.lgs. n. 276/2003, lasciando sopravvivere o addirittura accentuando il preesistente "groviglio" normativo, fonte di incertezze ed ambiguità tutt'altro che irrilevanti.

Appare chiara, innanzitutto, la scelta del legislatore di estendere al contratto di somministrazione a tempo determinato la regola generale della acausalità "pura"²⁴, ovvero del venir meno di presupposti oggettivi o soggettivi destinati a costituire "condizioni di liceità" (come recita la rubrica dell'art. 20, d.lgs. n. 276/2003) del contratto di somministrazione, a seguito dell'abrogazione dei primi due periodi dell'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003.

Taluno ha sostenuto che il permanere nell'art. 21, comma 1, lett. c, del riferimento ai "casi" e alle «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» tra gli elementi da riportare nel contratto di somministrazione, la cui mancanza integra gli estremi della somministrazione irregolare, come confermato dall'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, implicherebbe che i presupposti giustificativi richiesti per la liceità della somministrazione a termine non potranno più avere quel carattere di

²³ Cfr. A. RICCARDI, *op. cit.*, 140 ss.

²⁴ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *I nuovi limiti al ricorso alla somministrazione dopo il d.l. 34/2014*, cit., § 4.

temporaneità “moderata” puntualmente fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità, ma «dovranno necessariamente essere eccezionali e imprevedibili», una volta venuto meno ogni riferimento sia nell’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, sia nell’art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, alla “ordinaria attività” del datore di lavoro o dell’utilizzatore²⁵.

Una tale lettura avrebbe l’effetto paradossale di rendere decisamente improbabile il ricorso alla somministrazione proprio a seguito di un intervento legislativo diretto, invece, a «semplificare le modalità attraverso cui viene favorito l’incontro tra la domanda e l’offerta di lavoro» e a «semplificare alcune tipologie contrattuali di lavoro, al fine di generare nuova occupazione, in particolare giovanile», come esplicitato nel preambolo del d.l. n. 34/2014 a sostegno della scelta di ricorrere allo strumento della decretazione d’urgenza²⁶. In ogni caso essa contrasta con l’avvenuta abrogazione espressa dei primi due periodi del quarto comma dell’art. 20, d.lgs. n. 276/2003, alla quale consegue l’abrogazione tacita delle disposizioni contenute nella stessa riforma Biagi, o ad essa esterne, incompatibili con la norma abrogatrice in quanto strettamente collegate alle norme abrogate²⁷.

Nulla muta, invece, quanto ai presupposti giustificativi per la somministrazione a tempo indeterminato, che rimane ammessa soltanto nelle ipotesi tipizzate dal legislatore ed in quelle ulteriori eventualmente previste dalla contrattazione collettiva a qualunque livello (art. 20, comma 3, d.lgs. n. 276/2003). In ogni caso, il venir meno del riferimento ad esigenze oggettive nel testo dell’art. 20 consente di superare qualunque dubbio in ordine alla denegata necessità che esse debbano sussistere anche per la somministrazione a tempo indeterminato.

²⁵ Cfr. V. DE MICHELE, *Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), [*La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I. Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78*](#), ADAPT University Press, 2014, 84.

²⁶ Tale scelta è stata criticata da V. FILÌ, *Le modifiche al contratto di somministrazione*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, 157 ss., la quale rileva l’insussistenza dei motivi di «necessità e urgenza» che avrebbero dovuto giustificare il ricorso ad un decreto-legge.

²⁷ Cfr. V. FILÌ, *op. cit.*, 146; S. CIUCCIOVINO, *I nuovi limiti al ricorso alla somministrazione dopo il d.l. 34/2014*, cit., § 4; A. BOSCO, G. FALASCA, *Contratto a termine e somministrazione di lavoro*, Gruppo 24 Ore, 2014, 16 e 86.

5. Segue: b) il potenziale superamento dell'applicazione di limiti quantitativi

La simmetria tra contratto a termine e contratto di somministrazione a termine sembra venir meno con riguardo ai limiti quantitativi e di durata previsti per il primo, di cui può essere almeno in parte esclusa l'estensione al secondo.

Restano le difficoltà ermeneutiche e ricostruttive, dovute in particolare, come anticipato, alla lacunosità dei raccordi tra i due istituti, alla quale non si è preoccupato di ovviare il legislatore.

In ogni caso, pare innanzitutto inconfutabile la scelta di non estendere al contratto di somministrazione a termine, ovvero ai dipendenti dell'utilizzatore, il limite quantitativo del 20% sul numero totale degli occupati previsto per il contratto a termine. Con una norma *ad hoc* (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003), infatti, è stata rimessa alla contrattazione collettiva l'introduzione di limiti quantitativi per la somministrazione a termine. Si tratta di limiti eventuali, estensibili anche alla somministrazione a tempo indeterminato nel silenzio della legge, la cui mancata fissazione, quindi, non pregiudica la possibilità che l'istituto venga ugualmente utilizzato.

La previsione dei suddetti limiti è affidata in via esclusiva alla contrattazione nazionale, a meno che non sia proprio quest'ultima a rinviare ad accordi decentrati²⁸, considerato che l'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, è configurabile quale norma speciale rispetto all'art. 8, l. n. 148/2011.

Il legislatore non precisa se il rinvio si riferisca ai contratti delle imprese di somministrazione, a quelli stipulati dalle imprese utilizzatrici, o ad entrambi²⁹. Tuttavia, se le clausole di contingentamento sono state di norma sino ad ora stabilite dai secondi³⁰, non si potrebbe escludere la legittimità di eventuali clausole introdotte dai primi.

Similmente a quanto accade per i contratti a termine, sono in ogni caso esenti da limiti quantitativi i contratti di somministrazione conclusi nelle ipotesi di cui all'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001 (nella fase di avvio di nuove attività per i periodi definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici; per ragioni di carattere sostitutivo o di stagionalità; per specifici

²⁸ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *I nuovi limiti al ricorso alla somministrazione dopo il d.l. 34/2014*, cit., § 4.

²⁹ Cfr. L. CORAZZA, *Somministrazione di lavoro e appalti*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2013, 1636.

³⁰ Cfr. M. AIMO, *op. cit.*, 443-444.

spettacoli o per specifici programmi radiofonici o televisivi; con lavoratori di età superiore a 55 anni), stante il rinvio operato a tale norma dall'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003. Lo stesso dicasi per i casi di somministrazione acausale già previsti in funzione di promozione dell'occupazione dall'art. 20, comma 5-ter, che espressamente esclude l'applicabilità del precedente comma 4 quando venga utilizzato il personale dallo stesso contemplato³¹. Si tratta di una previsione che conserva rilevanza anche con riguardo alla somministrazione a tempo indeterminato poiché consente di far ricorso ad essa al di là delle limitazioni settoriali previste dalla legge e dai limiti quantitativi eventualmente introdotti dalla contrattazione collettiva, quanto meno per il periodo, talora previsto, di durata massima del rapporto di lavoro (un anno, nel caso dei soggetti iscritti alle liste di mobilità).

Maggiori dubbi sorgono nella fase applicativa iniziale della l. n. 78/2014 con riguardo all'operatività delle percentuali di contingentamento previste dai contratti di categoria prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 34/2014. In mancanza di un regime transitorio e di una disposizione conservativa *ad hoc*, contrariamente a quanto previsto per il contratto a termine, si è ritenuto che le suddette percentuali non possano conservare efficacia, in quanto le previsioni contrattuali precedenti erano espressione di un sistema legislativo profondamente diverso da quello attuale con cui entrano inevitabilmente in contrasto³². Tale tesi non sembra condivisibile poiché, in effetti, anche in precedenza l'introduzione di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a termine era eventuale e rimessa alla contrattazione collettiva. Spetterà, quindi, alle parti sociali concordare se le percentuali dovranno essere più alte, alla luce della scelta legislativa liberalizzante e del cambiamento del modello economico produttivo, o più basse, stante il superamento delle causali giustificative, oppure se dovranno essere confermate o addirittura omesse.

Più complessa è la soluzione che potrebbe essere adottata per i limiti quantitativi che talora i contratti collettivi hanno previsto unitariamente per il contratto a termine e per la somministrazione a termine. Peraltro, con riguardo ad essi è, invero, corretto rilevare che costituivano il risultato di una valutazione complessiva compiuta dalle parti sociali, la quale non può essere

³¹ *Contra*, F. CARINCI, [Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro](#), Working Paper ADAPT, 15 ottobre 2014, n. 164, § 2.5, ritiene che le previsioni richiamate nel testo siano state abrogate. Nel senso indicato nel testo si veda A. BOSCO, G. FALASCA, *op. cit.*, 86 ss.

³² Cfr. S. CIUCCIOVINO, *I nuovi limiti al ricorso alla somministrazione dopo il d.l. 34/2014*, cit., § 6.1.

manipolata dall'interprete, magari scorporando o suddividendo arbitrariamente le percentuali riferendole *pro quota* al contratto a termine ed alla somministrazione per conservare efficacia parziale alla relativa clausola collettiva³³.

Non si è mancato di sostenere che il contingente del 20% massimo di contratti a termine dovrebbe trovare applicazione anche nei confronti delle agenzie di somministrazione, considerato che il contratto a termine stipulato da queste ultime è comunque regolato dal d.lgs. n. 368/2001³⁴. Una tale soluzione può essere ammessa con riguardo ai dipendenti delle agenzie di somministrazione non inviati in missione, ma non appare estensibile ai lavoratori destinati ad essere somministrati in quanto incompatibile. Infatti, da un lato, contrasta con la stessa *ratio* dell'intervento legislativo, che privilegia il ricorso a contratti di somministrazione a termine; dall'altro, darebbe vita ad un'irragionevole limitazione della libertà di iniziativa economica privata delle agenzie di somministrazione, la cui possibilità di operare a tempo determinato risulterebbe fortemente compromessa³⁵ e contrasterebbe con l'art. 4, § 1, della direttiva 2008/104/CE, che impone il riesame dei divieti e delle restrizioni.

Parimenti controversa si rivela l'individuazione della sanzione applicabile nel caso di superamento dei limiti quantitativi previsti dalla contrattazione collettiva. In particolare si è prospettata la possibilità di estendere al contratto di somministrazione la sanzione amministrativa prevista per il contratto a termine (art. 5, comma 4-*septies*, d.lgs. n. 368/2001) dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 34/2014³⁶.

Tuttavia, come precisato dal Ministero del lavoro con la circ. n. 18/2014, tale soluzione non può essere accolta poiché, da un lato, la suddetta sanzione è contemplata in una norma, l'«art. 5, commi 3 e seguenti», la cui applicazione alla somministrazione è espressamente esclusa dall'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003³⁷; dall'altro, in quanto appare improbabile l'interpretazione analogica o estensiva di una disposizione sanzionatoria³⁸, tanto più se si

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr., sia pur in termini dubitativi, V. FILÌ, *op. cit.*, 152 ss.

³⁵ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *I nuovi limiti al ricorso alla somministrazione dopo il d.l. 34/2014*, cit., § 5.

³⁶ Cfr. V. FILÌ, *op. cit.*, 155.

³⁷ Cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto Poletti: una prospettiva di flexicurity?*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, ADAPT University Press, 2014, 72-73.

³⁸ Del resto l'art. 1, l. n. 689/1981, sancisce il principio generale del divieto di analogia in tema di sanzioni amministrative, come confermato da Cass. 27 giugno 2006, n. 14828.

considera che i due istituti si rivelano concettualmente e funzionalmente distinti.

Di conseguenza, l'unica sanzione applicabile resta quella della conversione in un contratto a tempo indeterminato con l'utilizzatore³⁹. Infatti, anche se la clausola negoziale di contingentamento ha natura obbligatoria, trattandosi di previsione attuativa di una delega legale finisce per acquisire efficacia normativa e quindi per assurgere ad elemento costitutivo del contratto⁴⁰.

6. Segue: c) il controverso superamento del limite di durata

Con riguardo alla durata massima del contratto di somministrazione, il legislatore non ha introdotto alcuna previsione, se si escludono gli ambigui richiami ad esso operati dall'art. 1, comma 1, e dall'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, per determinare il limite temporale del contratto a termine sia nel caso di un unico contratto sia in quello di successione di più contratti.

Le norme sembrano far riferimento, a ben vedere, non già al contratto di somministrazione in quanto tale, bensì al rapporto tra lavoratore ed utilizzatore, ovvero al periodo di missione di cui quest'ultimo ha usufruito. Tale interpretazione appare coerente con la lettera e con la *ratio* delle due disposizioni indicate, le quali perseguono l'obiettivo di porre un tetto massimo alla durata della prestazione svolta da un lavoratore presso lo stesso datore di lavoro, il cui superamento comporta la conversione del contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato.

Né a diversa conclusione pare possibile pervenire facendo leva sul limite di durata previsto dalla contrattazione collettiva delle agenzie di somministrazione per il contratto a termine tra queste ultime ed i propri dipendenti. Infatti, da un lato, col rinnovo del 2014 è venuto meno l'obbligo di trasformazione in contratto a tempo indeterminato del contratto a termine di durata superiore a 36 mesi, o a 42 mesi in caso di mutamento dell'utilizzatore; dall'altro, se è vero che il contratto collettivo, al quale l'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, fa rinvio, ha previsto la possibilità di non più di 6 proroghe del contratto a termine, per un periodo massimo di non più di 36 mesi, salvo il caso di esigenze di carattere sostitutivo per la relativa durata, la disposizione

³⁹ Cfr. Cass. 28 ottobre 2013, n. 26654.

⁴⁰ Cfr. G. ROSOLEN, *Le modifiche alla disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [*Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34 Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*](#), ADAPT University Press, 2014, 48-49.

non preclude di per sé la stipulazione di un nuovo contratto di somministrazione, e ciò persino senza che sia necessario attendere l'intervallo minimo di cui all'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 368/2001, la cui applicabilità non è estesa alla somministrazione.

Si tratta di una ricostruzione che esclude, dunque, qualunque limite di durata per il contratto di somministrazione⁴¹. Tuttavia, restano perplessità tutt'altro che marginali di tipo sistematico. Non appare, infatti, coerente con la natura stessa dell'istituto ammettere che esso sia applicabile pressoché senza limiti di durata, nel momento in cui il legislatore ha circoscritto la somministrazione a tempo indeterminato ad una serie di ipotesi espressamente individuate. Di conseguenza non può non evincersi dalla natura temporanea dell'istituto la necessità che un limite di durata debba comunque sussistere o che l'eventuale durata superiore risponda effettivamente ad esigenze intrinsecamente temporanee. In altre parole, il limite dei 36 mesi può essere applicato in termini di *analogia iuris*, sempre che l'utilizzatore non sia in grado di dimostrare che il superamento di quel limite risponda ad esigenze comunque temporanee. In questo modo, anche se una tale interpretazione consentirebbe il reingresso di una sorta di causalità attenuata, si tratterebbe di un'eccezione applicabile solo nell'ipotesi di superamento del limite massimo previsto per il contratto a termine, elevabile a limite generale per tutti i contratti di durata. Diversamente, la reiterazione di contratti di somministrazione a tempo determinato sarebbe rivolta a fronteggiare esigenze stabili e quindi ad aggirare il principio secondo cui il contratto a tempo indeterminato costituisce la «forma comune di contratto di lavoro» (art. 1, comma 01, d.lgs. n. 368/2001), integrando gli estremi della frode alla legge (art. 1344 c.c.)⁴².

⁴¹ Cfr. in tal senso A. BOSCO, G. FALASCA, *op. cit.*, 88, e S. CIUCCIOVINO, *I nuovi limiti al ricorso alla somministrazione dopo il d.l. 34/2014*, cit., § 5. *Contra*, F. CARINCI, *op. cit.*, § 2.5, secondo cui opera il termine di durata di 36 mesi previsto per il contratto a termine.

⁴² Cfr., analogamente W. FALCO, *Temporaneità delle esigenze produttive e divieto di reiterazione delle missioni*, in *RIDL*, 2014, n. 3, II, 546, in nota a Cass. 20 agosto 2013, n. 19251, la quale, relativamente ad un caso verificatosi in regime di causalità dei presupposti giustificativi, ha affermato che l'assenza di un esplicito divieto di reiterazione dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo conclusi con lo stesso lavoratore inviato presso la medesima impresa utilizzatrice non esclude che in tali ipotesi possa parlarsi di contratti in frode alla legge, se la reiterazione diventa il mezzo per eludere la regola della temporaneità delle esigenze giustificative.

7. Conclusioni: il ruolo rilevante attribuito alla somministrazione nell'ambito degli strumenti di lavoro flessibili e l'autonomia rispetto al contratto a termine

I rapporti di lavoro flessibili, ed in particolare quelli temporanei, hanno ormai acquisito una grande rilevanza nell'ordinamento, ancor prima che nella realtà⁴³, fino a porsi addirittura in discussione il tradizionale rapporto regola/eccezione. Ciò risponde alla scelta del legislatore di favorire, in una sorta di contrappeso, una maggiore agibilità di forme negoziali flessibili pur sempre caratterizzate da adeguati trattamenti economici e normativi, a fronte della volontà di circoscrivere l'utilizzabilità di talune forme di lavoro autonomo. Si tratta di una scelta completamente diversa da quella effettuata nel settore pubblico, ove il ricorso a tutte le forme contrattuali flessibili è subordinata al ricorrere di «esigenze temporanee ed eccezionali» (art. 36, comma 1, d.lgs. n. 165/2001), cosicché l'allontanamento dalla regolamentazione del settore privato pare ormai davvero «inarrestabile»⁴⁴.

In tale contesto, nel settore privato, la somministrazione ha assunto un ruolo di primo piano finendo per essere addirittura favorita rispetto allo stesso contratto a termine⁴⁵ se si considerano in special modo le ricordate soluzioni legislative in tema di limiti quantitativi e di durata. La valutazione normativa è mutata in modo tale da condurre ad un vero e proprio superamento dell'equiparazione funzionale col contratto a termine: è ormai in stato decisamente avanzato il processo diretto ad attribuire alla somministrazione un'"identità autonoma" rispetto al contratto a termine, «in coerenza con lo spirito e l'impostazione della Direttiva europea sul lavoro tramite agenzia»⁴⁶.

Non può non rilevarsi altresì che il legislatore italiano sembra essersi mosso in chiave di liberalizzazione dell'istituto andando anche oltre, se si esclude il caso della Gran Bretagna⁴⁷, quanto previsto dalla maggior parte degli ordinamenti nazionali di altri Paesi comunitari, ove la durata della

⁴³ Cfr. M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, 2009; A. BOLLANI, *op. cit.*, 3.

⁴⁴ Così E. GRAGNOLI, *L'inapplicabilità della legge n. 92/2012 ai rapporti di lavoro pubblico privatizzato*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014, 145.

⁴⁵ Cfr. V. DE MICHELE, *op. cit.*, 82.

⁴⁶ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *I nuovi limiti al ricorso alla somministrazione dopo il d.l. 34/2014*, *cit.*, § 1.

⁴⁷ Al riguardo cfr. L. RATTI, *La somministrazione di lavoro nel Regno Unito, fra status e mercato*, in corso di pubblicazione in L. CALCATERRA (a cura di), *op. cit.*

somministrazione è necessariamente temporanea ed è tuttora sovente richiesta una giustificazione⁴⁸.

Una tale opzione potrebbe trovare fondamento in una serie di ragioni, a partire dal quadro normativo comunitario, che, tra l'altro, mostra di considerare "buona" o, quanto meno, non "pericolosa"⁴⁹ la flessibilità indotta dalla somministrazione e, come anticipato, pone vincoli diversi rispetto al contratto a termine.

Inoltre, potrebbe essere la conseguenza della difficoltà, o addirittura dell'incapacità, dei servizi per l'impiego di formare e (ri)collocare chi intende accedere al mercato del lavoro o (re)inserirsi nello stesso.

E, ancora, la somministrazione presenta un apparato protettivo costituito da garanzie di solvibilità rafforzate e dal diritto alla parità di trattamento con i dipendenti dell'utilizzatore nello svolgimento del rapporto⁵⁰.

Infine, si potrebbe ritenere che la somministrazione realizzi un «più equilibrato bilanciamento tra libertà economiche e protezioni sociali»⁵¹. Infatti, pur in un contesto di generale inidoneità degli attuali ammortizzatori sociali a fornire un sostegno adeguato alla discontinuità occupazionale dei lavoratori temporanei, stante la prevalenza di condizioni di accesso tuttora legate all'anzianità assicurativa, al lavoratore somministrato sono assicurate alcune tutele nel corso ed al termine dello svolgimento del rapporto attraverso i fondi obbligatori di settore per la formazione e la previdenza⁵². Si tratta di un primo passo verso un modello di *flexicurity*, che peraltro si rivela ancora molto debole e sul quale il c.d. *Jobs Act* dovrà in qualche modo intervenire.

Quanto l'opzione del legislatore sia davvero consapevole – ed è un quesito ricorrente con riguardo a numerosi degli interventi effettuati in materia – appare in verità tutt'altro che scontato se si considera la pessima fattura delle norme sulle quali si fonda il *favor* per la somministrazione, a partire dal perdurante richiamo del d.lgs. n. 368/2001, la cui riproposizione è fonte di ambiguità e di dubbi interpretativi.

È certo, comunque, che il risultato cui si è pervenuti si impernia, e non da oggi, su un nuovo equilibrio o, meglio, su un diverso rapporto tra le fonti. In particolare, alla contrattazione collettiva viene sottratta quella funzione

⁴⁸ Cfr. spec. M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, Amon, 2012, 65 ss. e 117 ss.

⁴⁹ Come afferma anche Cass. n. 21001/2014, cit.

⁵⁰ Cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, 209.

⁵¹ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, cit., 168.

⁵² Ivi, 163 ss.

regolativa e di controllo attribuita dal d.lgs. n. 24/2012 e dalla l. n. 92/2012⁵³. Al contrario, ad essa è nuovamente assegnato un ruolo ancillare e soltanto eventuale di limitazione del ricorso alla somministrazione, soprattutto, anche se non solo, tramite l'introduzione delle clausole di contingentamento; mentre in funzione estensiva, o di allentamento delle (orami ridotte) rigidità, continua a conservare una certa importanza relativamente alla previsione di ulteriori ipotesi di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato.

Come per la c.d. riforma Biagi, in definitiva, la flessibilità non è più "controllata" dalla contrattazione collettiva, la quale esce inevitabilmente indebolita, anche se può riconquistare uno spazio sul campo introducendo limiti quantitativi e di durata all'applicazione delle forme negoziali flessibili, di lavoro e non, in un contesto in cui l'azione sindacale, non ritenuta più in grado di soddisfare l'interesse generale, recupera un ruolo tutt'altro che marginale in funzione di contropotere⁵⁴.

Spetta, comunque, al legislatore ricostruire un quadro più coerente e chiaro delle forme contrattuali flessibili e dei relativi rapporti. La speranza è che l'obiettivo di «eliminare [...] difficoltà interpretative e applicative», di cui parla l'art. 1, comma 7, lett. *h*, del disegno di legge-delega per ora approvato al Senato, non rimanga un mero *flatus vocis* e riguardi anche la somministrazione. Solo a quel punto si potrà con certezza valutare se e come l'itinerario compiuto da tale istituto potrà dirsi effettivamente concluso.

⁵³ Cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, 205.

⁵⁴ Cfr. C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2004, n. 103, 403-404.

Relazione del coordinatore della sessione:

Il decreto Poletti: una semplificazione che semplifica (e convince) poco

di Lorenzo Zoppoli

1. Il decreto Poletti: discontinuità rispetto al passato e coerenza con le riforme in cantiere

La prima sessione di questa decima edizione dei seminari di Bertinoro è stata dedicata alle politiche del lavoro del Governo Renzi che si sono già cimentate con la prova della regolazione vera e propria. Avevamo infatti a disposizione il materiale tipico del lavoro dei giuristi – norme già in vigore, seppure solo da alcuni mesi (contenute nel d.l. 30 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 16 maggio 2014, n. 78) – e su questo ci siamo prevalentemente concentrati con riflessioni articolate e specifiche dei numerosi studiosi che sono intervenuti. Pur seguendo itinerari diversi, erano abbastanza visibili in tutte le analisi alcune direttrici di fondo comuni riguardanti:

- a) la continuità/discontinuità delle riforme contenute nella l. n. 78/2014 rispetto alla precedente normativa;
- b) la coerenza con le politiche del diritto e i progetti di legislazione sul tappeto, che presumibilmente si realizzeranno nei prossimi mesi.

L'analisi del d.l. n. 34/2014, visto nel suo impatto sistematico, assume infatti significati particolari percepibili in una duplice prospettiva. Se guardiamo l'impatto di queste prime manifestazioni delle politiche del lavoro del Governo Renzi abbiamo molti elementi, apprezzabilmente calati nell'ordinamento vigente, utili ad affrontare un'infinità di problematiche ermeneutiche e applicative, che già stanno suscitando un dibattito molto acceso in dottrina, foriero, come sappiamo bene, di un ricco contenzioso. L'analisi di questo dibattito – fatto di norme appena coniate, di una

terminologia anche innovativa, di cultura e strumenti regolativi che ambiscono a conquistarsi un loro spazio – ci consente poi di avere qualche corposa anticipazione su quello che ci possiamo aspettare dal *Jobs Act* atto secondo.

Quindi le riflessioni si sono mosse sul duplice binario: il primo, più classico esegetico-interpretativo, volto a cogliere anche i riflessi sistematici della nuova disciplina; il secondo incentrato sulle politiche del diritto, per capire cosa attenderci sulla base delle linee già visibili nel decreto Poletti o per correggere tempestivamente quelli che dovessero apparire profili poco convincenti. Seguendo il secondo binario molti hanno affrontato gli importanti problemi giuridico-sistematici, già ora prevedibili, che si presenteranno a breve nel raccordare la decisa spinta ad un maggiore utilizzo del contratto a termine, indubitabilmente derivante dalla l. n. 78/2014, con la ormai certa introduzione del c.d. “contratto a tutele crescenti” (con un possibile acronimo: “C.a.tu.c.”). Quindi vi riferirò anche opinioni su politiche del diritto non ancora realizzate, ma, a quanto consta un po’ a tutti, di imminente realizzazione.

Sullo sfondo di tutti i ragionamenti aleggia uno slogan assai *à la page* (e non solo oggidi), sintetizzabile con un termine, che è anche un obiettivo, rinvenibile pure nel titolo del d.l. n. 34/2014: “semplificazione”! Infatti un’altra delle questioni molto “toccate” dagli interventi è stata: quanto questa prima prova regolativa del Governo Renzi in materia di lavoro effettivamente semplifica il diritto vigente e, soprattutto, la gestione delle imprese e dei mercati? Al riguardo le domande in attesa di risposte sono moltissime perché, se la semplificazione segue una “via maestra” – che è il passaggio netto dal contratto a termine causale a quello “a-causale” temperato da una durata massima di 36 mesi –, il nuovo sistema contiene dei limiti almeno in parte inediti, in specie la previsione delle soglie o dei tetti massimi di rapporti a termine per ciascuna impresa, fissati dalla legge stessa al 20% dell’organico, con norma ricca di aspetti problematici. Questo non vuole affatto dire che la semplificazione viene tradita, ma che, come accaduto tante altre volte, si realizza attraverso una normativa che non cessa di presentare delicati problemi interpretativi. E si tratta di questioni complesse da risolvere: perché la acausalità non elimina del tutto i contratti motivati; perché i limiti previsti per la durata complessiva dei contratti a termine possono incorporare o no proroghe e rinnovi (dipende dal contenuto specifico del contratto); perché “i tetti” possono funzionare in modi diversi a seconda di come si risolvono problemi esegetici delicati. Per quanto riguarda i tetti, ad esempio, c’è sì il tetto legale indicato con una certa nettezza, ma ci sono poi di sicuro ulteriori spazi e ruoli per la contrattazione collettiva e il rapporto tra le fonti di vincoli,

potenzialmente anche molto differenziati, non è affatto chiaro (al riguardo il nuovo art. 10, comma 7, del d.lgs. 368/2001, novellato appunto dalla l. n. 78/2014, si presta ad una pluralità di interpretazioni). C'è poi la tematica delle sanzioni che è stata rivisitata soprattutto novellando l'art. 10, comma 4 *septies*, del d.lgs. n. 368/2001, dove vengono ora configurate sanzioni innovative di tipo più amministrativistico che classicamente civilistico, però con una connessione sistematica tutt'altro che chiara ed inequivoca. Infine non mancano i problemi lasciati aperti sul versante degli intrecci tra la nuova disciplina del contratto a termine e la somministrazione o l'apprendistato. L'apprendistato, ad esempio, viene "debolmente" rivisitato, ma non si capisce davvero con quale grado di coerenza con riguardo sia alla più spinta liberalizzazione del contratto a termine sia rispetto al contratto a tutele crescenti (C.a.t.u.c., da ora in poi).

Nell'insieme – e anticipando qualche punto degli interventi che tra breve sintetizzerò – penso che la problematica continui a dover essere affrontata avendo a mente il "problema dei problemi": cioè il rapporto tra contratto a termine (sicuramente incentivato, ma non so se proprio "liberalizzato") e quella che dovrebbe essere ancora la "forma comune" dei rapporti di lavoro, cioè il contratto a tempo indeterminato. Ragionando in tema, incrociamo problematiche, vecchie ormai, di coerenza con il diritto dell'Unione europea, considerato come diritto secondario (specialmente la direttiva sul contratto a termine, arricchita da una copiosa giurisprudenza di ogni livello); ma anche problematiche per certi versi nuove, che attengono ai vincoli di sistema ricavabili dal diritto primario dell'Unione europea (Trattati e allegata Carta dei diritti fondamentali) come dal nostro diritto costituzionale, rivisto anche alla luce degli sviluppi dei diritti fondamentali.

A valle della ricognizione delle aree problematiche affrontate ieri, posso già dire che dal dibattito è complessivamente emerso che questo primo intervento di semplificazione dovuto al dinamismo del Governo Renzi certamente introduce dei punti di svolta netti rispetto a precedenti equilibri del diritto del lavoro italiano, però non ci fa uscire dalla nebbia e dai labirinti da cui è sempre più attratto il contratto a termine (un istituto molto importante per l'evoluzione della nostra materia proprio perché ogni innovazione va ad intaccare equilibri complessivi e spesso assai fragili). Questo può essere anche confortante per gli specialisti della materia (mai pochi e di recente, forse, in aumento): cambia il quadro normativo, ma i problemi rimangono e, con essi, resta cruciale la missione di giudici, avvocati e studiosi, che è quella di *cercare* soluzioni (pur sapendo che trovarle è missione eccedente le loro forze).

2. I nodi sistematici e le possibili soluzioni interpretative

Da buon *rapporteur*, vorrei ora sintetizzare gli approfonditi contributi presentati nella sessione di ieri. Per non far torto a nessuno dei colleghi intervenuti, che hanno tutti affrontato con impegno e competenza le tematiche che avevano accettato di trattare, ripercorrerò brevemente i vari interventi, cercando di metterne in luce quello che mi è parso l'essenziale nucleo problematico. Mi scuso se la sintesi sarà molto brutale, ma, da un lato, il tempo è tiranno e, dall'altro, si può far affidamento sui testi scritti, che seguiranno, credo, a breve, com'è nelle buone prassi dei seminari di Bertinoro. Il primo intervento è stato quello di Piera Campanella, che ha affrontato la tematica dei residui vincoli alla "liberalizzazione" del contratto a termine. Nella sua lettura Piera ha messo giustamente in luce i profili di discontinuità della riforma, sottolineando come si sia passati da un controllo penetrante su ciascun contratto a termine a vietare solo l'uso eccessivo di rapporti a termine. La nuova normativa non è incentrata sul percorso/carriera lavorativa del singolo dipendente, ma guarda al sistema del mercato del lavoro e agli equilibri tipologici dell'occupazione complessiva. Coerentemente con questa impostazione, la Campanella ha dato un'interpretazione stringente e rigorosa (qualcuno potrebbe dire restrittiva) di molti passaggi delicati che ho prima ricordato. Innanzitutto per quanto riguarda il limite del 20%: a suo parere si tratta di una soglia che può essere dalla contrattazione collettiva solo ritoccata, nel senso che può essere rivisitata soltanto in senso più favorevole al lavoratore (andando quindi sotto la soglia del 20%) e soltanto direttamente ad opera della contrattazione nazionale. Anche sul versante delle sanzioni Campanella ha sostenuto la tesi per cui la sanzione amministrativa non è esclusiva, ma va letta in maniera strettamente coordinata col comma 01 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, norma imperativa che, salvo esplicita disposizione diversa, determina la nullità del termine apposto in contrasto con qualsiasi vincolo legale, ivi compresa la soglia legale.

Da questa prima analisi del contratto a termine siamo passati ad analizzare le modifiche apportate dalla l. n. 78/2014 ad altri istituti. Carlo Zoli ha analizzato i nessi tra somministrazione e riforma del contratto a termine. Zoli ha sottolineato come qui sia da rilevare una discontinuità debole perché sempre più la somministrazione viene fatta rientrare dal nostro legislatore nella c.d. "flessibilità buona", in quanto tale assoggettata a limiti sempre meno stringenti. Un'interessante osservazione di Zoli è che questo avviene però in

linea di notevole continuità con l'evoluzione giurisprudenziale, grazie alla quale può in qualche modo considerarsi in armonia con il precedente quadro normativo. Anche il legislatore recente sarebbe dunque più in sintonia con la metabolizzazione della flessibilità connessa all'istituto della somministrazione da parte della giurisprudenza. Al contrario la liberalizzazione del contratto a termine è un processo che avviene, quanto meno, in una cornice di dialettica più accesa tra riforme legislative ed orientamenti giurisprudenziali (specie delle Alte Corti) e/o, più in generale, con la cultura giuridica *in action*, dove, a torto o ragione, si vede più precarizzazione nella figura del lavoratore a termine rispetto a quello in somministrazione. Zoli ha anche proposto, ricorrendo all'*analogia iuris*, una limitata estensione del limite di durata dei 36 mesi al contratto di somministrazione a termine, ricavandola dal fatto che il contratto di somministrazione a tempo indeterminato continua ad essere utilizzabile in ipotesi specifiche: quindi sarebbe incoerente sganciare del tutto il contratto di somministrazione a termine dai limiti di durata temporale.

Francesco Basenghi ha parlato delle modifiche apportate dalla l. n. 78/2014 all'apprendistato utilizzando una chiave di lettura molto interessante perché non meramente ricostruttiva delle innovazioni testuali, che in fin dei conti non sono innovazioni di grandissimo rilievo, ma diretta a verificare quanto sarebbe stato necessario fare per rafforzare questa figura contrattuale, sulla quale da qualche anno a questa parte le nostre riforme del mercato del lavoro hanno scommesso. Basenghi ha condivisibilmente sostenuto che nei recenti interventi si regola l'apprendistato con l'idea di alleggerirne l'utilizzazione, i vincoli, il profilo formativo e, in fin dei conti, per renderlo appetibile sul versante della flessibilità, dei costi; invece, se si volesse riportarlo alla funzione che assolve negli altri Paesi europei (Germania *in primis*), si dovrebbe irrobustire il profilo formativo e in particolare irrobustire quelle tipologie di apprendistato che servono a consentire un'alternanza, proficua e finalizzata, tra il sistema dell'istruzione e l'inserimento, seppure graduale, al lavoro. C'è un fuggevole accenno a questa problematica nella l. n. 78/2014, ma troppo poco a giudizio di Basenghi. Io penso che l'importante questione sollevata da Basenghi dovrebbe portare ad interrogarci sul nesso che ci deve essere tra l'apprendistato, che continua ad aleggiare come figura per la promozione del primo inserimento al lavoro, e il C.a.tu.c., che dovrebbe essere il nuovo tipo contrattuale destinato a incidere sui nostri drammatici livelli di disoccupazione giovanile. Le osservazioni di Basenghi mi pare che spingano a dubitare che la strada giusta sia quella di creare una nuova tipologia contrattuale per inserire i giovani al lavoro invece di intervenire in modo determinato sulle carenze strutturali e di fondo del sistema formativo.

Restando in tema, Gianni Loy ha poi analizzato quanto la riforma dell'apprendistato sia coerente con la normativa europea, andando al di là dei profili contingenti e guardando alla configurazione strutturale che l'istituto va assumendo negli ultimi tempi. Loy ha sostenuto che l'apprendistato, definito dal legislatore come contratto a tempo indeterminato, si presta ad essere valutato, nella forma e nella sostanza, in rapporto ai vincoli al licenziamento arbitrario che derivano dal diritto dell'Unione (v. art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 24 della Carta sociale europea). Loy segnala anche che in materia maggiore attenzione andrebbe prestata alla tematica della discriminazione per ragioni di età, rispetto alla quale pure andrebbe condotto uno screening della nostra normativa rispetto alla disciplina dell'Unione sempre più inverteata da una vigile giurisprudenza.

Rosario Santucci ha ripreso il tema dei vincoli sistematici e costituzionali alla nuova disciplina dei contratti a termine, rilevando come l'espansione del contratto acausale rischi di determinare una serie di ricadute finora non attentamente valutate o riferite al nostro ordinamento. Innanzitutto per quanto riguarda la razionalità complessiva della disciplina, dove riscontriamo ormai la acausalità come "pilastro", ma a fianco di tutta una serie di ipotesi in cui il contratto a termine è ancora stipulabile con una specifica causale (ad esempio: sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto) che vale a tirarlo fuori dai "tetti" o "soglie", che dir si voglia. Al riguardo si registrano variazioni in termini di meccanismi sanzionatori o interpretazioni che favoriscono il passaggio dalla sanzione di tipo amministrativo a quella di tipo civilistico: l'una o l'altra soluzione determina irrazionalità, con possibile contrasto con i principi di eguaglianza. A questo riguardo mi pare di tutto rilievo che la circ. Mi. lav. n. 18/2014, nel fornire alcune prime interpretazioni della riforma, si sia ben guardata dal fornire chiarificazioni sul sistema sanzionatorio. Questo comportamento cauto si spiega considerando proprio che, rispetto alle denunce inoltrate dalla Cgil alla Commissione europea che contestano la conformità del decreto Poletti al diritto dell'Unione, il Governo si difende sottolineando che il sistema sanzionatorio imperniato sulla conversione, cioè il tradizionale sistema civilistico, non sarebbe stato intaccato dalla riforma. Dunque coerenza vorrebbe che si affermasse una tale interpretazione del sistema sanzionatorio anche nell'applicare il nuovo diritto interno.

Santucci rileva pure come i limiti di carattere costituzionale attinenti ai diritti fondamentali incidano sulla tutela costituzionale dell'interesse alla continuità o alla stabilità del rapporto di lavoro e come questa tutela dovrebbe indurre a un attento bilanciamento dei diritti in questione anche nella disciplina dei

contratti a termine, in particolare tutelando il diritto ad ottenere e conservare un'occupazione stabile. A suo avviso la l. n. 78/2014 non realizza un bilanciamento convincente.

Altri interventi hanno affrontato problemi più specifici sempre in materia di riforma del contratto a termine: tutti però di enorme rilievo anche sistematico. Alberto Pizzoferrato è tornato sul problema del rapporto tra le fonti e ha posto con forza la questione del rapporto tra legge e contratto collettivo soprattutto con riferimento alla soglia del 20%. Piuttosto che partire dall'interpretazione della norma, ha fatto un'utilissima ricognizione della più recente produzione contrattuale collettiva riscontrando come in una serie di settori questa soglia possa arrivare a livelli altissimi. Nel turismo ci sono soglie che vengono alzate anche fino al 40%; i metalmeccanici fissano la soglia al 20% nell'ultimo rinnovo nazionale e rinviando alla contrattazione decentrata la possibilità di ulteriori flessibilizzazioni; nell'edilizia la soglia viene fissata al 25%, con altri interventi di flessibilizzazione per gli intervalli tra contratti o per la durata massima del contratto a termine; i grafici in merito alla durata complessiva del contratto a termine prevedono che il contratto a termine possa arrivare a 60 mesi senza i meccanismi di successiva proroga *ad hoc*. È molto interessante questa ricognizione, anche perché Pizzoferrato ne ricavava un'osservazione essenziale: l'inutilità di prodursi in acrobazie esegetiche per far valere il limite del 20% come un limite invalicabile *in peius*. I dati e gli argomenti proposti sono di certo importanti e rilevanti. Si può, partendo dagli stessi dati, sostenere esattamente il contrario. Infatti degna di ogni considerazione è la tesi secondo cui il limite del 20% è un limite di sistema che persegue una terapia di conservazione di una determinata qualità del nostro mercato nel lavoro. Non siamo dunque dinanzi ad un limite riguardante il singolo rapporto, la singola impresa o il singolo settore. Il fatto che la contrattazione collettiva possa comportarsi in maniera fortemente dissonante rispetto a questo limite individuato dal legislatore, prima ancora di essere un indicatore della giustezza della soglia dell'asticella che ha definito il legislatore, è un elemento che incide sulla tenuta di una regolazione volta a garantire una certa fisiologia del funzionamento del mercato del lavoro nel suo insieme. È un elemento ambivalente il fatto che la contrattazione collettiva possa discostarsi dalla soglia legale, elevandola. Ad esempio nel protocollo per l'Expo di Milano 2015 si prevede l'80% di contratti a termine (ma lì forse si può anche capire, data l'unicità dell'occasione); se ci trovassimo con una contrattazione collettiva che imboccasse questa strada probabilmente il limite legislativo verrebbe completamente a perdere la sua funzione, una funzione molto importante sotto il profilo della coerenza tra il nostro mercato del lavoro e i

mercati di lavoro europei. Per cui non mi pare inutile l'esercizio esegetico intorno al senso da dare alla norma di legge che fissa una soglia percentuale ben delimitata. Anche per proporre, eventualmente, una articolazione della soglia che tenga conto di circostanze ed esigenze settoriali.

A questo tema si collega molto strettamente l'intervento di Angelo Pandolfo, che, oltre a varie altre pregevoli considerazioni volte soprattutto a valorizzare l'autonomia delle parti sociali, ha sostenuto con veemenza la tesi secondo cui l'interprete deve cogliere le politiche del diritto e sostenerne la più ampia attuazione anche al di là del dato meramente testuale, senza neanche forzare il dato costituzionale al fine di condizionare l'interpretazione della norma.

3. Una breve digressione: riforme legislative, teorie e tecniche dell'interpretazione

È un grande tema questo accennato, che ieri abbiamo evocato e trattato, e che, come si sa, anima da qualche anno il dibattito di teoria dell'interpretazione sulle nostre riviste specializzate. Merita una breve digressione. In estrema sintesi il punto di domanda che voglio qui riproporre all'attenzione di tutti è: chi nel proporre determinate ricostruzioni interpretative si fa condizionare da che cosa? Se è legittimo concordare con le politiche del diritto ispiratrici di un determinato *ius novum* – ovvero è legittimo farsi condizionare da determinate finalità riformatrici e dalla loro traduzione in specifiche disposizioni di legge – può sostenersi che non lo sia farsi condizionare da politiche del diritto di segno opposto sol perché si deve presumere che esse non si sono tradotte in quello specifico dettato legislativo? Si tratta di una tesi chiaramente improponibile perché ridurrebbe il sistema regolativo al precetto prodotto da e in ciascuna contingenza politico-istituzionale, smarrendo del tutto complessità ed interrelazioni del moderno ordinamento giuridico. E, per non andare troppo lontano, non voglio qui tirare in ballo accorsate, anche se a mio avviso radicali, teorie di autorevolissimi sociologi del diritto (Teubner) secondo cui la regola giuridica è per sua natura “trasversale” e non può pretendere alcun monopolio né interpretativo né decisionale (né tantomeno “sposare” l'una o l'altra “teoria sociale”).

Ciò detto, tutti noi giuristi di professione nell'interpretare le norme abbiamo i nostri punti di partenza e la c.d. pre-comprensione può giocarci brutti scherzi, facendoci privilegiare tesi ed argomenti deboli e pretestuosi. Io condivido fino in fondo, ad esempio, l'osservazione di Angelo Pandolfo, quando rileva che occorre distinguere tra interpretazioni conformi a Costituzione e questioni di

incostituzionalità come contrasto di norme di legge con principi costituzionali: le seconde impongono che la questione vada portata dinanzi alla Corte costituzionale. Mi preoccupa però il richiamo – che Pandolfo ha intrecciato con il rilievo, appena ricordato, del tutto condivisibile – a non farci condizionare da pre-comprensioni. In effetti è questo un concetto che torna spesso nei dibattiti recenti e che ha l'autorità di Luigi Mengoni alle spalle¹. In genere però quando si richiama la tematica della pre-comprensione, correlandola al metodo dell'interpretazione giuridica, sistematica, costituzionale, si fa riferimento soprattutto alla dimensione strettamente soggettiva oppure all'utilizzazione di categorie, di punti di vista, di ricostruzioni che attingono ad altre scienze, ad altri dati che non sono strettamente giuridici. Come si sa il tema è di quelli enormemente ampi, involgendo profili di teoria del diritto e dell'interpretazione che da decenni contrappongono scuole e singoli studiosi. Lungi da me l'idea di affrontarlo adesso (solo una citazione da Marcel Proust, per sdrammatizzare, «le scuole e le teorie, come i microbi e i globuli, si divorano tra loro e assicurano con la loro lotta la continuità della vita»: *Alla ricerca del tempo perduto*, Einaudi, 2008, p. 1325). Sulla specifica tematica del rapporto tra contratto a termine, contratto a tempo indeterminato, tipologie dei contratti prevalenti, politiche del lavoro e dell'occupazione, il richiamo alla pre-comprensione mi allarma però molto perché:

- a) vuole innanzitutto richiamarci al dovere dei giuristi di utilizzare strumenti, categorie e norme che si mantengano in ambito tecnico-giuridico;
- b) è diretta a stigmatizzare interpretazioni non conformi a quelle desiderate o maggioritarie.

Il primo significato di tale *warning* è già una precisa opzione di teoria dell'interpretazione e, sebbene in linea di massima pure condivisibile, non va però assolutizzata, perché può invece essere utile ed opportuno confrontare le diverse opzioni ermeneutiche anche alla luce di analisi e concetti mutuati da altri campi della conoscenza scientifica. Quanto al secondo significato del richiamo di Pandolfo, c'è da chiedersi dove si colloca la pre-comprensione se una ricostruzione sistematica parte da un principio normativizzato (art. 1, comma 01, del d.lgs. n. 368/2001) secondo cui la forma comune del rapporto di lavoro è a tempo indeterminato. Qui non c'è un'interpretazione troppo

¹ Si vedano, da ultimi, R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, L. NOGLER, *Sul pensiero giuslavoristico in tema di interpretazione*, O. MAZZOTTA, *L'interpretazione nel diritto del lavoro: istruzioni per l'uso*, tutti in *LD*, 2014, n. 2-3; R. DEL PUNTA, *Il giudice e i problemi dell'interpretazione: una prospettiva giuslavoristica*, in *RIDL*, 2014, n. 3, I.

soggettivizzante, ma un testo normativo vigente con contraddizioni da comporre. Se si approfondisce il senso del limite legale (perché, come più volte detto, è un limite legale quello del 20%) correlandolo al principio del contratto a tempo indeterminato come forma comune, non si fa un'operazione interpretativa condizionata dalla pre-comprensione, bensì un'operazione interpretativa che è strettamente inerente al testo legislativo. Qualunque interpretazione relativa a questa correlazione è legittima, ma non si può dire che l'interpretazione diversa dalla propria è basata su una pre-comprensione. Insomma se le diverse interpretazioni prendono le mosse da un'attenta analisi dei testi normativi e nei testi normativi si ritrovano indicazioni non univoche o si traggono precetti che determinano contrasti e contraddizioni con altri testi normativi, non di pre-comprensione si tratta bensì di opzioni ermeneutiche la cui validità e solidità è affidata alla profondità argomentativa, alla raffinatezza dell'analisi condotta, alla funzionalità anche specifica del risultato ermeneutico raggiunto. Questa problematica – squisitamente tecnica se si vuole, ma che costituisce il *proprium* del mestiere dei giuristi (reso solo più appariscente se riferito a materia più incandescente in quanto *ius novum*, frutto di più accesi contrasti di idee e valori), tra i quali vanno compresi i giudici di ogni ordine e grado che attraverso il *dictum* da interpretare dovranno giocoforza risolvere specifiche controversie – si ripercuote naturalmente su tutti gli aspetti della legislazione lasciati nell'ambiguità. Tra questi rientra, a mio parere, il rapporto tra legge e contrattazione collettiva nella l. n. 78/2014 come nella più recente legislazione, dove il presunto principio della priorità delle valutazioni dell'autonomia collettiva non si trova affermato e, anzi, viene sovente apertamente negato. Dunque, se sicuramente il tema meriterebbe una riflessione approfondita di taglio sistematico aggiornata alle novità legislative in tema di lavoro privato e pubblico, non credo possa valere oggi un'opzione generale secondo cui la contrattazione collettiva è comunque l'indicatore indiscutibile del punto di equilibrio in cui occorre assestare la normativa di tutela. Può esserlo come può non esserlo. Può ad esempio non esserlo quando valori e interessi in gioco verrebbero pregiudicati da scambi negoziali riguardanti vantaggi concreti e immediati a fronte di svantaggi futuribili e senza destinatari al momento individuabili (ad esempio incrementi retributivi dei lavoratori in servizio *versus* aumento dei contingenti di precari da assumere). Non si deve infatti dimenticare, come ieri ha osservato Piera Campanella, che la contrattazione collettiva è, giustamente, il regno degli scambi concreti che possono anche non essere in sintonia con valori e interessi più rilevanti per l'ordinamento giuridico.

4. Il contratto a termine tra regole ed incentivi nel lavoro privato e pubblico

Con grande concretezza appunto Stefano Bellomo ha ieri affrontato il tema di fondo del rapporto tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato, adottando il punto di vista sia della relazione tra regole sia della comparazione tra costi. Stefano Bellomo ha innanzitutto analizzato il rapporto fra il famoso comma 01 e le parti restanti dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, molto opportunamente reinterpreta il primo alla luce dei nuovi equilibri normativi. Bellomo ha sostenuto che il comma 01, se prima, nella riformulazione ad opera della l. n. 92/2012 (c.d. legge Fornero), poteva avere un significato misterioso, ora contiene un'indicazione normativa molto seria nel senso dell'eccezionalità del ricorso al contratto a termine. La normativa tutta deve essere interpretata quindi nel senso che il contratto a termine deve avere una utilizzazione eccezionale. Nella prospettiva di analizzare quanto il costo del lavoro può funzionare come leva per realizzare questo obiettivo, Bellomo si pone nuovamente il problema se misure come il tetto agli organici e il limite massimo di durata siano sufficienti a garantire questa eccezionalità. La risposta è fortemente dubitativa. Coerentemente dunque Bellomo sostiene l'importanza di affiancare queste misure con incentivi economici per favorire il ricorso ai contratti a tempo indeterminato e per l'incremento del c.d. tasso di trasformazione dei contratti a termine. A ben guardare effettivamente il vero problema non è tanto l'utilizzazione del contratto a termine nei flussi di inserimento al lavoro, che sappiamo essere già elevatissima, ma che potrebbe anche arrivare al 100% se servisse per un inserimento dei giovani al lavoro destinato a consolidarsi; il vero problema è il tasso di trasformazione dei rapporti a termine in contratti a tempo indeterminato. Ed è soprattutto lì che devono operare gli incentivi, da calibrare con grande accortezza. Bellomo nota come nella legge di stabilità ci siano delle misure contraddittorie rispetto a quelle che invece servirebbero e rileva come ci sarebbero altri strumenti utilizzabili, come ad esempio quelli utilizzati in Olanda dove si prevedono delle indennità che il datore di lavoro deve pagare nel caso in cui il contratto non sia trasformato in contratto a tempo indeterminato allo spirare del termine. L'ultimo intervento un po' decentrato rispetto agli altri, ma che si collega all'analisi condotta nella III sessione di questo seminario (le politiche del Governo Renzi riguardanti i rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni) è stato quello di Luigi Menghini, che ha analizzato quanto la recente riforma del contratto a termine riguardi appunto il lavoro pubblico.

Anche qui, rilevata notevole approssimazione nel curare il raccordo tra i due sistemi normativi connessi tra loro in modo sempre più problematico, Menghini propone una importante lettura del problema di fondo. Considerato quanto già esplicitamente statuito con recenti modifiche legislative secondo cui i contratti a termine nel lavoro pubblico devono essere giustificati da «ragioni temporanee ed eccezionali», secondo Menghini è in linea di massima da escludere la stipulazione di contratti acausali in questo ambito. La norma speciale prevale su quella generale: una soluzione interpretativa basata su un principio tanto antico quanto solido e condivisibile. Diversa invece la soluzione per quanto riguarda proroghe ed intervalli, che sono applicabili anche al lavoro pubblico in quanto inseriti dalla l. n. 78/2014 nel corpo del d.lgs. n. 368/2001, applicabile in linea generale alle amministrazioni pubbliche. Si presentano però altri problemi di adattamento perché la proroga, nel momento in cui il contratto deve essere giustificato, non può essere completamente slegata dalla originaria motivazione. Menghini poi rileva che la recente riforma non affronta affatto una problematica sempre più grave riguardante il meccanismo sanzionatorio dei contratti a termine illegittimi, dove continuiamo ad avere un sistema non in linea con il diritto dell'Unione. Anche io penso, con Menghini, che, fino a quando il nostro ordinamento non abbraccia la soluzione dell'indennità come sanzione civile e non come meccanismo risarcitorio sottoposto a prova, non riusciamo a garantire un sistema sanzionatorio complessivamente coerente con la normativa europea.

5. Limiti e potenzialità della semplificazione legislativa in rapporto ai bisogni sociali

Sperando di aver riportato abbastanza fedelmente il dibattito, vorrei fare una considerazione conclusiva con riferimento allo slogan/parola d'ordine/obiettivo che ci viene riproposto anche dal *Jobs Act* atto secondo come dalla riforma del lavoro nella pubblica amministrazione e da cui, in fondo, sono partito anche in questa sintesi: “semplificare”. Pur concordando sulla necessità di semplificare il nostro diritto del lavoro (chi non desidera un mondo più semplice?), mi chiederei se quella che abbiamo visto all'opera nel d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014, sia una semplificazione opportuna, utile, socialmente accettabile.

Ascoltando le varie analisi proposte a me pare invero che, soprattutto quanto al contratto a termine, la materia sia ancora caratterizzata da consistenti banchi di nebbia. Non sembra affatto che questa prima semplificazione abbia innestato

un pilota automatico che ci conduca fuori dalla “nebbia” o ci abbia consegnato uno spesso filo di Arianna per uscire dai labirinti del lavoro precario. Troppi i problemi formali e sostanziali sottovalutati o affrontati in modo semplicistico; troppi i nodi valoriali, giudiziari ed economico-finanziari accumulatisi in tanti anni per essere risolti in due o tre mesi (basti pensare al precariato nella scuola). Direi che quella del d.l. n. 34/2014 è una semplificazione affrettata, che può rispondere ad esigenze politiche e forse anche a pressioni sociali, ma che non è utile quanto potrebbe.

Ci si può allora chiedere se il d.l. n. 34/2014 realizzi una semplificazione indolore, innocua, che non tocchi grandi questioni di fondo, i valori, i principi su cui è basato il nostro ordinamento giuridico nell’ambito di quello dell’Unione europea. Se così fosse anche la fretta apparirebbe più scusabile. Si è visto però che non è affatto così. La riforma tocca aspetti fondamentali del diritto del lavoro; pur riprendendo tecniche più o meno recenti (magari ancora da metabolizzare, come la acausalità del contratto a termine): a) introduce equilibri regolativi molto innovativi che sbilanciano la tutela di interessi contrapposti rafforzando poteri di una parte e indebolendo quelli dell’altra; b) persegue obiettivi occupazionali difficili da realizzare e comunque non rispondenti alle esigenze di un mercato del lavoro già fortemente precarizzato e che garantisce una scadente qualità media della prestazione lavorativa, da qualunque parte la si guardi; c) è stata realizzata con l’opposizione, più o meno dura, di tutte le organizzazioni sindacali. In sintesi è una semplificazione che incide profondamente nella carne viva del sistema italiano ed europeo e, perciò, è tutt’altro che innocua o indolore.

Ci si può infine chiedere se sia possibile una semplificazione diversa. Cioè: più meditata e solida; meno unilaterale, nel senso di schierata a difesa di alcuni interessi; meno divisiva, nel senso di sostanzialmente indifferente al grado di consenso sociale; più ponderata, nel senso che adotti un *timing* congruente con una elaborazione normativa più semplice perché diretta a migliorare in profondità quella preesistente e non perché ad ogni costo occorre farne una nuova. Sicuramente una semplificazione diversa è possibile e anche molto desiderabile². Ovviamente sempreché si sia disposti ad ascoltare qualche riflessione in più, magari anche critica, come quelle proposte in questo X seminario di Bertinoro. E purché non si adotti l’unico punto di vista degli obiettivi politici da realizzare nell’immediato, ma lo si contemperisca con la necessità di tener conto di valori che non si può considerare tramontati solo

² Si veda la AA.VV., *Piattaforma di alcune riviste giuslavoristiche sulla semplificazione e sul riordino della legislazione sul lavoro*, in *DLM*, 2014, n. 2, in *LD*, 2014, n. 4, e in *RGL*, 2014, n. 4.

perché ultradecennali; anzi, avendo resistito qualche tempo non senza espandere la loro influenza, valori più risalenti possono essere anche più vitali di altri più nuovi (magari solo in apparenza), sebbene possa essere più complesso tradurli in pratica negli “*hard times*” che oggi viviamo nella vecchia Europa.

A quest’ultimo riguardo è indubbiamente vero che il decreto Poletti ci sta affaticando in quanto comunità giuslavoristica da tempo sotto lo stress di riforme continue e poco ortodosse. Però avrei dubbi a sostenere che è la svolta rappresentata da quest’ultimo decreto a mettere alle corde la dottrina lavoristica, spiazzata dalla realtà; ovvero che è la nostra “confraternita di studiosi” – legati alle proprie tradizioni, ai propri valori, ai propri tempi – che non vuole mettersi al passo con la Storia. Io non darei questa lettura, nemmeno al dibattito che si è svolto in queste due giornate bolognesi. Mi pare invece si debba guardare ad un contesto più ampio. Se è vero che dentro la trasformazione legislativa in atto c’è una spinta a modificare la nostra concezione del lavoro e dell’inserimento al lavoro, del modo in cui concepiamo il valore della stabilità e di tanto altro, è fondamentale chiedersi se questa spinta corrisponda realmente ad una domanda sociale di rapporti di lavoro più precari, instabili, intermittenti. Dico “domanda sociale”, non “aspettative delle imprese”. La seconda c’è sempre stata e sempre ci sarà, per il semplice fatto che l’impresa, pur avendo interesse a certezze e stabilità, non ne vuole subire i vincoli o i costi. Ma dobbiamo chiederci se la precarietà, la fluidità, la “liquefazione” delle certezze legate al lavoro e al reddito corrispondano ai bisogni e alla realtà ordinamentale degli Stati europei più evoluti (Danimarca, Germania, Francia, Olanda, Svezia, Norvegia, ecc). In questi Stati assistiamo ad una corsa verso rapporti caratterizzati da discontinuità e incertezza o si fa di tutto per non averli? Dobbiamo insomma, da giuslavoristi ma ancor prima da cittadini, guardare alle realtà che stanno meglio di noi o alle realtà che stanno peggio di noi? La questione non è in termini di “essere dentro o fuori la realtà”, ma, innanzitutto, di aver chiaro verso quali realtà *vogliamo* andare. E non credo si tratti di una questione che riguardi solo gli studiosi di diritto del lavoro; c’è molto di più in ballo. Compresse, certamente, le questioni, successive però, di dove *possiamo* andare (cioè delle risorse) e della migliore strumentazione giuridico-istituzionale per arrivarci. In definitiva però lo stress che avvertiamo dinanzi a misure come il decreto Poletti, che ancora somministrano dose notevoli di precarietà per tamponare l’emergenza occupazionale, non deriva dal mestiere che facciamo o dall’appartenenza alla comunità giuslavoristica (che tra l’altro non è mai stata così compatta come la si descrive in prossimità di questa o quella riforma)

bensì dall'essere cittadini di uno di quegli Stati europei che sembrava aver raggiunto certi livelli di civiltà, di modernità, di benessere – riflessi in determinate scelte ordinamentali, magari tecnicamente perfettibili – e che invece oggi è in una stretta che spinge la maggioranza degli italiani a rinunciare a qualcosa, ad accontentarsi e, in definitiva, a tornare un po' indietro. Pur dovendosi riconoscere che talvolta nella vita occorre accettare rallentamenti o retrocessioni, non si può negare che è difficile farlo a cuor leggero.

Parte II
SESSIONE 2:
il ddl S 1428

*Deleghe al Governo in materia di riforma
degli ammortizzatori sociali,
dei servizi per il lavoro e delle politiche attive,
nonché in materia di riordino
dei rapporti di lavoro e di sostegno
alla maternità e alla conciliazione
dei tempi di vita e di lavoro*

Gli ammortizzatori sociali nel *Jobs Act* del Governo Renzi

di Emilio Balletti

1. Il piano di riforma degli ammortizzatori sociali nel *Jobs Act*: profili generali

Gli ammortizzatori sociali rilevano quale snodo cruciale nell'ambito del vasto piano di riforme, c.d. *Jobs Act*, portato avanti a tamburo battente dal Governo Renzi in materia di lavoro ed oggetto di precipua attenzione in sede di recente ddl S 1428: in corrispondenza alla stretta correlazione che viene ad aversi tra la questione delle tutele del reddito nel caso di mancanza di lavoro, da un lato, e le politiche attive dell'occupazione, nonché la stessa evoluzione delle tipologie contrattuali d'impiego, dall'altro lato.

Oggetto d'intervento è l'intero impianto degli ammortizzatori sociali, nonché, quindi, sia gli strumenti di tutela «in costanza di rapporto di lavoro» sia i trattamenti di disoccupazione più propriamente detti (cfr., rispettivamente, lett. *a* e *b*, comma 2, art. 1, del disegno di legge-delega, cit.).

Il piano di azione è obiettivamente ambizioso, oltre che per l'ampiezza in sé della manovra, per la varietà e problematicità delle questioni in campo e le stesse relative ipotesi di soluzione anche del tutto innovative prospettate.

Ad essere messa in discussione è, invero, a soli due anni di distanza dalle rilevanti modifiche introdotte in materia dalla c.d. legge Fornero, l. n. 92/2012, la ridefinizione di ambito di estensione e termini concreti di operatività delle provvidenze della mancanza di lavoro in riferimento all'intera area del lavoro subordinato (ferma la sola eccezione di rilievo del lavoro agricolo *ex* comma 3, art. 2, l. n. 92/2012), oltretutto, anzi, anche in relazione allo stesso lavoro autonomo, in virtù della prefigurata novità dell'estensione dell'Assicurazione sociale per l'impiego – c.d. Aspi: art. 2, commi 1 ss., l. n. 92/2012 – ai c.d.

collaboratori coordinati e continuativi *ex n. 3, lett. b, comma 2, art. 1, ddl S 1428.*

Si ambisce a migliorare il grado di efficienza ed equità del sistema protettivo, ed in tal senso si prospettano, a seconda dei casi, rimodulazioni tanto in via estensiva che in via restrittiva dell'area di applicazione, come pure della stessa durata/entità delle tutele. Sebbene a prevalere sia indubbiamente la tendenza ad un ridimensionamento degli standard di protezione: alla luce del prefigurato venir meno e/o della riduzione di determinate ipotesi di tutela (segnatamente in tema di integrazioni salariali, rispettivamente, *ex n. 1 e n. 3-4, lett. a, comma 2, art. 1, del disegno di legge, cit.*), della responsabilizzazione del lavoratore e, quindi, del condizionamento dell'erogazione dei trattamenti di protezione ad una sua effettiva attivazione ai fini del reperimento di un'occupazione, oltreché pure dello stesso vincolo dell'esclusione di nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (cfr. comma 12, art. 1, ddl S 1428).

2. Scopo e finalità della delega in materia di ammortizzatori sociali di cui al ddl S 1428

Il progetto di riforma, in ogni caso, solo in parte appare svolgersi in linea di continuità con le recenti previsioni in materia della l. n. 92/2012.

Il ddl S 1428 interviene, infatti, anche su aspetti della tematica degli ammortizzatori sociali non oggetto di trattazione da parte di detta l. n. 92/2012, nonché al contempo pure prefigurando soluzioni regolamentari non necessariamente coincidenti con tale l. n. 92/2012.

A rilevare è, comunque, una formulazione essenzialmente “aperta” di diverse delle medesime indicazioni di cui al ddl S 1428: che, come tale, oltre ad implicare la devoluzione di un'ampia autonomia di determinazione a favore del Governo in relazione alla delegatagli attività regolamentare (la cui congruenza permane da valutare), rischia di renderne di per sé incerti gli esiti concreti.

È in forma oggettivamente ampia e per certi versi anche non definita precipuamente che sono infatti enunciati scopo e finalità della delega, oltreché pure principi e criteri di svolgimento dell'attività regolamentare demandata all'esecutivo: vuoi, anzitutto, in ragione di una certa genericità ed indeterminazione di diverse delle *guidelines* tracciate, vuoi anche al cospetto di indicazioni non sempre univoche in merito ai termini secondo cui informare l'attività normativa delegatagli da parte dell'esecutivo.

A fondamento della delega in parola sono posti, invero, una molteplicità di “scopi”, quali, in particolare, nell’ordine di loro esposizione *sub* comma 1, art. 1, ddl S 1428, «assicurare, in caso di disoccupazione involontaria, tutele uniformi e legate alla storia contributiva dei lavoratori [...] razionalizzare la normativa in materia di integrazione salariale [...] favorire il coinvolgimento attivo di quanti siano espulsi dal mercato lavoro ovvero siano beneficiari di ammortizzatori sociali [...] semplificando le procedure amministrative e riducendo gli oneri non salariali del lavoro».

Si tratta, come si vede, di scopi di obiettiva razionalità, anche se enunciati solo in via essenzialmente generale, e che però risultano sotto vari aspetti ripresi ed articolati più nel dettaglio nell’esplicitazione dei principi e criteri cui è riportata l’attività concretamente regolamentare (cfr. comma 2, art. 1, lett. *a*, *b* e *c*, ddl S 1428).

3. Principi e criteri direttivi della revisione degli «strumenti di tutela in costanza di rapporto di lavoro»

In riferimento agli «strumenti di tutela in costanza di rapporto di lavoro» rilevano, in specie, una serie di «principi e criteri direttivi» ai quali il Governo è chiamato ad attenersi nell’esercizio della delega conferitagli (cfr. lett. *a*, comma 2, art. 1, ddl S 1428).

Una precisa indicazione è fornita, anzitutto, nel senso della «impossibilità di autorizzazione» della CIG «in caso di cessazione di attività aziendale o di un ramo di essa» (cfr. n. 1, lett. *a*, comma 2, art. 1, ddl S 1428): quale limite oggettivo dell’intervento CIG, a restrizione tangibile dei margini di discrezionalità da parte dell’autorità amministrativa nella valutazione della relativa domanda di concessione.

Ciò in linea all’originaria funzionalità della cig di strumento di sostegno rispetto a situazioni reversibili, nonché comunque alla maggiore efficienza ed economicità cui ambisce in generale il prospettato riassetto in materia di ammortizzatori sociali. E tanto, peraltro, in evidente continuità alla stessa recente prevista abrogazione della CIGS nel caso di procedure concorsuali *ex* art. 3, l. n. 223/1991, a far data dal 1° gennaio 2016, da parte della c.d. legge Fornero (cfr. comma 70, art. 2, l. n. 92/2012), oltreché alla stessa modifica di tale art. 3, l. n. 223/1991, nel senso dello stabilito possibile riconoscimento del trattamento CIGS soltanto a fronte della sussistenza di «prospettive di continuazione o di ripresa dell’attività e di salvaguardia, anche parziale, dei

livelli di occupazione» (cfr. art. 46-*bis*, d.l. n. 83/2012, comma 1, lett. *h*, come modificato *ex l.* n. 134/2012).

Sono poi intuibili i miglioramenti che potranno aversi sul piano della facilitazione, economia ed efficienza delle attività e del risparmio dei tempi, oltre che per le aziende, anche in sede di gestione della cig da parte delle amministrazioni preposte alla luce della prefigurata «semplificazione delle procedure burocratiche attraverso l'incentivo di strumenti telematici e digitali» (così, n. 2, lett. *a*, comma 2, art. 1, del disegno di legge, cit.). Ciò peraltro anche in forza di una restrizione dei margini di discrezionalità che dovrebbe aversi anche in tal senso in sede di concessione del trattamento CIG, evidentemente nel momento in cui il suo riconoscimento è riportato a dati ed elementi oggettivi e per quanto possibile tendenzialmente automatici.

Ancora nella direzione del contenimento delle possibilità d'intervento delle integrazioni salariali si prospetta la prevista «necessità di regolare l'accesso alla cassa integrazione solo a seguito di esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro eventualmente destinando una parte delle risorse attribuite alla cassa integrazione a favore dei contratti di solidarietà» (così, n. 3, lett. *a*, comma 2, art. 1, ddl S 1428).

Sebbene a risulturne sia, in proposito, un condizionamento essenzialmente solo di massima dell'intervento CIG, stante la formulazione soltanto generica sul punto della delega, e tale dal concedere larga autonomia di determinazione all'esecutivo, anzitutto per quanto concerne l'individuazione delle richiamate «possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro», ma pure in merito a cosa sia da intendersi per loro «esaurimento». Ove, a parte l'eventualità teorica di tipologie di orario flessibili e/o a carattere c.d. multi-periodale, che potrebbero consentire temporanee riduzioni di orario appunto in luogo dell'intervento CIG (in tal senso quantomeno posticipandolo nel tempo), il riferimento naturale appare tuttavia essere in proposito ai contratti di solidarietà c.d. difensivi, peraltro anche alla luce del richiamo espresso (ad un eventuale incremento delle risorse destinate) ai contratti di solidarietà inserito nella seconda parte della previsione in parola del ddl S 1428. Ma quando è noto che l'intervento CIG sia in generale previsto, non già in alternativa e/o in via successiva, bensì, in realtà, in combinazione all'operare di un contratto di solidarietà, e segnatamente a copertura parziale del trattamento retributivo perso in ragione della riduzione di orario (cfr. art. 1, d.l. n. 726/1984, art. 5, d.l. n. 148/1993, e norme collegate). Sicché, anche ai sensi della cennata previsione di cui al n. 3, lett. *a*, comma 2, art. 1, ddl S 1428, la ricorrenza di un contratto di solidarietà e/o la stessa possibilità di sua stipulazione appaiono rilevare, non tanto quale condizione di esclusione dell'operare dell'intervento

cig, ma, piuttosto, quale suo presupposto, nonché, però, al contempo, anche quale fattore di contenimento del *quantum* del trattamento cig erogato concretamente: alla luce dell'appena ricordata copertura soltanto parziale del trattamento retributivo perso per la riduzione di orario (spec., in linea generale, *ex* comma 2, art. 1, d.l. n. 726/1984, «nella misura del cinquanta per cento»).

Anche in riferimento alla prefigurata «revisione dei limiti di durata da rapportare al numero massimo di ore ordinarie lavorabili nel periodo di intervento dalla cigo e della cigs ed individuazione dei meccanismi di incentivazione della rotazione» (così n. 4, lett. *a*, comma 2, art. 1, ddl S 1428), ampia discrezionalità è concessa al Governo in ordine ai termini di attuazione concreta della delega.

L'obiettivo è evidentemente anche al riguardo quello della razionalizzazione e, segnatamente, di un contenimento della durata dell'intervento cig in via direttamente proporzionale alle ore lavorabili nel periodo e, comunque, in ragione della fissazione di corrispondenti limiti.

Ma non si va oltre l'indicazione di massima della rideterminazione dei limiti di durata dell'intervento cigo e cigs appunto in rapporto al numero massimo di ore ordinarie lavorabili nel periodo di riferimento, senza che sia fornito alcun parametro e/o elemento secondo il quale un tale rapporto tra durata dell'intervento cig, da un lato, ed ore massime lavorabili, dall'altro lato, debba concretamente definirsi.

Così come solo generica e priva di indicazioni specifiche è la medesima previsione in tema di incentivazione dei meccanismi di rotazione. Non senza che l'effettiva portata di una simile previsione permanga comunque da stabilire a fronte della nota obbligatorietà *ex se* della stessa rotazione (cfr. commi 7 e 8, art. 1, l. n. 223/1991, e norme collegate).

Un indubbiamente significativo mutamento di scenario è poi delineato alla luce delle innovative indicazioni del ddl S 1428 in tema di «previsione di una maggiore compartecipazione da parte delle imprese utilizzatrici» e di «riduzione degli oneri contributivi ordinari e rimodulazione degli stessi tra i settori in funzione dell'utilizzo effettivo» (cfr., rispettivamente, nn. 5 e 6, lett. *a*, comma 2, art. 1, del disegno di legge, cit.).

L'ipotesi è, invero, quella della diretta commisurazione degli oneri di partecipazione ai costi del sistema delle integrazioni salariali in ragione dell'effettivo utilizzo della stessa CIG da parte delle imprese, oltreché a livello settoriale, secondo una sorta di meccanismo di c.d. *bonus/malus* di taglio eminentemente assicurativo, i cui termini di concreta attuazione, tuttavia, sono ancora una volta lasciati alla discrezionalità del Governo.

In sede di disegno di legge-delega, infatti, non si va al di là della mera enunciazione di massima al riguardo, senza alcuna precisazione in merito ai termini di effettiva determinazione degli standard di compartecipazione al sistema dei costi della CIG a seconda della sua effettiva utilizzazione, o meno, da parte delle singole imprese, neanche solo in forma di esplicitazione di un mero parametro/criterio minimo e/o massimo di possibile variazione. E parimenti permangono non specificati i medesimi termini di prospettata possibile riduzione degli oneri contributivi ordinari, così come alcuna indicazione è fornita in merito alle stesse condizioni di rimodulazione di detti oneri in ragione dell'effettivo utilizzo della cig in relazione ai vari settori.

Al di là dell'amplessima autonomia di azione che ne risulta in favore dell'esecutivo al cospetto della genericità della delega, la prefigurata correlazione dell'entità degli oneri di partecipazione ai costi del sistema sulla base dell'effettivo utilizzo della cig, tanto da parte delle singole imprese che a livello di settore, rappresenta una novità senz'altro interessante, che rileva quale innegabile elemento di equità nella distribuzione dei costi della cig, nonché, al contempo, di responsabilizzazione per le imprese e comunque di *self restraint* tangibile a contrasto di possibili casi di utilizzo incontrollato dell'intervento cig.

Ciò con le intuibili ricadute positive che ben potrebbero delinearci anzitutto sul piano di un contenimento degli accessi alla cig, ed anche delle stesse economie di gestione del sistema delle integrazioni salariali.

Anche in relazione alla prevista «revisione dell'ambito di applicazione della cassa integrazione ordinaria e straordinaria e dei fondi di solidarietà di cui all'articolo 3 della legge 28 giugno 2012, n. 92 fissando un termine certo per l'avvio dei fondi medesimi e previsione della possibilità di destinare gli eventuali risparmi di spesa derivanti dall'attuazione delle disposizioni di cui alla presente lettera al finanziamento delle disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3 e 4» (cfr. n. 7, lett. a, comma 2, art. 1, ddl S 1428) a risultare è una sorta di delega in bianco in favore del Governo.

Il che, però, in via senz'altro semplicistica, giacché ad essere così rimesso all'esecutivo è il riassetto del campo di applicazione della totalità dei trattamenti di tutela della mancanza di lavoro «in costanza di rapporto di lavoro», ma senza che appunto siano in alcun modo esplicitati i criteri secondo cui dover procedere.

Pur nel difetto di indicazioni, è obiettivamente difficile che il prefigurato riassetto possa aversi in forma estensiva dell'area di applicazione delle tutele rispetto al regime attuale: in particolare, in mancanza dell'individuazione di nuove risorse e stante, anzi, la già ricordata esclusione del possibile derivare

dall'attuazione della delega in parola di «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» (cfr. comma 12, art. 1, ddl S 1428), nonché comunque in considerazione delle economie di gestione della CIG che si ambisce realizzare mediante la stessa delega, e che valgono a svelare l'opzione di taglio essenzialmente restrittivo secondo la quale risulta modulata l'avvianda manovra di riassetto. Ove è appunto ad una contrazione dell'area d'intervento delle tutele, nonché, dunque, alle minori risorse in questo senso necessarie che appare evidentemente riportata la possibile realizzazione di risparmi di spesa. Atteso il confermato operare dei fondi di solidarietà bilaterali *ex art. 3, l. n. 92/2012*, in relazione ai «settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale», eventuali modifiche in via estensiva oppure restrittiva dell'ambito di applicazione dell'intervento CIG dovrebbero tendenzialmente riflettersi in senso simmetricamente opposto rispetto all'area di operatività dei cennati fondi bilaterali.

Un'ulteriore ampia delega per il Governo è prefigurata, infine, anche in tema di «revisione dell'ambito di applicazione e delle regole di funzionamento dei contratti di solidarietà» (cfr. n. 8, lett. *a*, comma 2, art. 1, ddl S 1428).

Il riferimento espresso è, nel caso, a contratti di solidarietà non rientranti nell'area d'intervento della CIG, quali quelli c.d. espansivi *ex art. 2, d.l. n. 726/1984*, quelli stipulati al fine di evitare o ridurre licenziamenti collettivi o per giustificato motivo oggettivo da imprese «non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 1 del decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726» e da imprese artigiane parimenti escluse dalla CIGS, anche se occupanti meno di sedici dipendenti, rispettivamente *ex commi 5 e 8, art. 5, d.l. n. 148/1993*. Sicché la prospettata delega appare così destinata, in proposito, ad incidere in relazione a quei trattamenti di sostegno “altri” rispetto alle integrazioni salariali previsti in relazione a siffatte ipotesi di contratti di solidarietà.

Sebbene, in realtà, stante il richiamo in generale, da parte del ddl S 1428, ai “contratti di solidarietà” latamente intesi, non possa escludersi *stricto iure* che nell'esercizio della delega l'intervento sia esteso anche in riferimento ai contratti di solidarietà c.d. “difensivi”, *ex art. 1, d.l. n. 726/1984*, e, dunque, agli stessi trattamenti CIGS previsti in correlazione ad essi. Tanto più in considerazione dell'impulso dei contratti di solidarietà c.d. difensivi verso il quale pare comunque propendere sotto più aspetti lo stesso ddl S 1428.

4. Principi e criteri direttivi in tema di «strumenti di sostegno in caso di disoccupazione involontaria»

Anche in tema di «strumenti di sostegno in caso di disoccupazione involontaria» sono enunciati una serie di appositi «criteri e principi direttivi» di esercizio della delega da parte dell'esecutivo (cfr. lett. *b*, comma 2, art. 1, ddl S 1428).

È anzitutto confermato l'operare dell'Assicurazione sociale per l'impiego (Aspi: art. 2, l. n. 92/2012) quale trattamento unico di sostegno del reddito nel caso di disoccupazione, ad applicazione tendenzialmente generale per i lavoratori subordinati, ma con la prevista rilevante novità della sua estensione anche all'area del lavoro autonomo (spec., ai i collaboratori coordinati e continuativi), al contempo demandando all'esecutivo, tuttavia, il compito di provvedere ad una rimodulazione della stessa Aspi. Rimodulazione dell'Aspi che sempre il ddl S 1428 prevede essere da svolgersi secondo due direttive: vale a dire, nel senso della «omogeneizzazione della disciplina relativa ai trattamenti ordinari e ai trattamenti brevi», nonché «rapportando la durata dei trattamenti alla progressiva storia contributiva del lavoratore» (cfr. n. 1, lett. *b*, comma 2, art. 1).

La prefigurata omogeneizzazione normativa dei trattamenti ordinari e di quelli brevi di tutela della disoccupazione importa la tendenziale riconduzione dell'Aspi e della c.d. mini-Aspi ad un'unica ipotesi di prestazione/regime regolamentare, senza che in questo modo sia tuttavia revocata in discussione la dualità in sé delle rispettive ipotesi/prestazioni di tutela.

In forza di una tale omogeneizzazione normativa, a risultare è, in ogni caso, l'essenziale coincidenza del campo di applicazione dei trattamenti ordinari Aspi e dei trattamenti brevi, fermi ovviamente restando i differenti requisiti contributivi di accesso vigenti rispettivamente per Aspi e Mini Aspi (cfr., nell'ordine, commi 4 e 20, art. 2, l. n. 92/2012). Requisiti contributivi che, in mancanza di una diversa indicazione specifica ad opera del ddl S 1428, dovrebbero restare invariati. Sebbene l'ambito generale di estensione della prospettata delega in tema di «rimodulazione dell'Assicurazione sociale per l'impiego» non consenta di escludere a priori, in sede di attuazione della stessa delega, l'eventualità di una possibile modifica anche in proposito.

Sempre la riconduzione ad un regime unitario viene a confermare un rapporto di essenziale permeabilità tra trattamenti ordinari e trattamenti brevi, segnatamente in relazione al possibile operare in via successiva delle due tipologie di tutela.

Di sicuro rilievo è, poi, la previsione di un rapporto di corrispondenza diretta della «durata dei trattamenti alla progressiva storia contributiva del lavoratore», anche con l'indicazione ulteriore dello «incremento della durata massima per i lavoratori con carriere contributive più rilevanti» (cfr., rispettivamente, n. 1, ultimo periodo, e n. 2, lett. *b*, comma 2, art. 1, ddl S 1428), nonché in corrispondenza pure allo stesso esplicitato “scopo” della delega «di assicurare, in caso di disoccupazione involontaria, tutele [...] legate alla storia contributiva dei lavoratori» (cfr. comma 1, art. 1, cit.).

Ciò in termini che importano un'evidente revisione della linea d'impostazione pressoché univocamente “egualitaria” tracciata dal legislatore del 2012.

Ai sensi dell'art. 2, l. n. 92/2012, infatti, l'intera questione della tutela della disoccupazione risulta riportata univocamente all'Aspi quale prestazione unitaria e ad applicazione essenzialmente generale ed invariabile nella sua durata/entità, con relativa eliminazione della previgente c.d. indennità di disoccupazione, nonché di ogni trattamento particolare di tutela (*id est*, c.d. indennità di mobilità e trattamento di disoccupazione speciale per l'edilizia), a parte la sola indennità di disoccupazione agricola. Ma ove viene così a risultare penalizzata l'esigenza di una certa possibile gradazione degli standard di protezione: rivelandosi infatti eccessivamente limitativo che in relazione a tutti i casi ed ipotesi disoccupazione involontaria rilevi sempre, e solo, un'unica prestazione di tutela del tutto invariabile per durata/entità, senza alcuna possibile considerazione anche per casi di oggettivamente particolare di difficoltà di reimpiego e nemmeno per eventuali situazioni di bisogno di peculiare gravità.

Ad una tale esigenza di possibile modulazione degli standard di protezione viene appunto a rispondere il ddl S 1428, riportando il possibile variare della durata/entità del trattamento di tutela fruibile concretamente ai meriti contributivi del singolo prestatore, nonché, dunque, ad un parametro di oggettiva razionalità, equità ed anche di equilibrio economico-gestionale (alla luce della prospettata relazione di corrispondenza diretta tra contributi e prestazioni), e, pertanto, anche in tal senso in linea di principio senz'altro condivisibile.

A rilevare è, tuttavia, anche sul punto, una certa genericità della delega, in quanto, esplicitato il criterio della possibile variazione della durata/entità della tutela in ragione dei meriti contributivi, nessuna indicazione è fornita in merito ai termini concreti di tale variazione: né in ordine ai differenti standard di protezione prefigurabili, né agli stessi livelli di contribuzione cui riportare l'accesso ai differenti standard di protezione.

La previsione espressa nel ddl S 1428 della «universalizzazione del campo di applicazione dell'Aspi», quale criterio direttivo al quale il Governo è chiamato ad attenersi nell'esercizio della delega conferitagli, viene chiaramente a confermare la portata appunto universale dell'Aspi affermata in sede di sua istituzione *ex art. 2, l. n. 92/2012*.

Non senza, che a rilevare sia, però, al contempo, anche l'importante novità dell'estensione della stessa Aspi «ai lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa» (*cfr. n. 3, lett. b, comma 2, art. 1, ddl S 1428*).

Estensione, questa, che determina un evidente mutamento di scenario in relazione all'odierno riferimento dell'Aspi alla sola area del lavoro subordinato, *ex art. 2, comma 2, l. n. 92/2012*, nonché, peraltro, rispetto alla stessa particolare indennità una tantum di disoccupazione (*rectius*, di sottoccupazione nell'anno precedente) in favore dei lavoratori a progetto *ex commi 51-56, art. 2, l. n. 92/2012*.

Ciò, anzitutto, in ragione della novità assoluta in sé della prospettata estensione dell'Aspi al lavoro autonomo, ma anche perché l'ambito di riferimento appare, nel caso, comunque più ampio rispetto ai destinatari della medesima indennità una tantum *ex commi 51-56, art. 2, l. n. 92/2012*: in mancanza dell'indicazione, appunto diversamente rispetto a tale indennità una tantum, del requisito/limite sia di un'attività in regime di mono-committenza, sia di una determinata condizione di reddito, sia altresì dell'eventualità di un condizionamento dell'attribuzione della prestazione alla copertura finanziaria al momento della domanda.

Senza contare che, sia pure al netto di una qualche non lineare sovrapposizione di concetti tra co.co.co. e lavoratori a progetto, è da convenire, che, in sede di previsione della menzionata indennità una tantum *ex commi 51-56, art. 2, cit.*, il legislatore del 2012 abbia inteso il lavoro a progetto quale parte rispetto all'area-insieme (più ampio) delle collaborazioni coordinate e continuative, per quindi delimitare l'applicazione della cennata indennità una tantum ai soli lavoratori a progetto aventi i requisiti *ex comma 51, art. 2, l. n. 92/2012*. Mentre, invece, appare ragionevole ritenere che, *ex n. 3, lett. b, comma 2, art. 1, ddl S 1428*, ad essere delineata sia l'estensione dell'Aspi appunto all'intera area delle collaborazioni coordinate e continuative latamente intese, compresi in ogni caso in queste la generalità dei lavoratori a progetto, con le sole eccezioni degli «amministratori e sindaci» indicate espressamente.

Permangono comunque tutti da definire termini e modalità di finanziamento della medesima estensione «dell'Aspi [...] ai lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa», nonché della relativa contribuzione a carico di tali lavoratori e/o delle imprese committenti.

Con ogni questione in proposito che, infatti, in mancanza di indicazioni, risulta semplicisticamente rimessa alla pressoché totale autonomia di determinazione dell'esecutivo. Senza che per i co.co.co. possa comunque chiaramente valere il sistema di finanziamento/contribuzione Aspi operante in riferimento al lavoro subordinato (cfr. commi 24 ss., nonché commi 31 ss., art. 2, l. n. 92/2012).

Anche la previsione in sede di ddl S 1428 della «introduzione di massimali in relazione alla contribuzione figurativa» (cfr. n. 4, lett. b, comma 2, art. 1) è del tutto generica ed indefinita, nonché tale da lasciare largo spazio all'autonomia di determinazione dell'esecutivo: nel difetto di alcuna indicazione in merito a termini/misura di siffatti (solo asseriti) massimali.

Va da sé che una simile previsione appare comunque propendere nel senso di una possibile riduzione anche rilevante degli standard di protezione.

Altra novità senz'altro significativa è rappresentata dalla prefigurata introduzione di una possibile prestazione di tutela c.d. "post Aspi" in favore di lavoratori che alla scadenza del trattamento Aspi risultino ancora disoccupati e che presentino valori ridotti dell'indicatore ISEE (cfr. n. 5, lett. b, comma 2, art. 1, ddl S 1428).

Una tale prestazione aggiuntiva di protezione rileva a parziale correzione di rotta rispetto alla prevista generale invariabilità della tutela "Aspi" ex art. 2, l. n. 92/2012, quale pragmatica presa d'atto dell'odierna estrema gravità della questione disoccupazione e, quindi, a sostegno della condizione di bisogno indotta dal protrarsi della condizione di mancata occupazione appunto oltre la scadenza del trattamento Aspi. Il che, peraltro, sulla scorta di un parametro di selezione oggettivamente equo ed attendibile della medesima effettiva condizione di bisogno quale l'indicatore ISEE.

Nulla è detto, tuttavia, in merito all'entità e la durata di una siffatta prestazione aggiuntiva di tutela, la cui definizione risultano pertanto rimesse all'autonomia di determinazione del Governo, nonché in termini che consentono soltanto di ipotizzare, allo stato, che al riguardo possa stabilirsi un importo "pieno" pari al trattamento Aspi già percepito, oppure, invece, un importo inferiore e/o, eventualmente, anche variabile a seconda delle condizioni economiche di effettivo bisogno del singolo prestatore e del suo nucleo familiare.

Sempre alla discrezionalità dell'esecutivo è rimessa la possibile previsione dell'esclusione al riguardo della copertura figurativa.

Fermo restando che permane comunque da risolvere la questione di fondo del reperimento delle risorse necessarie a finanziamento sia dell'indicata prestazione aggiuntiva c.d. "post Aspi" in sé (nell'entità e durata da stabilirsi), sia di una stessa eventuale copertura figurativa in proposito, specie alla luce della già rimarcata prescrizione generale per la quale «dall'attuazione delle

deleghe recate dalla presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (cfr. comma 12, art. 1, ddl S 1428) e comunque al cospetto della mancata individuazione di alcuna risorsa in tal senso da parte del ddl S 1428.

5. Il condizionamento dell'erogazione dei trattamenti di tutela all'effettiva attivazione del lavoratore al fine del suo possibile reimpiego

Quale indicazione finale di carattere generale cui conformare il prefigurato riassetto in materia di ammortizzatori sociali è affermata la necessità di un coinvolgimento attivo dei beneficiari delle prestazioni di protezione ai fini del loro reimpiego ed anche in attività in favore delle comunità locali, con la relativa sanzione dell'eventuale loro indisponibilità (cfr. lett. *c* e *d*, comma 2, art. 1, ddl S 1428).

Si tratta evidentemente di una direttiva di buon senso, che viene a confermare il principio generale del condizionamento dell'erogazione delle prestazioni di tutela all'assunzione, da parte del lavoratore, di una condotta virtuosa ai fini del suo reimpiego, anzitutto in forma di dovere di accettazione di eventuali proposte di occupazione rispondenti alla sua qualificazione (e, anzi, entro un certo margine pure di livello inferiore), ma anche di partecipazione a corsi ed iniziative in genere finalizzate alla sua riqualificazione e/o al suo aggiornamento professionale, oltreché pure di impegno in opere o servizi di pubblica utilità.

Un tale dovere di attivazione a carico del lavoratore trova il suo fondamento nelle tutele da lui fruito, quale una sorta di controprestazione rispetto ai trattamenti appunto ricevuti, ed anche nel necessario contenimento del relativo onere gravante sulla collettività, nonché comunque vale, al contempo, pure a dimostrazione della c.d. "involontarietà" della condizione di disoccupazione (*id est*, della sua non imputabilità al medesimo lavoratore).

È tuttavia da dire come un siffatto dovere di attivazione del lavoratore risulti già affermato in via generale, in riferimento ad ogni trattamento di disoccupazione, di inoccupazione ed alla stessa CIGS *ex art. 1-quinquies*, d.l. n. 249/2004, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 291/2004 (cfr. art. 19, comma 10, d.l. n. 185/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 2/2009), oltreché di recente anche segnatamente ribadito dalla stessa c.d. legge Fornero, l. n. 92/2012 (cfr., spec., art. 4, commi 40-43).

Ciò in termini che possono far ritenere non indispensabile un'apposita previsione al riguardo anche da parte del ddl S 1428, eccetto, al più, l'indicazione in tema di attività in favore delle comunità locali, sempre che siffatte attività non siano reputate inquadrabili quale «iniziativa di politica attiva o di attivazione proposta dai servizi competenti» *ex* lett. *a*, comma 41, art. 4, l. n. 92/2012.

Ma fermo restando che la rimarcata estensione anche sul punto della delega al Governo, *ex* ddl S 1428, può indubbiamente comunque rivelarsi propizia al fine di consentire una migliore specificazione ed incisività delle misure in tema di condizionalità degli ammortizzatori sociali in opportuno coordinamento al disegno di revisione complessiva del loro assetto normativo cui il Governo è chiamato a provvedere.

Le indicazioni fornite permangono, tuttavia, di carattere solo generale, sicché anche al riguardo è lasciato largo spazio alla discrezionalità dell'esecutivo.

6. Considerazioni conclusive

Di vasta portata è dunque il piano di riassetto delineato in materia di ammortizzatori sociali, senza che tuttavia se ne possano prevedere con reale attendibilità, allo stato, le prospettive di sua concreta definizione.

Ad emergere sotto molteplici profili è, infatti, come visto, l'indicazione da parte del ddl S 1428 di principi e criteri direttivi solo di massima e, comunque, generici in ordine ai termini secondo i quali il Governo è chiamato ad esercitare la delega, tali dal lasciare all'esecutivo ampia autonomia di determinazione.

Ciò, peraltro, in virtù di una sorta di singolare processo circolare autoreferenziale, che fa sì che il Governo si presenti sulla scena quale unico e di fatto non contrastato attore dell'intervento normativo, che si autodefinisce la delega, mediante il maxi emendamento predisposto dallo stesso esecutivo ed approvato l'8 ottobre 2014 dal Senato l'8 ottobre 2014, pure con il vincolo/condizionamento della contestuale richiesta del voto di fiducia, per poi provvedere all'attività segnatamente normativa appunto in essenziale autonomia proprio in virtù dell'oggettiva genericità e non definizione della medesima delega. Il tutto, dunque, senza un'effettiva concreta delimitazione *ex ante* e/o anche una stessa possibilità di valutazione sia pure solo *ex post* ad opera del Parlamento, titolare della funzione legislativa, in merito all'esercizio del potere regolamentare auto attribuitosi da parte del Governo.

È in relazione a tali eccessi che vanno a caratterizzare la vicenda del ddl S 1428 che permane da verificare la conformità ai dettami dell'art. 76 Cost. della delega in materia di ammortizzatori di cui ai commi 1 e 2, art. 1, nonché, comunque, la stessa condivisibilità di quello che viene ad essere l'utilizzo, nella circostanza, dello strumento normativo del decreto delegato e, segnatamente, della sostanziale vanificazione, nell'ipotesi, della dialettica parlamentare. Il che, tra l'altro, in riferimento ad una tematica, quale gli ammortizzatori sociali, destinata per sua natura ad incidere su interessi molto ampi ed estremamente variegati: che, come tali, non è detto che trovino tutti realmente consapevole considerazione nell'ambito della compagine governativa, ed ai quali è invece proprio la sede parlamentare a fornire evidentemente possibilità di più adeguata rappresentazione e valutazione, pure in virtù di un eventuale impulso da parte di forze di minoranza.

Al di là degli interrogativi che in questo senso si propongono in ordine alla correttezza e comunque congruenza dell'iter normativo avviato in tema di ammortizzatori sociali *ex* commi 1 e 2, art. 1, ddl S 1428, a rilevare sul piano del merito sono, tuttavia, alcune indicazioni indubbiamente significative in prospettiva di un migliore assetto della materia.

Risultano in buona parte sostanzialmente confermate le recenti innovative *guidelines* di fondo di cui alla l. n. 92/2012 in tema, rispettivamente, di «strumenti di sostegno in caso di disoccupazione» e di «strumenti di tutela in costanza di rapporto di lavoro».

Ma ciò, in realtà, al cospetto di un'essenziale ridefinizione della logica d'impostazione dell'intervento di protezione: alla luce, in particolare, della riaffermazione dell'opzione assicurativo-previdenziale, secondo la quale risulta tradizionalmente strutturato il nostro sistema dei trattamenti di tutela della mancanza di lavoro, nonché, quindi, a modifica, sul punto, della logica universalistico-egualitaria viceversa caratterizzante l'intervento riformatore in materia da parte della l. n. 92/2012.

Di matrice assicurativo-previdenziale si rivelano, infatti, nell'ordine, la previsione dell'impossibilità dell'intervento cig nel caso di cessazione aziendale o di un suo ramo, un certo irrigidimento dei limiti di durata dello stesso intervento cig, la prefigurazione di un'innovativa relazione di corrispondenza diretta tra oneri di partecipazione ai costi e volumi di effettivo utilizzo della cig da parte delle singole imprese ed anche a livello di settore (vale a dire, volendo sintetizzare: *paghi e/o contribuisce al sistema in ragione di quanto utilizzi la cig*), così come, per quanto concerne l'Aspi ed i trattamenti di disoccupazione in genere, la possibile variazione di entità/durata degli standard di protezione, e segnatamente l'eventualità del loro incremento,

in ragione degli effettivi meriti contributivi del singolo prestatore, nonché anche, sotto altro verso, la stessa prevista sanzionabilità del lavoratore beneficiario di trattamenti di protezione che non si attivi adeguatamente al fine del suo reimpiego (cioè, in definitiva, *accedi alla tutela “se” ed “in ragione di quanto” meriti*).

Ma non senza che permangano, come visto, elementi di universalità nel sistema dei trattamenti di protezione, in primo luogo alla luce della rimarcata area di applicazione tendenzialmente generale delle prestazioni di tutela: in forma che, anzi, lo stesso ddl S 1428 viene in qualche modo ad implementare, confermando le previsioni di cui alla l. n. 92/2012 in tema di ambito dell'intervento CIG, fondi di solidarietà ed Aspi, oltretutto al contempo pure prevedendo l'assoluta novità dell'estensione della stessa Aspi ai c.d. co.co.co. Sicché a rilevare è così una sorta di combinazione tra la riaffermata impostazione di base assicurativo-previdenziale ed elementi di universalismo, che appare fornire prospettive potenzialmente interessanti al fine di un miglioramento del grado di efficienza ed equità della distribuzione delle tutele, appunto nel momento in cui, al netto di opzioni o logiche preconcepite, si pongono i presupposti affinché le singole questioni siano affrontate con razionale pragmatismo, ovviamente nei termini consentiti dalle risorse comunque limitate disponibili, verificando in che misura sia possibile fornire risposta adeguata ad istanze di protezione meritevoli di considerazione.

Sia pure tenute in conto le incertezze indotte dalla rimarcata genericità sotto determinati aspetti della prefigurata delega, e comunque salva ogni valutazione in merito alla sua concreta attuazione da parte dell'esecutivo, almeno sulla carta sono in tal senso poste le premesse anche in prospettiva di necessario coordinamento tra ammortizzatori sociali, servizi per l'impiego e politiche attive: alla luce, in particolare, della coeva loro considerazione nell'ambito della medesima articolata delega di cui al ddl S 1428 (cfr., spec., commi 3-6, art. 1).

Mentre permane di fatto confermata, invece, l'indicazione di cui già alla l. n. 92/2012 nel senso di un alquanto limitato coordinamento della disciplina in materia di ammortizzatori sociali rispetto alle vicende/fattispecie risolutive del rapporto di lavoro, nonché dunque alla situazione/evento concretamente produttivo della mancanza di lavoro.

Ciò in segnato riferimento ai licenziamenti collettivi *ex artt. 4-5 e 24, l. n. 223/1991*: alla luce dell'abrogazione della c.d. tutela della mobilità (economica ed anche occupazionale) *ex artt. 6-9, l. n. 223/1991* (disposta *ex comma 71, art. 2, l. n. 92/2012*, senza che nulla di diverso sia previsto dal ddl S 1428), e, quindi, della conseguente essenziale equiparazione della posizione

dei lavoratori licenziati che ne deriva sul piano dei trattamenti di tutela fruibili a fronte dell'intervenuta disoccupazione, a prescindere dalla natura individuale ovvero collettiva del loro licenziamento.

Il venir meno della disponibilità della risorsa "mobilità" in sede di procedura di riduzione del personale *ex artt.* 4 e 5, l. n. 223/1991, importa l'essenziale svalutazione di tale procedura di consultazione sindacale e, dunque, del ruolo delle parti collettive nella gestione di situazioni di crisi aziendali e/o comunque occupazionali a rilevanza "collettiva", nonché in ogni caso di portata più ampia rispetto alla relazione meramente interindividuale datore di lavoro/singolo lavoratore. Ove a perdere almeno per certi versi significato è in tal senso, anzi, la stessa diversità di regime tra licenziamento individuale per motivi economici e licenziamento collettivo, specie al cospetto del rilevare a limitazione del recesso datoriale individuale del vincolo del giustificato motivo oggettivo *ex art.* 3, l. n. 604/1966, oltretutto, da ultimo, ai sensi del comma 40, art. 1, l. n. 92/2012, anche dell'obbligatoria esplicitazione in via preventiva della stessa procedura in sede di Direzione territoriale del lavoro *ex art.* 7, l. n. 604/1966.

Il che quando, invece, un effettivo coordinamento è posto, proprio in virtù di tale procedura obbligatoria *ex art.* 7, l. n. 604/1966, tra tutela Aspi ed evento/fattispecie "individuale" risolutiva del rapporto di lavoro che determina la disoccupazione, peraltro anche in relazione alla stessa ipotesi di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro nel corso di tale procedura in sede di DTL *ex art.* 7, l. n. 604/1966 (cfr. spec. comma 7).

Mentre, tuttavia, una valorizzazione del ruolo delle parti sindacali è viceversa implicitamente prefigurata relativamente alle integrazioni salariali: in ragione del previsto condizionamento del riconoscimento della CIG allo «esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro» ed anche della stessa implementazione dei contratti di solidarietà (cfr. nn. 3 e 8, lett. a, comma 2, art. 1, ddl S 1428). Ciò in forma che pare singolarmente sottintendere una non coincidente opzione di politica del diritto appunto in merito al ruolo delle organizzazioni sindacali nella gestione delle crisi aziendali ed occupazionali in relazione, rispettivamente, all'intervento CIG ed ai licenziamenti collettivi. E, tra l'altro, sempre per quanto concerne la rimarcata svalutazione della procedura sindacale di consultazione *ex artt.* 4-5, l. n. 223/1991, non senza che a rilevare sia una certa contraddizione rispetto alla stessa recente abilitazione del c.d. contratto collettivo di prossimità, *ex art.* 8, l. n. 148/2011, ad intervenire in revisione della normativa inderogabile giuslavoristica anche di fonte legale.

Da considerare è, in ogni caso, in relazione alla prospettata manovra di riassetto degli ammortizzatori sociali, il condizionamento che potrà aversi in forza dell'espressamente stabilita esclusione di «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» *ex* comma 12, art. 1, ddl S 1428.

Ove è evidente che in questo senso ogni ipotesi di estensione delle odierne prestazioni e/o standard di tutela tenda ad essere riportata ad economie di spesa eventualmente realizzabili in relazione ad altre poste contabili, nonché quindi a fronte di un ridimensionamento dei livelli di protezione rispetto ad altri casi/situazioni. Con le inevitabili riserve del caso in merito ad ogni spostamento di risorse a scapito di alcuni ed a vantaggio di altri soggetti senza lavoro.

Brevi osservazioni sul riordino delle tipologie contrattuali

di Carlo Cester

Uno dei temi centrali della legge-delega è quello concernente la razionalizzazione e il ridimensionamento delle varie tipologie contrattuali che, a partire dal d.lgs. n. 276/2003, hanno affollato il panorama giuslavoristico. Uno “sventagliamento tipologico”, come è stato espressivamente etichettato, pensato anzitutto in funzione della flessibilità, per consentire variazioni della tipologia *standard* ritenute necessarie o comunque opportune in vista di interessi organizzativi mutevoli del datore di lavoro, e solo marginalmente idonee a realizzare anche interessi del prestatore di lavoro, come nel caso del lavoro a tempo parziale. E dunque, un corso normativo che inevitabilmente entra in rotta di collisione con la tecnica, rigida e uniforme, dell’inderogabilità. Certo, la moltiplicazione dei tipi da un lato non va ad intaccare direttamente l’inderogabilità del tipo di base, ma ne costituisce una manovra semmai solo indiretta di aggiramento; dall’altro lato non si può negare in linea di principio che la diversificazione sia anche portatrice di ricchezza, con una pluralità di modelli legali a disposizione di un’autonomia individuale articolata e in continuo movimento. Ma resta il fatto che l’obiettivo primario di quella linea di politica legislativa fosse, e sia ancora, la garanzia di un adattamento in tempo reale alle esigenze fluttuanti della produzione e del mercato; mentre è fuori discussione che per quella via si sia aperta la strada a complicazioni e confusioni. Resta solo da precisare che queste ultime sono in un certo senso il prezzo di quella garanzia, di talché risultano stonate le voci che, dopo aver a lungo predicato la flessibilità e la moltiplicazione dei tipi, ne chiedono ora il ridimensionamento e la semplificazione. A meno che non si dica che il prezzo è divenuto troppo alto con l’introduzione di significative correzioni alla stessa flessibilità tipologica, specie in tema di rapporti assoggettati all’imposta sul

valore aggiunto e di rapporti di associazione in partecipazione. Il che, però, apre un problema più vasto di Governo della flessibilità, le cui linee per ora, nella legge-delega, non si vedono con sufficiente chiarezza.

Nel tentativo di chiarire quelle linee, va preliminarmente accertata la legittimità dell'intervento legislativo di semplificazione. A me pare francamente che la risposta non possa che essere positiva, trattandosi di materia certamente di competenza del legislatore statale (è "ordinamento civile"), e soprattutto non vedendosi ragioni tecnicamente valide per escludere o anche solo limitare detta competenza. Dico questo perché mi pare che alcune recenti prese di posizione, come quella proveniente dalle riviste giuslavoristiche *Diritti Lavori Mercati*, *Lavoro e Diritto* e *Rivista Giuridica del Lavoro*, pur se approfondite ed articolate, vanno solo nella direzione di frenare qualunque cambiamento: in particolare, allorché si contesta in buona sostanza la legittimità di un intervento normativo in relazione all'evoluzione della costituzione materiale, che avrebbe utilizzato lo strumento della concertazione come uno strumento privilegiato per arrivare alla definizione delle tipologie negoziali lavoristiche. Il discorso sarebbe lungo, ma non penso che si possa parlare di una costituzionalizzazione del metodo della concertazione e che non sia costituzionalmente scorretto che il legislatore intenda riprendersi la propria competenza. Nei fatti, non sembra più stagione di concertazione, visto che le organizzazioni sindacali si ricevono nello spazio di un'ora, com'è recentemente avvenuto, di qualcosa si parla e poi ognuno riprende la sua strada. Ma anche in diritto la cosa non deve creare scandalo. Un intervento normativo autonomo non necessariamente supportato dal consenso delle forze sociali potrà creare problemi in futuro per la concreta applicabilità ed effettività di questa nuova normativa, ma mi pare che ciò riguardi solo il piano dell'opportunità di un certo metodo, non la sua legittimità. Quel che semmai può sollevare dubbi, e anche non pochi, è la genericità della delega, legata oltre tutto a doppio mandato al voto di fiducia. Ma su questo tornerò tra breve.

Domandiamoci ora quale sia lo spessore delle modifiche che si vengono a prefigurare in tema di razionalizzazione delle tipologie contrattuali, e dunque l'ampiezza della delega. Si intende proporre un disegno riformatore in profondità, tale da rivoluzionare l'intero diritto del lavoro o si vogliono introdurre solo alcuni correttivi, per quanto rilevanti, in un sistema che fondamentalmente non muta? Per dirla chiara, ci sta dentro alla delega l'ormai noto progetto di Pietro Ichino, ora Ichino e Tiraboschi, di riforma della parte del codice civile riguardante il lavoro? Orbene, se si legge il periodo iniziale del comma 7, si trova il rinvio ad un decreto legislativo «recante un testo

organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro»: formula, questa, che non esclude affatto, in sé e per sé, un progetto di revisione complessiva di tutta la materia del lavoro disciplinata nel codice civile. A ben guardare, però, la formula è meno chiara di quanto possa sembrare a prima vista. Da un lato, infatti, la delega appare addirittura più ampia, posto che la gran parte delle tipologie negoziali lavoristiche o con assonanze lavoristiche (si pensi all'associazione in partecipazione) o stanno fuori dal codice, soprattutto quelle più recenti, o in altra parte dello stesso. Dall'altro lato, tuttavia, il prosieguito del comma 7 individua, come materie proprie del rapporto di lavoro per le quali il Governo è delegato ad intervenire, alcune specifiche materie: mansioni, controlli tecnologici, salario orario minimo garantito (alle quali, nella versione definitiva della legge di delega, va aggiunto l'art. 18 Stat. lav.), di talché appare sorprendente che una simile indicazione specifica possa convivere con una delega assolutamente generale, tale da investire tutta la disciplina del rapporto di lavoro. Ma la contraddizione resta, e l'apertura verso una rivisitazione complessiva (se non proprio una vera e propria riscrittura) non può essere aprioristicamente esclusa.

Quanto appena osservato mette in evidenza, in ogni caso, il principale punto debole della legge di delega: quello della sua eccessiva genericità. Un punto debole che certo non è nuovo: Tiziano Treu ha poco prima sottolineato come spesso le leggi di delega sono caratterizzate da genericità più o meno ampia, il che peraltro non può tranquillizzare, visto che «principi e criteri direttivi» devono pur sempre essere indicati, Costituzione alla mano. E in questa delega le genericità e le incertezze non sono poche: leggendola attentamente a volte non è chiaro se si voglia intervenire sulle fattispecie contrattuali o sui contenuti regolatori delle singole fattispecie, ovvero su entrambi gli ambiti. Spesso, poi, la legge di delega contiene espressioni tipicamente ottative, cioè progetti, desideri, auspici, più che precise linee di intervento e regole. Ma da un lato non ci si può nascondere che spesso la Corte costituzionale ha assunto atteggiamenti piuttosto tiepidi quanto alla incostituzionalità di deleghe generiche, talora ammettendo che il decreto delegato tratti materie non espressamente regolate dalla delega, ma che possano tuttavia considerarsi implicitamente richiamate. Dall'altro lato, poi, vi è l'impressione che la questione sia assai più ampia, di carattere ordinamentale, nel senso che sempre più si assiste ad una ridefinizione dei confini fra potere esecutivo e potere legislativo, confini che si vanno spostando non solo sotto un profilo teorico, ma anche in virtù di specifici strumenti di gestione del potere esecutivo, come, essenzialmente, la richiesta del voto di fiducia: è pur vero che il Governo

riceve la delega dal Parlamento ma è una delega che il primo ottiene “forzando” il secondo e in definitiva sovrapponendosi ad esso.

Detto questo, quali sono le poche certezze che possono emergere da questo comma 7?

Il primo periodo (tipica norma di scopo) prevede dunque un «riordino dei contratti di lavoro» sulla base di due esigenze. La prima è quella di «renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo», e questa è una prospettiva, come dire, utilitaristica, senza peraltro che questa utilità abbia uno specifico segno cioè se sia a vantaggio del lavoratore (per il richiamo all'occupazione) o del datore di lavoro (per il richiamo alle esigenze produttive), anche se normalmente il terreno della flessibilità, sul quale la norma si muove, giova prima di tutto al datore di lavoro. Subito dopo, però, si aggiunge l'ulteriore finalità «di rendere più efficiente l'azione ispettiva»: finalità resa possibile dalla creazione di una Agenzia unica, sulla quale peraltro qualche riserva può essere sollevata, stante le diverse e ricche competenze specialistiche dei vari, attuali strumenti ispettivi (ma si può accorpare mantenendo, virtuosamente, quelle competenze specialistiche). Dunque, l'utilità (occupazionale e produttiva) si combina con una istanza di rafforzata legalità. Da tale combinazione può trarsi, come criterio di intervento attuativo, un intervento mirato per individuare e selezionare i tipi contrattuali che si sono prestati maggiormente, nei tempi recenti, ad un uso fraudolento.

Le istanze sopra richiamate dovrebbero realizzarsi, secondo il legislatore delegante, attraverso interventi di «semplificazione, modifica o superamento delle (medesime) tipologie contrattuali», in una prospettiva in cui la cui genericità tocca qui la sua punta massima, posto che tutto sembra indistintamente coinvolto: fattispecie e disciplina, numero e contenuti. Ma la varietà tipologica non può essere eliminata e neppure drasticamente ridotta, anche in ragione dei vincoli comunitari di non poco conto che riguardano taluni tipi o sottotipi contrattuali (lavoro a termine, a tempo parziale, somministrato, ecc.), che sarebbe davvero strano che il legislatore delegato pensasse di cancellare. C'è poi la riaffermata centralità del contratto a tempo indeterminato, ma di un contratto a tempo indeterminato sostanzialmente depotenziato in alcuni nodi centrali della disciplina di tutela, posto che non si tratterà di una nuova tipologia, ma della stessa tipologia attuale, con una correzione di discipline. Infatti, ad onta della denominazione di contratto a tutele crescenti, formalmente tarata sul segno positivo dell'incremento di tutele, quel contratto appare progettato in base ad un *deficit* iniziale di tutele (essenzialmente, come ben noto, in tema di licenziamenti), che non si sa se e

in che misura verrà in seguito recuperato. E poi, dopo la liberalizzazione del contratto a termine (acausale), che cosa vorrà dire che il contratto a tempo indeterminato continua ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro?

Come sopra detto, mancano del tutto i criteri per la progettata semplificazione e l'annunciato superamento delle tipologie contrattuali. Ove si riguardi il problema dal punto di vista del contrasto agli strumenti fraudolenti (che potrebbe essere una delle chiavi di lettura della legge di delega), c'è da dire che già con la l. n. 92/2012 si era intervenuti in modo significativo e in un certo senso "pesante", in tema di rapporti di lavoro a progetto, di rapporti assoggettati all'IVA (con le note presunzioni a cascata) e di rapporti di associazione in partecipazione; e non solo, a ben guardare, con riguardo a situazioni ipoteticamente elusive e fraudolente, ma anche con riguardo a fattispecie sicuramente genuine, come è avvenuto per l'associazione in partecipazione. La direzione di marcia, peraltro non immune da critiche proprio con riferimento a taluni di questi casi, era già stata individuata e non dovrebbe, per questi aspetti, cambiare di molto.

Qualche specifica osservazione vorrei dedicarla al lavoro accessorio, unica tipologia contrattuale espressamente nominata. Il cammino della legge-delega, sul punto, non è stato lineare. In un primo tempo era stato introdotto un esplicito riferimento, quale strumento di possibile estensione del lavoro accessorio, alla elevazione dei limiti di reddito. Poi quel riferimento è sparito ed è comparso quello ai lavori di natura discontinua e occasionale, in tal modo perpetuandosi l'equivoco nel quale da tempo il legislatore è caduto a proposito del lavoro intermittente, per il quale appunto è richiamata la tabella dei lavori discontinui di cui al decreto del 1923 (che a mio parere non ha nulla a che fare con il lavoro intermittente). Tuttavia, tale riferimento appare del tutto improprio anche a proposito del lavoro accessorio e finisce per determinare, in aperta contraddizione con il dichiarato intento estensivo, una restrizione di questo, visto che oramai nessun limite di carattere sostanziale era previsto, ma solo limiti di reddito. Quindi, o si torna ad incidere sui limiti di reddito, oppure ampliamenti non sono neppure ipotizzabili. Eppure il legislatore delegante sembra aver scommesso sul lavoro accessorio, confidando molto sulla «tracciabilità dei buoni lavoro acquistati», con la «contestuale rideterminazione contributiva». E tale obiettivo – per quanto detto, maldestramente perseguito – sembra confermato dalla ventilata possibilità di soppressione (questa volta definitivamente?) del lavoro intermittente, che dopo le ultime modifiche circa la necessità che la chiamata preceda lo svolgimento dell'attività lavorativa, è, a quanto pare, di molto calato dal punto di vista dell'utilizzazione pratica. Il tutto nella riaffermazione della grande flessibilità

di questo strumento contrattuale, nel quale le tutele per il prestatore di lavoro, seppure in ragione della frammentarietà ed episodicità della collaborazione lavorativa (neppure sempre subordinata), sono assai ridotte, quasi inesistenti. Per chiudere, una telegrafica notazione (la questione richiederebbe una riflessione approfondita, ben al di là degli incerti spunti di questa legge di delega generica) circa i possibili effetti indiretti di questa risistemazione tipologica sulla stessa nozione di subordinazione. L'affastellarsi di queste diverse tipologie, molte delle quali improntate ormai al criterio della subordinazione di tipo economico, ci riporta al classico snodo del diritto del lavoro della sua fattispecie di riferimento. Non è un caso, d'altronde, che anche il progetto di Pietro Ichino, al di là delle critiche che pur possono essergli mosse, va nella direzione di una nozione di subordinazione economica, allargando la tutela ma su livelli diversi e più ridotti, in una prospettiva unificante volta non tanto a superare la tradizionale distinzione autonomo/subordinato (che in fondo è nelle cose, è nella struttura sociale, c'è sempre stata e credo dovrà continuare ad esserci), quanto a far ordine – un ordine appunto economico – nel complesso di queste tipologie di confine, che stanno a metà tra l'una e l'altra, e che hanno creato ricchezza tipologica ma anche tante difficoltà applicative ed interpretative.

I diritti di maternità (e paternità) alla prova della precarizzazione del mercato del lavoro

di Alfonsina De Felice

1. Tasso demografico e dinamicità della società

L'art. 2 del disegno di legge-delega (S 1428) ora in attesa di essere discusso alla Camera dei Deputati, ai commi 8 e 9 indica i principi e criteri direttivi ai quali dovranno attenersi le norme attuative in materia di tutela della maternità e di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Per assumere il compito di trattare prevalentemente delle prime, occorre subito notare che i principi e criteri delineati, soprattutto nelle lett. *a* e *b* del comma 9, appaiono in larga parte giusti e condivisibili. Ci si riferisce alla generalizzazione tendenziale e graduale dell'indennità di maternità alle lavoratrici madri a prescindere dalla tipologia contrattuale di appartenenza e all'automaticità della prestazione per le parasubordinate, che fa sì che a esse spetti l'indennità di maternità pur nei casi in cui il datore di lavoro non abbia provveduto al versamento dei relativi contributi. In particolare, tali principi e criteri direttivi s'iscrivono in una riconsiderazione della tutela della maternità e della paternità che finalmente mostra di tenere in debito conto le modificazioni del mercato del lavoro, la sua segmentazione e precarizzazione, il ritardato ingresso delle donne, lo spostamento in avanti dell'età procreativa, quando non addirittura il rischio che questa dilatazione temporale si traduca in una (maggiore o minore) implicita rinuncia a procreare per l'incertezza del futuro.

Il nome inglese "*Jobs Act*" che ostentatamente si è voluto mantenere al provvedimento, rimanda all'intento del legislatore non solo di porre l'accento sulla crescita, come si suole ritenere, ma altresì di operare con una tecnica

legislativa innovativa, fondata su dati di realtà considerati nella loro dimensione sia quantitativa sia qualitativa.

A tal fine è opportuno riportare il dato Censis 2013, che stima un calo della natalità in Italia del 3,7% rispetto al 2012 (in numeri assoluti si tratta di 80 mila nati in meno, nonostante i progressi della scienza medica e l'apporto degli immigrati). Le cause sono indicate per il 62% nella scarsità dei servizi pubblici, per il 71% nell'assenza di sgravi fiscali e aiuti economici diretti; per il 67% nella scarsità di asili nido; per il 56% nell'insufficienza degli aiuti economici finalizzati al conseguimento dell'obbligo scolastico.

Gli esiti della statistica ci rimandano a due considerazioni preliminari: la prima è che la tutela della donna nell'evento fisico e psichico della gravidanza e del parto e nella protezione del rapporto con il nuovo nato sono considerati elementi necessari ma non sufficienti per indurre alla scelta della procreazione¹; la seconda, che la sempre più pressante richiesta di servizi (pubblici o privati) o di forme economiche che ne consentano l'accesso rimanda alla cronica carenza di politiche per la famiglia nel nostro Paese.

Una riflessione sulle norme a tutela della maternità nella legge-delega del Governo non potrebbe trascurare, infine, di offrire spunti di riflessione anche riguardo alle misure per la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, ideale completamento dell'impegno procreativo nei primi anni di vita del figlio, per quella che è stata finora la loro funzione effettiva. I commi 8 e 9 della delega si propongono, infatti, di rivedere e aggiornare sia le norme dedicate alla tutela della maternità sia quelle dedicate alla conciliazione dei tempi.

Il termine di esercizio della delega è fissato in sei mesi dall'entrata in vigore della stessa. La sua brevità induce a un certo ottimismo sulla circostanza che le Direzioni ministeriali competenti conoscano già l'allocazione delle risorse per attuare i principi e criteri direttivi del nuovo piano di tutele. È appena il caso di ricordare che qualsiasi intervento incentrato sulla protezione integrata delle responsabilità familiari ha come severi tutori i due vincoli del contenimento della spesa pubblica e del riequilibrio del suo finanziamento, tra fiscalità generale e contribuzione sociale sui salari.

¹ Su tali aspetti, oltre all'attenzione costante della tutela della lavoratrice madre da parte dell'ordinamento, deve segnalarsi un'importante giurisprudenza, soprattutto costituzionale, che si è fatta carico di aggiornare quella tutela alle evoluzioni sociali del fenomeno, in senso tendenzialmente migliorativo. Cfr., per tutte, C. cost. 7 aprile 2011, n. 116, su un caso riguardante il *dies a quo* di decorrenza del congedo obbligatorio di maternità di una lavoratrice subordinata, nel caso di parto prematuro.

2. Funzione riproduttiva e istituzione familiare

La scelta di procreare dipende oggi pressoché esclusivamente dalla condizione lavorativa della coppia più che dallo statuto familiare inteso come tipologia di relazione intersoggettiva prescelta: matrimonio, coppia di fatto, genitore singolo, famiglie lunghe, miste, allargate, unioni omosessuali. Come, infatti, si sostiene in dottrina, sempre più «la famiglia perde l'aura di naturalità che l'ha accompagnata per tutta la sua storia e diviene una istituzione “elettiva”, legata agli affetti e alle scelte volontarie dei suoi membri»².

Le donne, che in larga parte hanno raggiunto elevati ed anche elevatissimi livelli d'istruzione, formazione e qualificazione professionale, non solo a causa della crisi recessiva, sono quelle che ancora subiscono i maggiori ritardi nell'accesso al mercato del lavoro. Può così accadere che la rincorsa all'orologio biologico diventi un assillo esistenziale pesantissimo per decine di migliaia di ragazze e giovani donne. L'unico modo per evitare i contraccolpi sociali di una simile vicenda avrebbe dovuto essere quello di attuare, negli anni passati, un programma di politiche “*family friendly*” e dare spazio a una flessibilità buona dell'orario di lavoro, così come è stato fatto in molti Paesi europei, ridimensionando una problematica tutta italiana. Com'è noto, infatti, nel nostro Paese l'ordinamento non vanta al suo attivo né un sistema integrato di misure a tutela della famiglia, né un modello occupazionale che abbia facilitato la diffusione del contratto di lavoro part time.

Peraltro, negli ultimi due decenni almeno, assistiamo al dato paradossale per il quale la tutela “tradizionale” della maternità (l. 30 dicembre 1971, n. 1204, e successive modificazioni), intesa come diritto all'astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro, corredo inseparabile dei rapporti di lavoro con vincolo di subordinazione, intercetta un numero sempre inferiore di donne o comunque di giovani in età procreativa. Infatti, nel pubblico impiego, dove vige da anni il blocco del turn over (l. n. 244/2007), il personale in servizio è in larga parte fuori dal periodo riproduttivo, mentre nel settore privato la crisi continua a espellere un numero crescente di donne e di giovani e a bloccare i nuovi accessi.

Corrispondentemente si è allargata l'area della parasubordinazione e del lavoro a progetto, e si assiste altresì al costante incremento del numero delle donne che, per scelta volontaria o forzata, si dedicano alle libere professioni. Si tratta di quella fascia in cui si colloca esattamente la maggior parte delle lavoratrici nell'età di massima e migliore fertilità, quella, per intenderci, in cui

² Così M. PACI, *Le ragioni per un nuovo assetto del welfare in Europa*, in *La Rivista delle Politiche Sociali*, 2004, n. 1, 341.

la scienza avverte di minori rischi per la salute di madre e bambino. Proprio in questa decisiva fase della vita l'incertezza è massima, e la scelta di procreare è sottoposta a un *vulnus* che troppo spesso si traduce in una rinuncia alla maternità e in un estremo dilatarsi della condizione di precarietà esistenziale. Quest'ultima, unitamente all'abbassamento dei redditi, incide sul rallentamento del tasso di dinamicità del Paese, in cui l'istituto familiare riveste ancora oggi un'importantissima funzione di "rigeneratore" del tessuto sociale, come dimostra lo stretto nesso fra inadeguatezza delle politiche per la famiglia e decremento demografico.

Nel caso della tutela delle esigenze di cura, vita e lavoro (e della loro conciliazione) il Governo sembra intenzionato ad aprirsi a strade nuove. I principi enunciati nella legge-delega appaiono, a tal proposito, tutt'altro che generici, e si nota in essi, nonostante qualche approssimazione espressiva, la volontà di introdurre alcuni elementi di forte discontinuità col passato nella direzione di una maggiore equità sociale.

Riscrivere le regole del mercato del lavoro con riferimento al nostro tema non poteva non significare includere nella tutela della maternità le "escluse", uscendo dalla trappola di dare per scontato il modello "occupazionale" classico di cui quelle tutele sono figlie.

L'indennità di maternità dovrà essere estesa, dunque, a tutte le madri lavoratrici e, qualora non vi fosse stata contribuzione, varrebbe il principio di automaticità, lo stesso che nel sistema previdenziale opera quando vi è una responsabilità per inadempimento degli obblighi contributivi (art. 2116 c.c.)³. Sembra che, a tacer d'altro, un impianto così delineato possa candidarsi legittimamente a dare una risposta concreta a esigenze realmente avvertite, e completare il programma avviato dalla legge Fornero (l. n. 92/2012), la quale riconosce la proroga automatica del termine di scadenza del contratto in caso di maternità della collaboratrice a progetto.

È importante che si prenda finalmente atto che in Italia le problematiche connesse alla funzione riproduttiva stiano avendo un'incidenza sulle misure di welfare di tipo fordista, sulle tutele tradizionali, per un verso indebolendo la famiglia cosiddetta normo-costituita finora principale destinataria delle misure protettive, di cui faccia parte almeno un lavoratore o una lavoratrice

³ Cass. 7 ottobre 2010, n. 20791, a proposito del caso di una lavoratrice autonoma ribadisce che, in mancanza di una norma speciale che deroghi a questo principio generale, per i periodi in cui manca l'iscrizione della lavoratrice alla gestione assicurativa di categoria il rapporto assicurativo è insussistente e, dunque, l'apposita tutela di maternità (l. n. 546/1987) non può operare.

dipendente, per altro verso, ponendo in discussione la sopravvivenza delle politiche entro lo “schema occupazionale” tradizionalmente seguito.

Sebbene, quanto al resto, la lunga e tormentata transizione del nostro welfare sembra essersi maggiormente adattata a schemi produttivi di tipo postindustriale e al mercato globalizzato, anche grazie a un’importante integrazione sovranazionale, per quanto riguarda l’equilibrio dei rapporti demografici e sociali essa non pare ancora aver trovato un suo convincente e duraturo assestamento.

3. La tutela della maternità fra modello “occupazionale” e modello assistenziale

La legislazione sociale, anche implicitamente, ha interferito con i modi di formazione della famiglia, ridefinendo i rapporti di dipendenza e interdipendenza tra i sessi e le generazioni, modificando le condizioni e i costi della riproduzione, premiando e scoraggiando particolari modelli di famiglia. Prendendo spunto dall’assunto che la famiglia riveste un ruolo storicamente decisivo di operatore nei sistemi di welfare, il legislatore prenda atto in modo più deciso che occorre riconoscere diritti in capo alla famiglia come entità autonoma e nella pluralità dei modelli aggregativi indotta dall’individualizzazione della vita sociale, venendo incontro, al tempo stesso, alle esigenze dei singoli che la compongono.

Ora, mentre nei sistemi europei più evoluti la protezione sociale della famiglia nella duplice prospettiva sopra indicata costituisce un fenomeno largamente acquisito, essa è un fatto di recente acquisizione nel nostro Paese.

La legislazione finora introdotta si connota per il suo carattere frammentario e rapsodico, e contempla istituti di natura economica e di natura non economica. Le prime misure si differenziano secondo che siano riconducibili a una logica occupazionale, come l’indennità di maternità, la pensione ai superstiti, l’integrazione al minimo della pensione, la tutela degli invalidi civili ovvero assistenziale, come gli assegni al nucleo familiare e l’assegno di maternità. Tra le prestazioni di natura non economica vanno ricordate: l’accreditamento dei contributi figurativi per periodi di astensione dal lavoro per l’assistenza ai figli o ai familiari disabili, la concessione di permessi retribuiti alle lavoratrici in attesa di un figlio per le analisi necessarie, la concessione di permessi di riposo

giornaliero per maternità, riconosciuti in misura doppia nel caso di parto gemellare⁴.

Finora sono prevalse le prestazioni economiche, mentre quelle di natura diversa rivestono tuttora una rilevanza marginale.

Il disegno di legge-delega contiene il riconoscimento a tutte le donne lavoratrici dell'indennità di maternità, eventualmente anche con gradualità, e dopo aver operato un'opportuna ricognizione delle categorie di beneficiarie. Ai sensi della legislazione vigente, l'indennità è corrisposta alle lavoratrici subordinate, autonome, e libere professioniste, e alle titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuata. Quella che con espressione alquanto improbabile è indicata nella legge-delega come "ricognizione delle categorie" dovrà rappresentare il passaggio obbligato per riconsiderare i trattamenti di maternità introdotti nel corso dei decenni, con la finalità di armonizzarli al fine di evitare maternità di serie a e di serie b. Stabilito il principio della generalizzazione e omogeneizzazione del trattamento economico della maternità, l'entrata a regime della c.d. riduzione dei tipi contrattuali prevista nella legge-delega dovrebbe completare l'opera di razionalizzazione annunciata.

La discussione che eventualmente gli interpreti fossero tentati di aprire in merito alla natura previdenziale ovvero assistenziale delle misure economiche di tutela, sulla falsariga di quanto è avvenuto nel passato per altri istituti⁵ sarebbe ininfluente, essendo presenti nell'indennità di maternità estesa a tutte le madri a vario titolo attive nel mercato del lavoro, inevitabilmente, tanto aspetti del primo che del secondo tipo. La natura contributiva rimanda all'impianto previdenziale, laddove il parziale finanziamento dello Stato in caso di mancato versamento dei contributi da parte del committente per le co.co.co. (automaticità della prestazione) impone il richiamo alla solidarietà generale.

⁴ Su quest'ultimo tema cfr. C. Stato 9 maggio 2011, n. 2732, e, soprattutto, C. giust. 16 settembre 2010, causa C-149/10, *Zoi Chatzi c. Ypourgos Oikonomikon*, in cui la Corte, giudicando eccessiva la pretesa del duplice beneficio di maternità in caso di parto gemellare, ritiene giustificabile, tuttavia, un trattamento non identico a quello goduto dalla madre di un solo figlio, e lascia al giudice del rinvio la determinazione in concreto del *quid pluris* spettante alla lavoratrice.

⁵ Si pensi al lungo dibattito che accompagnò l'istituto degli assegni familiari, poi trasformato, per la quasi generalità dei lavoratori, in assegni al nucleo familiare. Sul tema mi permetto di rinviare alla mia voce *Assegni familiari*, in *Enc. dir.*, 2014, vol. VII, 104 ss.

I modelli di classificazione tradizionalmente adottati, dunque, non si rivelano utili a fronte della stringente necessità della legislazione sociale di sostenere e di proteggere le lavoratrici nell'evento della procreazione⁶.

La delega prevede un credito d'imposta (*tax credit*) quale incentivo al lavoro femminile, per le lavoratrici, anche autonome, con figli minori o disabili non autosufficienti o con un reddito individuale complessivo inferiore a una certa soglia (oggi pari a 2.840 euro al lordo degli oneri deducibili, ma questa soglia andrebbe senz'altro alzata), e, infine, l'armonizzazione del regime delle detrazioni (dall'imposta sui redditi) per il coniuge a carico. L'aggiunta del *tax credit* a favore di chi ha un figlio disabile da parte della Commissione competente del Senato è una sollecitazione al Governo a voler sanare la ferita costituita dal totale azzeramento del fondo per le disabilità da parte dei Governi precedenti. Il Governo in carica ha, peraltro, già raccolto questa sollecitazione, rifinanziando il fondo per la non autosufficienza nell'ultima legge di stabilità finanziaria.

Il sistema sociale di politiche per la famiglia in Italia oscilla tra visioni diverse ed anche difficilmente conciliabili di questa istituzione primaria. La prima concezione è quella che abbiamo sopra definito "occupazionale" perché esclude dal godimento delle misure protettive una parte crescente di cittadine e cittadini non titolari di un reddito da lavoro dipendente. Inoltre, gli istituti previdenziali che vi s'ispirano sembrano concepiti intorno all'archetipo della tutela dell'evento malattia piuttosto che per venire incontro alle esigenze della famiglia.

La seconda visione si conforma a un modello di welfare assistenzialistico che considera l'istituzione familiare come un'entità scissa dai singoli appartenenti, dalle loro motivazioni e dalle loro esigenze particolari, per concepirla unicamente come un soggetto passivo, da sostenere nell'ambito di politiche di contrasto alla povertà e all'emarginazione. Una terza considerazione della famiglia, di marca neo liberista è quella che si afferma negli anni più recenti. Essa concepisce la famiglia come un consumatore di beni e servizi (sanitari, scolastici, sociali) in concorrenza con altri consumatori, cui è affidato il compito di sostenere il mercato e ridistribuire le risorse. Nessuna di queste visioni può ritenersi esaustiva, sebbene ciascuna contenga un elemento di

⁶ Come è stato opportunamente sottolineato in dottrina, gli interventi "manutentivi" nella fase attuale «devono essere orientati a realizzare un assetto normativo che consenta di rispondere [...] alla precarietà e alla discontinuità dell'occupazione» e, «pur non abbandonando il presidio della meritevolezza e dell'inderogabilità, [...] concentrare le risorse disponibili sul contrasto alle variabili negative del mercato» al fine di «presidiare il variegato dispiegarsi dei singoli percorsi di vita». Così R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2014, 85.

realtà, e soprattutto, ponga in evidenza quanto questa istituzione, ricca di valori sociali e civili, rappresenta il fulcro stesso del sistema di welfare.

Il legislatore pur con la scarsità di mezzi al momento disponibili, dovrà pensare a una riforma organica degli istituti a tutela della genitorialità, con l'obiettivo di andare da una protezione della maternità e paternità di tipo prevalentemente "occupazionale", a una tutela integrata dentro un regime più maturo di sicurezza sociale. Prevedere interventi modulari, che pongano al riparo i diritti dei singoli attraverso adeguate forme di finanziamento diretto o indiretto, preferibilmente attraverso la fiscalità generale, sul presupposto del valore costituzionale del principio di solidarietà.

Esistono molti punti di riferimento a livello europeo, da cui trarre più di un'ispirazione. La Francia corrisponde interi pacchetti di prestazioni a favore del bambino in tenera età, composti da una varietà di assegni per l'istruzione o per l'aiuto alla famiglia da parte di un'assistente materna riconosciuta, o per la custodia del bambino a domicilio. Questi sono soggetti a una lieve contribuzione sociale (0,5%), prelevata direttamente dalle stesse Casse incaricate di erogare le prestazioni. In Gran Bretagna ai *Child Benefits* si aggiungono i *Working Families Tax Credits*, corrisposti insieme al salario, non tassati, per i figli a carico di coppie che lavorino almeno sedici ore settimanali. *One Parent Benefits* e *Allocations de parent isolé* tendono a fornire una tutela specifica ai nuclei monoparentali, a conferma della necessità di modulare le misure di sostegno in base alla specifica condizione genitoriale. Assegni per l'educazione del bambino, cumulabili con gli assegni integrativi ordinari, sono contemplati in Germania e Danimarca, e, anche nei Paesi di recente adesione, la cura delle politiche familiari compie notevoli progressi, nonostante la particolare gravità della crisi recessiva metta a dura prova i loro già deboli bilanci.

4. La "tenuta" delle prerogative genitoriali nella giurisprudenza europea

La materia sociale è considerata di esclusiva competenza della potestà legislativa degli Stati membri e coinvolge delicati equilibri interni che arrivano a incidere sullo stesso ordine pubblico interno.

Un aspetto che sarebbe necessario che il decreto attuativo affrontasse riguarda la possibilità di trasferire l'indennità al padre lavoratore parasubordinato, e di prevedere l'automaticità delle prestazioni anche in altri casi oltre che in quelli già previsti dalla legge, morte o grave infermità della madre, affidamento

esclusivo del bambino al padre, adozione o affidamento, in alternativa alla madre lavoratrice che non ne faccia richiesta. Data la portata del principio affermato nella proposta di legge-delega, ciò dovrebbe essere reso senz'altro possibile in tutti quei casi in cui la madre sia una lavoratrice parasubordinata oppure sia priva di occupazione.

La Corte di giustizia UE si è pronunciata recentemente sul caso di un padre iscritto all'Istituto spagnolo pubblico di sicurezza sociale, cui era stata negata la trasferibilità dell'indennità di maternità per compensare il mancato guadagno da parte della madre, libera professionista iscritta a una Cassa autonoma⁷. La Corte, sposando l'interpretazione dell'istituto pubblico spagnolo di previdenza, ha stabilito che qualora i genitori non partecipino dello stesso regime previdenziale, la cessione volontaria da parte della madre biologica al padre del trattamento di maternità c.d. facoltativo non può aver luogo non essendone titolare la madre, iscritta a una Cassa autonoma che non lo contempla. Dove non c'è diritto originario, infatti, non può esservi neanche diritto derivato.

Tuttavia, il motivo per cui si ritiene citare questa pronuncia è che essa ci riporta all'urgenza di ripensare le tutele per la maternità (e la paternità) all'interno delle profonde modificazioni del mercato del lavoro e dell'utilizzo dei lavoratori. Il giudice interno, infatti, aveva operato una forzatura nella stessa qualificazione del diritto definendolo non già congedo facoltativo di maternità ma parentale, al fine di attribuirlo al padre a titolo originario. Questa forzatura interpretativa diventa per la Corte un sintomo del rischio di operazioni interpretative sommarie, che disperdano la connotazione propria di istituti come quelli di cui si tratta.

La decisione rappresenta ancora l'occasione per la Corte di giustizia di porre in rilievo come l'artificiosa sovrapposizione d'istituti concepiti per scopi diversi, potrebbe essere generata dalla circostanza che talune legislazioni nazionali prevedono un congedo di maternità facoltativo più lungo di quello contemplato dal diritto comunitario (che è di quattordici settimane ininterrotte di cui almeno due prima o dopo il parto). È questo il caso dell'ordinamento spagnolo, che prevede sei settimane più altre dieci, cedibili al padre previo consenso della lavoratrice. Potrebbe essere stata proprio la dilatazione del periodo di congedo facoltativo post parto – che, va precisato, rientra nel pieno

⁷ C. giust. 19 settembre 2013, causa C-5/12, *Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, in *RIDL*, 2014, n. 3, II, 711, con nota di A. DE FELICE, *Trasferibilità del congedo facoltativo di maternità al padre in regime previdenziale non corrispondente a quello della lavoratrice beneficiaria*.

potere degli ordinamenti interni – ad aver lasciato lo spazio interpretativo per attuare la forzatura denunciata dalla Corte.

Ancora un'altra obiezione del giudice remittente riguardava la presunta disparità di trattamento tra padri biologici e adottivi, i quali, a differenza dei primi usufruiscono del congedo di maternità e della relativa indennità a titolo originario. Anche a tale proposito, la Corte UE distingue opportunamente la posizione del genitore adottivo da quello biologico, per il quale, non essendo presente un'esigenza di ristoro psicofisico dall'evento del parto, il diritto del padre si configurerebbe quale diritto autonomo esercitabile in via diretta stante la piena identità della funzione genitoriale⁸.

In conclusione, secondo la Corte, la madre lavoratrice che svolge un'attività alle dipendenze di un datore di lavoro è l'esclusiva titolare del diritto all'indennità di maternità. Se però è una lavoratrice autonoma e i regimi previdenziali dei genitori non sono corrispondenti, la madre si trova nella giuridica impossibilità di cedere al padre il diritto all'indennità, limitatamente al periodo di congedo facoltativo, diritto del quale la stessa non dispone in via originaria. La difesa da parte della Corte dell'esigenza di protezione della madre biologica, e la ridefinizione della corretta linea di confine fra tutela dell'evento della nascita e conciliazione tra famiglia e lavoro si rivela, pertanto, quanto mai opportuna. L'evoluzione sociale della genitorialità va, infatti, nella direzione di una più stretta fungibilità del ruolo, e di una maggiore e diversa modulazione dei diritti a essa legati⁹.

Bisogna, però, riconoscere che, nella misura in cui la protezione della maternità in capo alle lavoratrici dipendenti costituisce un valore solidamente incardinato nel diritto dell'Unione, è difficile accettare che un diverso

⁸ Ancora diverso il caso dei diritti al congedo e alla relativa indennità della madre surrogata a causa di gravi motivi di salute, su cui cfr. C. giust. 18 marzo 2014, causa C-363/12, Z. c. *A Government department e The Board of management of a community school*. La Corte ha ritenuto legittimo il rifiuto, da parte del Ministero irlandese, di concedere il diritto alla maternità alla madre committente sul presupposto che, non essendo stato il bambino generato dai gameti della stessa per la sua impossibilità di procreare, la situazione di fatto non realizzava i requisiti di legge utili a beneficiarne (la legge in questione, infatti, non contempla il caso della madre surrogata).

⁹ L'art. 3, l. n. 53/2000, a integrazione dell'art. 1, l. n. 1204/1971, ha esteso il diritto all'astensione facoltativa dal lavoro del dipendente, e al relativo trattamento economico, all'ipotesi in cui l'altro genitore non ne abbia diritto, al fine di rimuovere le diversità di trattamento tra posizioni di lavoro dipendente e autonomo, e anche per garantire al bambino l'assistenza necessaria – dopo i primi 3 mesi di vita – da parte di entrambi i genitori, escludendo, così, una funzione meramente surrogatoria del ruolo del padre rispetto all'esercizio del diritto d'astensione dal lavoro della lavoratrice madre. In tal senso cfr. Trib. Firenze 21 gennaio 2002.

trattamento sia riservato alle lavoratrici senza apparente nesso di subordinazione, soprattutto in tempi di mercati ed economie connotati dal segno della precarietà. L'unica forma di tutela, consistente in un'indennità "*una tantum*" riconosciuta dalle Casse al possesso di certi requisiti, monetizza l'evento della nascita di un figlio sul presupposto che il lavoratore senza vincolo di subordinazione si collochi in un'area economico-reddituale che gli consente l'acquisto di servizi e di ausili alla funzione genitoriale, così come di scegliere di astenersi dalla professione senza subire un danno economico immediato.

Abbiamo avuto modo di osservare, però, come il tema assuma oggi una ben diversa portata. La realtà mostra, infatti, che sull'impianto tradizionale della tutela della maternità si sono andate innestando le molteplici contraddizioni di un mercato del lavoro disomogeneo, segnato da processi spinti di precarizzazione e che, qualora i sistemi nazionali non si adattassero alla domanda nuova di protezione sociale per tali tipologie di genitori/lavoratori la tutela della maternità subirebbe una notevole contrazione, a fronte della corrispondente crescita dei casi in cui essa, altrettanto necessaria, dovrebbe essere negata perché tecnicamente inapplicabile.

La scelta non sta tanto nell'accrescere le tutele per chi già fruisce di uno statuto previdenziale pubblicistico, quanto nell'estenderle nella sostanza a tutte le donne lavoratrici, consentendone la parziale trasferibilità al padre, anche laddove i genitori non partecipino dello stesso regime previdenziale, e sempre – ovviamente – che non ricorrano rischi per la salute della madre.

La differenza tra il trattamento dell'indennità di maternità con mera facoltà d'astenersi con riguardo alle libere professioniste (e lavoratrici autonome) risponderrebbe a una diversità di base con le lavoratrici dipendenti, le quali si trovano sotto la pressione di programmi, ritmi e attività predeterminate, ma hanno l'indubbia garanzia di ritrovare intatto alla fine del congedo di maternità il loro posto di lavoro. Le prime, invece, fruendo di una maggiore libertà di autodeterminazione si trovano sicuramente nella possibilità di gestire in maniera più flessibile il lavoro, ma, sospendendo l'attività per un periodo più o meno lungo, corrono il rischio di perdere clienti e vedere sostanzialmente ridotto il loro tenore di vita¹⁰.

¹⁰ Alle madri libere professioniste è dedicato il capo XII del d.lgs. n. 151/2001. In particolare, l'art. 70, comma 1, riconosce alle libere professioniste iscritte ad un ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza un'indennità di maternità che l'art. 72, comma 1, estende, poi, alle ipotesi di adozione o affidamento. Circa la misura dell'indennità si rinvia alla l. 28 ottobre 2010, n. 251. Cfr. sul tema C. cost. 14 ottobre 2005, n. 385.

Sussistendo una mera “facoltà” e non un “obbligo” di astensione dal lavoro per le libere professioniste, la relativa indennità riveste una funzione in parte diversa rispetto a quella della mera sostituzione del reddito da lavoro, in tale ipotesi aprioristicamente non escluso: essa, costituisce un “incentivo” ad astenersi o, meglio, un “contributo aggiunto” tale da consentire se non una completa sospensione, almeno una più serena riduzione dei ritmi lavorativi.

Negare l’obbligo di astensione non è la soluzione ideale, e lascia irrisolti alcuni problemi. In primo luogo, i ritmi di lavoro per tali categorie non sono meno serrati e impeditivi di quelli di una lavoratrice dipendente. Senza contare, poi, le differenze di trattamento che si verrebbero a creare fra libere professioniste che scelgono di astenersi e subiscono una decurtazione reddituale e libere professioniste che decidono di restare al lavoro. Inoltre, vi è nella facoltatività dell’astensione, altresì, la consapevolezza della difficoltà di monitorarne il rispetto nell’attività professionale, a fronte della maggiore facilità di analoghi controlli nei confronti di un datore di lavoro. Una realistica valutazione della situazione dovrebbe condurre, pur mantenendo la facoltatività e non l’obbligatorietà di astensione dal lavoro a fornire maggiori garanzie alternative e strumenti propulsivi non solo omissivi che assicurino in ogni caso la tutela del nascituro e del minore, pur nella libera autodeterminazione della donna. L’esigenza si pone in coerenza con una delle principali linee evolutive della problematica dei diritti, che riguarda l’opera di allargamento della titolarità soggettiva in funzione della realizzazione di quel principio universalistico che deve trarsi dal richiamo alle condizioni “sociali” contenuto nel secondo comma dell’art. 3 Cost.¹¹.

È difficile negare che la legge-delega in commento non si ponga nella prospettiva indicata.

Per esigenza di completezza si deve ricordare al legislatore che attuerà i principi e criteri di recuperare, sul punto in questione, in una logica finalmente di sistema anche alcune norme che sono state introdotte un po’ in sordina dai due Governi precedenti, dunque troppo recenti perché se ne possa fare una valutazione d’impatto. Tali norme si rivelerebbero senz’altro un utile complemento a un adeguamento necessario della funzione genitoriale al mercato (e alla società) che cambia. Della prima si è già detto, è la modifica all’art. 66 del d.lgs. n. 276/2003, da parte della l. n. 92/2012, che proroga la scadenza del contratto a progetto per 180 giorni in caso di gravidanza della collaboratrice, salva disposizione più favorevole del contratto individuale. Una

¹¹ E. ROSSI, *Agire per la tutela dei diritti oggi: alcune considerazioni*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Il Mulino, 2010, 446.

circ. Inps (n. 114/2012) ha esteso il diritto all'indennità ai congedi parentali goduti dalle lavoratrici o dai lavoratori a progetto. La stessa legge Fornero prevede poi che al termine del congedo di maternità – per undici mesi e in alternativa ai congedi parentali – alla sola madre lavoratrice siano corrisposti voucher a carico del datore, per l'acquisto di servizi di baby-sitting o per far fronte alle spese in servizi pubblici o privati accreditati, per l'infanzia (art. 4, comma 25). Tale norma andrebbe modificata estendendo al padre lavoratore benefici che riguardano non già l'evento biologico della procreazione, ma il diritto di conciliare lavoro e vita familiare.

La delega riprende, opportunamente, la norma (art. 1, comma 339, lett. c, l. 24 dicembre 2012, n. 228) che prevede la facoltà per i genitori di fruire di un congedo parentale orario, che, presentandosi più flessibile e in quanto tale meno “ghettizzante”, avrebbe il pregio di ottenere un maggiore gradimento da parte dei padri lavoratori e, allo stesso tempo, di non creare cesure troppo nette dal lavoro per la donna che è già stata in astensione, prima obbligatoria poi facoltativa per la nascita del figlio.

Il legislatore delegato non dovrebbe, infine, trascurare una regola che mostra vieppiù la sua importanza: quella, cioè, di rendere obbligatorio concordare tra datore e prestatore adeguate misure per il rientro all'attività lavorativa, soprattutto quando il congedo parentale è preso in un'unica soluzione.

Va, in proposito, ricordata ancora una decisione della Corte di giustizia UE, la quale ammette la soppressione di posto di una dipendente, al termine del congedo parentale, per non aver superato positivamente una procedura di valutazione¹². Lungi dall'occuparsi del profilo antidiscriminatorio della vicenda, la Corte dichiara legittimo sottoporre una dipendente in congedo parentale a una procedura di valutazione che può comportare anche la modifica peggiorativa delle condizioni lavorative di partenza, purché la procedura riguardi l'insieme dei lavoratori potenzialmente coinvolti dalla soppressione del posto di lavoro; utilizzi i medesimi criteri di valutazione per i lavoratori in congedo parentale e per quelli in servizio; non richieda la presenza fisica della lavoratrice o del lavoratore quale presupposto di legittimità. Il problema, però, resta, poiché, mentre per la lavoratrice la valutazione avviene per il periodo lavorativo precedente al congedo, per gli altri dipendenti la stessa coincide con il periodo della valutazione: in altri termini, pur volendo accogliere il principio per il quale il diritto al congedo parentale non funge da ostacolo a una procedura di valutazione, resta pur

¹² C. giust. 20 giugno 2013, causa C-7/12, *Nadežda Riežniece c. Zemkopības ministrija e Lauku atbalsta dienests*, in *RIDL*, 2014, n. 3, II, 693, con nota di A. DE FELICE, *I congedi parentali: un diritto fragile*.

sempre il fatto che tale processo si riferisce a periodi diversi. Dal caso riportato si desume come il congedo parentale rimanga un diritto vulnerabile, forse ancora di più negli ordinamenti che lo riconoscono in misura più generosa.

Quanto alla donna, che ne usufruisce ancora in misura prevalente, non può tacersi come il congedo parentale rischi di dar luogo a un'esperienza negativa per madri lavoratrici nelle quali l'età riproduttiva, ormai ritardata, coincide con la raggiunta maturità professionale, quella in cui dovrebbero essere raccolti i "frutti migliori". La riflessione svolta a margine del caso deciso dalla Corte di giustizia UE orienta una preferenza sui congedi orari rispetto a quelli in unica soluzione, e, in quest'ultimo caso (alcuni ordinamenti contemplano una durata di diciotto mesi entro gli otto anni del figlio), sulla necessità di concordare misure per favorire la ripresa dell'attività lavorativa. L'affermazione di principio secondo cui al suo rientro il lavoratore in congedo ha diritto a essere collocato allo stesso posto di lavoro e, qualora ciò non sia possibile, a una funzione equivalente e corrispondente al suo contratto o rapporto di lavoro originario, non pone sempre al riparo da rischi specifici i titolari del diritto. Finanche la previsione di trattamenti migliorativi, possibilità indiscussa nel diritto dell'Unione rispetto agli ordinamenti interni, rischia di sortire l'effetto contrario, snaturando la funzione del congedo parentale, rendendolo impopolare presso le imprese e difficilmente gestibile nei periodi di crisi e di recessione economica, oltre che penalizzante per tutti quei lavoratori e quelle lavoratrici che non ne usufruiscono (e non ne usufruiranno) per il fatto di non avere prole.

Il legislatore potrebbe cogliere l'occasione del decreto di attuazione della delega (*Jobs Act*) per ripensare l'intera materia dei congedi parentali, completamento ideale dell'astensione facoltativa di maternità, proponendone una più equilibrata e razionale regolazione, liberata da tentazioni retoriche. L'istituto sarebbe così emendato dalla condizione di cronica vulnerabilità che ne ha reso finora alquanto prudente il ricorso da parte del padre, esponendo la madre beneficiaria a prassi aziendali rivolte a svalutare l'apporto alla vita produttiva di quante (e quanti) sono impegnati a fronteggiare le conseguenze primarie (biologiche e non) dell'esperienza riproduttiva.

Alla legislazione *in fieri* bisogna domandare di contribuire a sconfiggere una riserva, anche culturale, che vuole che i lavoratori che beneficiano degli strumenti di conciliazione o di flessibilità dell'orario, tra cui il contratto part time siano considerati meno competitivi dei lavoratori e delle lavoratrici che non ne usufruiscono. A questo proposito farà sicuramente molto discutere una recentissima pronuncia della Corte di giustizia UE, che ha ritenuto legittima la

scelta dell'unilaterale trasformazione di un contratto da part time in full time da parte dell'ente datore di lavoro, cioè in assenza del consenso della lavoratrice interessata¹³.

In conclusione, la scelta di individuare tra le materie da riformare i diritti di maternità e di paternità appare una scelta saggia, perché inerente a un aspetto dell'occupazione che investe la stessa capacità di autorigenerarsi della società non dal solo punto di vista economico e produttivo. Un'area d'intervento impropriamente considerata assestata, che la precarizzazione spinta delle condizioni di lavoro nel mercato c.d. flessibile mina gravemente dalle stesse fondamenta. Positivo, dunque, il *Jobs Act* su questo specifico terreno, ma a condizione che il legislatore delegato non dimentichi che, il fine del pieno godimento dei diritti genitoriali implica non solo l'estensione dell'indennità di maternità alle lavoratrici e ai lavoratori, qualunque sia la "categoria" di cui fanno parte, ma più ampiamente la proposizione di politiche per gli aggregati familiari quale luogo primario di espressione dei diritti sociali, anche in controtendenza ai diktat imposti dalla lunga e aspra recessione economica.

¹³ Si tratta della pronuncia della C. giust. 15 ottobre 2014, causa C-221/13, *Teresa Mascellani c. Ministero della Giustizia*.

Riflessioni a caldo sulla progettata modifica degli artt. 4 e 13 dello “Statuto”

di Vincenzo Ferrante

Nell’ampio dibattito che sta accompagnando, seppure solo sulla stampa, il disegno di legge-delega attualmente all’esame delle Camere, un esponente politico di spicco ha dichiarato, ritenendo in questo modo di poter agevolare la convergenza su una soluzione di mediazione, che non esistono leggi perfette e che, quindi, “cambiare è possibile”.

La affermazione appare ovvia, anche se induce ad interrogarsi sullo spazio che si offre in concreto al legislatore, anche il più fantasioso o innovativo, in ordine alla materia oggetto della delega ed in particolare, per quanto qui di riguardo, relativamente alla disciplina delle mansioni e alla materia dei controlli a distanza, che costituiscono oggetto di una specifica previsione nell’ambito della delega.

Questa, infatti, prevede che al Governo sia attribuito un potere di

- d) revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l’interesse dell’impresa all’utile impiego del personale con l’interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell’inquadramento; previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera;
- e) revisione della disciplina dei controlli a distanza, tenendo conto dell’evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze produttive ed

organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore.

Entrambe le previsioni appaiono, malgrado una formulazione differente, caratterizzate da una indeterminatezza che merita di essere esaminata con grande attenzione rispetto delle disposizioni di cui all'art. 76 Cost. Ed invero, mentre per la lett. *e* non sembra possibile immaginare, se non in linea generale, quale possa essere la portata dell'intervento futuro del legislatore delegato, la lett. *d* sembra anticipare, almeno, una tendenza abbastanza evidente ad ammettere una modifica delle mansioni in via unilaterale, mediante mobilità verso un livello inferiore, a fronte di situazioni di "oggettiva" riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale. La delega in discussione in Parlamento prevede altresì che una operazione siffatta possa essere resa praticabile, per il tramite della «contrattazione collettiva, anche aziendale», anche in presenza di situazioni ulteriori, da questa stessa individuate.

La norma, a giudicarla con il senso comune, sembra inattaccabile, ed anzi, ovvia: piuttosto che perdere il posto di lavoro è bene che il lavoratore accetti di essere adibito a mansioni inferiori. Ed evidente è il *pendant* di siffatta ovvietà: si deve solo alla ostinazione sindacale e politica degli anni passati il fatto che una disposizione così utile non sia mai stata varata prima dal Parlamento.

Le cose però non stanno affatto così.

In primo luogo, si deve segnalare come il ruolo della contrattazione nella materia sia stato già ampiamente riconosciuto da quella giurisprudenza che, facendo leva sulle previsioni di cui all'art. 2095 in tema di categorie e, in via assorbente, sulle disposizioni costituzionali in tema di salario, ha riconosciuto una piena fungibilità all'interno dell'*area omogenea*, in tutti quei settori nei quali la contrattazione collettiva ha sposato il c.d. sistema "a banda larga" (*broad band*), dichiarando espressamente la piena "fungibilità" delle mansioni. Penso, innanzi tutto ai contratti dei comparti pubblici, ma anche al personale delle poste, delle ferrovie di stato (ora: Poste italiane s.p.a. e Trenitalia s.p.a.) e al contratto collettivo del settore chimico-farmaceutico.

Nello stesso senso si deve ricordare come già la legge del 1991 in tema di crisi aziendale, giuridificando una prassi diffusa, ha riconosciuto la legittimità del "demansionamento", quale antidoto al licenziamento (art. 4, comma 11, l. n. 223/1991).

In questa prospettiva si sarebbe tentati di presentare la disposizione di legge come una sorta di generalizzazione della specifica ipotesi ora ricordata, se non fosse che la modifica viene ricollegata dalla (futura) legge-delega a situazioni

di «oggettiva riorganizzazione (o ristrutturazione o conversione) aziendale». Ma invero, basta poco per rendersi conto che un siffatto presupposto appare del tutto inidoneo a costituire garanzia di un esercizio non autocratico del potere direttivo, atteso che, se anche si modificano le mansioni di un lavoratore per puro capriccio, si realizza comunque una “oggettiva” riorganizzazione.

E parimenti, su un altro versante, deve apparire chiaro come ogni impresa, anche quella che produce utili, procede periodicamente a modificare l'organizzazione interna e, ripetutamente, i sistemi di lavoro. Collegare quindi una dilatazione dei poteri dell'imprenditore alla sussistenza di situazioni di così frequente manifestazione significa, di fatto, rendere del tutto residuale l'applicazione del principio di cui all'attuale art. 2103 c.c.

Ovviamente non si intende qui criticare la formulazione attualmente all'esame delle Camere per concludere che la norma del codice, così come riscritta dallo “Statuto”, non sia suscettibile di essere modificata, o perfezionata (“non esistono leggi perfette”): ed invero non sarebbero pochi i punti da chiarire, in merito ad esempio alla misura del danno e ai criteri della sua quantificazione, alla sua imponibilità contributiva, alla concreta coercibilità dell'ordine giudiziale, alla stessa nozione di equivalenza, ecc.

Le perplessità che nutro verso la delega discendono semmai dalla direzione che il legislatore sembra voler imprimere alle modifiche. Ed invero, con l'autorevole conforto di C. cost. n. 101/1995, si può senz'altro affermare che il principio che fa corrispondere, a parità di mansioni, parità di retribuzione, sembra proiettarsi su un piano che trascende il diritto positivo, quale manifestazione di un elementare principio di giustizia. Ne discende che, per converso, alla legittima adibizione a mansioni inferiori non può che corrispondere, fatalmente, una conseguente riduzione della retribuzione.

Ed invero, a dispetto di ogni possibile contraria rassicurazione sul punto, resto convinto che, come ricorda l'evangelista, nessuno accende una fiaccola per collocarla sotto il moggio. E dunque, con un linguaggio meno evocativo, al lavoratore adibito in forza di specifica disposizione di legge a mansioni inferiori, il datore non potrà che chiedere, alla fine, di rinunciare ad una quota della sua retribuzione.

Ove ci si voglia incamminare in questa direzione, allora, bisognerebbe piuttosto suggerire di intervenire sulla norma che disciplina le rinunzie e le transazioni, per rendere evidente che il sistema dell'accordo “in sede protetta” può anche indirizzarsi, con funzione pienamente abdicatoria anche *pro futuro*, verso modifiche del rapporto di lavoro, senza responsabilità alcuna per chi raccoglie le manifestazioni di volontà delle parti (e quindi con un più ampio

ricorso a forme alternative, come pure altra riforma oggi sembra prevedere). Ovvero bisognerebbe precisare il significato della disposizione più sopra richiamata della l. n. 223/1991, per chiarire le conseguenze della mobilità verso il basso, essendo incerto se l'adibizione a mansioni inferiori sia definitiva o temporanea o se essa comporti, o meno, la riduzione della retribuzione.

Nulla ovviamente impedisce al legislatore delegato di modificare la norma di legge nel senso che si è anticipato (e che si è criticato), anche se a riguardo bisognerà sempre ricordare come la latitudine del potere legislativo solo apparentemente può travolgere le logiche interne che governano da sempre il sistema giuridico (o le leggi della fisica, o della matematica, o di qualsiasi altra scienza esatta o sociale).

Ed allora si deve aggiungere che il potenziamento dei poteri datoriali, per iniziativa del legislatore, non potrà certo lasciare indifferente la giurisprudenza (e la dottrina), di modo che l'elemento contrattuale, frutto di una concezione paritaria del rapporto (che solo in tempi recenti si è fatta strada come precipitato della valorizzazione dell'autonomia individuale), non potrà che uscire indebolito dalla modifica legislativa, sino al punto da rendere necessari interventi (legislativi o giurisprudenziali) diretti a recuperare quanto si è perso sul piano della bilateralità, in conseguenza del soggiacere a poteri datoriali oramai rifluiti verso manifestazioni puramente soggettive.

Il che, come è evidente, appare contrario allo spirito che sembrerebbe animare il legislatore (delegante e delegato) e finirebbe per condurre, ancora una volta, a risultati opposti a quelli auspicati da chi ha promosso la modifica.

Si deve segnalare, inoltre come l'evoluzione giurisprudenziale abbia finito oramai per collocare la violazione della disposizione di cui all'art. 2103 c.c., non già nella prospettiva di un lucro cessante, ma piuttosto in quella del danno alla persona, nella forma di una lesione alla vita di relazione, alla propria identificazione sociale, o alle conseguenze derivanti da una alterazione del complessivo stato di benessere.

In questa prospettiva, appare evidente come la legittimazione di demansionamenti unilaterali e non temporanei finirebbe comunque per lasciare aperta la questione dell'eventuale danno che ad essi consegue, con l'evidente pericolo di dar vita ad un tortuoso percorso, al termine del quale il divieto di adibizione a mansioni inferiori rischierebbe di riemergere quale conseguenza della tutela della personalità morale del lavoratore a mente del disposto dell'art. 2087 c.c.

Infine, quanto alla modifica del disposto dell'art. 4 Stat. lav. In tema di controlli a distanza, non posso qui che ripetere quanto in altre sedi ho sostenuto circa un adeguamento della norma, che valga innanzi tutto a chiarire come l'utilizzo di elaboratori elettronici sia del tutto legittimo, sebbene non si può fare a meno di ipotizzare una qualche forma di intervento legislativo, che faccia gravare su chi progetta i *software* l'introduzione di meccanismi utili a garantire l'assenza di controlli anche a grande distanza di tempo.

Mentre mi pare quasi impossibile (ed anzi puramente abnorme), a mente della pluralità di disposizioni di rango soprannazionale che disciplinano il controllo sui dati personali, ipotizzare l'abrogazione della norma originaria, non escluderei un intervento di legificazione di alcune massime giurisprudenziali, quali quelle che si sono in passato registrate, anche al massimo livello, in tema di controlli difensivi.

Ritengo poi possibile, anche prendendo a riferimento alcune delle disposizioni introdotte recentemente nel d.lgs. n. 165/2001 al fine di contrastare il rischio corruzione (art. 54-*bis*), introdurre una forma di autorizzazione amministrativa, per il tramite dell'Autorità garante (anche nella forma dell'atto generale o del silenzio/assenso), diretta a legittimare controlli mirati e di durata definita, laddove sussistano sospetti di irregolarità in capo a specifici lavoratori.

Le novità in tema di servizi per l'impiego e di politica attiva del lavoro

di Domenico Garofalo

L'attuale mercato del lavoro risente degli effetti della doppia riforma in senso federalista avvenuta tra il 1997 e il 2001, sulla quale sembra abbattersi in modo deciso il *Jobs Act*, tanto da suscitare l'impressione che l'art. 2 della riforma sancisca ufficialmente il fallimento del federalismo all'italiana e del passaggio di competenze legislative dallo Stato alle Regioni, la cui cartina di tornasole è rappresentata dalla relazione biennale che il Ministro del lavoro presenta al Parlamento sullo stato di attuazione della l. n. 68/1999.

La domanda, quindi, è d'obbligo: ha funzionato il sistema regionalizzato dei servizi all'impiego? E se non ha funzionato perché? Colpa delle Regioni e delle Province?

A ben guardare le cause del fallimento sono varie e tra queste possiamo annoverare difficoltà endogene (difficoltoso passaggio del personale dallo Stato alle Regioni, mancanza di politiche di riqualificazione del personale degli s.p.i. e atavico e progressivo nanismo finanziario del sistema) ed esogene (riforme e controriforme del sistema scolastico, carenze del sistema formativo, inattuazione della condizionalità).

A queste difficoltà cerca di porre rimedio il *Jobs Act*, correndo l'obbligo di interrogarsi sulla costituzionalità dell'intervento normativo; la risposta cambia a seconda che il ragionamento sia fatto «a Costituzione invariata», ovvero tenendo conto della modifica del titolo V della parte seconda in discussione. Infatti, nel primo caso non può che formularsi una valutazione d'impatto costituzionale negativa, nonostante la legge-delega adotti una tecnica normativa collaudata per sfuggire alle censure di costituzionalità ed assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione, e cioè, che il testo dei decreti delegati sia redatto previa intesa in sede di conferenza permanente per i

rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, attingendo ad un modello concertativo inter-istituzionale “forte” che, nel caso dell’apprendistato, ha condotto ad una sottrazione di competenze in danno delle Regioni, con l’accondiscendenza di queste ultime, visto che il riconoscimento di competenze implica disponibilità di risorse che le Regioni non hanno.

Per contro, un giudizio esattamente opposto va formulato alla luce del nuovo quadro delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni, alla luce delle quali scompare la competenza concorrente Stato-Regioni, e viene lasciata alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia e funzione non espressamente riservata alla legislazione esclusiva dello Stato, con particolare riferimento alla pianificazione e alla dotazione infrastrutturale del territorio regionale e alla mobilità al suo interno, all’organizzazione in ambito regionale dei servizi alle imprese, dei servizi sociali e sanitari e, salva l’autonomia delle istituzioni scolastiche, dei servizi scolastici, nonché all’istruzione e formazione professionale. Viene elevata di fatto a principio fondamentale la tutela dell’unità giuridica o economica della Repubblica, nonché la realizzazione di programmi o di riforme economico-sociali di interesse nazionale, che consentono al Governo di proporre interventi legislativi in materie o funzioni non riservate alla legislazione esclusiva.

Quindi, il *Jobs Act* è orientato verso una ricentralizzazione delle competenze e lo strumento al quale viene affidato il raggiungimento di questo obiettivo è l’Agenzia nazionale per l’occupazione, che dovrebbe in qualche modo assorbire le competenze che oggi sono delle Regioni in tema di servizi per l’impiego, politica attiva del lavoro ed ammortizzatori sociali.

Ma a chi fa capo l’agenzia nazionale dell’occupazione e come funzionerà?

In primis, l’agenzia pur essendo “nazionale” non è riconducibile al Ministero del lavoro, che esercita funzioni di vigilanza dell’ente, annacquando quell’indipendenza dagli enti partecipanti che dovrebbe costituire il valore aggiunto dell’Agenzia; in secondo luogo, giova evidenziare che nella versione originaria della norma delega era previsto che l’agenzia beneficiasse dell’apporto di personale proveniente da altri Ministeri, da enti soppressi, ma anche dalle Regioni. Durante le varie navette parlamentari il riferimento al personale regionale è scomparso, con la conseguenza di rimettere l’attivazione dell’agenzia all’attività dei soli dipendenti provenienti dalle amministrazioni statali oppure dagli enti soppressi. Ovviamente si prevede anche un’opera di raccordo di competenze per evitare sovrapposizioni e duplicazione.

Doveroso, poi, è chiedersi quale sia il ruolo delle Regioni. Si prevede la compartecipazione di Regioni e Province autonome in seno all’Agenzia, ed in

omaggio al principio di sussidiarietà orizzontale si registra anche il coinvolgimento delle parti sociali nella definizione delle linee di indirizzo generale dell'azione dell'Agenzia, giustificandosi il mantenimento in capo al Ministero del lavoro e delle politiche sociali delle competenze in materia di verifica e controllo del rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale, mentre alle Regioni e alle PATB sono affidate le competenze in materia di programmazione delle politiche attive del lavoro. Orbene, la partecipazione all'Agenzia anche delle Regioni e delle PATB, unitamente alla presenza dello Stato (Ministero del lavoro) in seno all'organismo agenziale, sembrano giustificare, anche costituzionalmente, la tendenziale unificazione della gestione delle politiche del lavoro in capo al nuovo soggetto giuridico. Se fino a qualche tempo fa le Regioni (tendenzialmente per il tramite delle Province) venivano considerate non come organismi direttamente operativi, ma «prevalentemente di gestione, anche politica, del collocamento, e di conseguenza, di coordinamento e controllo dei relativi servizi», sembra evidente che l'asse gestionale è destinato a spostarsi altrove, e cioè presso l'Agenzia, nella speranza di scuotere il sistema Paese dal torpore in cui è caduto, anche grazie all'inerzia delle Regioni, specie del Sud Italia.

Importante, poi, è la valorizzazione del sistema informativo; infatti, per risolvere un problema bisogna conoscerlo ed è evidente che il sistema informativo non può non essere uno snodo importante per la revisione del sistema di politiche attive per il lavoro e di funzionamento per i servizi dell'impiego, segnalandosi a questo riguardo l'istituzione di un nuovo strumento e cioè il fascicolo elettronico unico.

Si passa quindi dal libretto formativo del cittadino, la cui mancata attivazione costituisce tuttora una sorta di mistero, al c.d. FEU, contenente le informazioni relative a percorsi educativi e formativi, periodi lavorativi, fruizione di provvidenze pubbliche e versamenti contributivi. Torna alla mente la scheda professionale istituita nel 2000, arricchita però da ulteriori informazioni, che rimandano alla semplificazione delle procedure e degli adempimenti, perseguita in molti degli interventi normativi del Governo Renzi. Il FEU, quindi, dovrebbe contenere (salvo che non lo sostituisca) il libretto formativo, visto che nel *Jobs Act* si prevede la revisione degli adempimenti in materia di libretto formativo del cittadino.

Il collegamento nel FEU tra le politiche attive e passive non deve meravigliare, potendosi rinviare a quanto detto da Balletti nel suo intervento, a proposito della riforma degli ammortizzatori, nella parte in cui si evidenzia il collegamento degli ammortizzatori sociali alla storia contributiva del

prestatore di lavoro. Ciò significa che il datore di lavoro, che voglia assumere un prestatore di lavoro, per mezzo del FEU potrà verificare qual è la posizione contributiva di quel lavoratore. Sostanzialmente il collegamento tra anzianità contributiva e ammortizzatori sociali consente al datore di lavoro di capire quale sia la “dote” (sostanzialmente i vantaggi) che il prestatore di lavoro porta con se.

La norma delega non si esaurisce con la previsione dell’Agenzia nazionale per l’occupazione; infatti, il Governo Renzi torna per l’ennesima volta sulla razionalizzazione degli incentivi all’assunzione, ivi compresi quelli finalizzati all’autoimpiego e all’autoimprenditorialità.

La legge-delega dovrebbe incidere sulla pleora di incentivi all’occupazione tuttora esistenti, non comprendendosi quale sorte toccherà ai principi introdotti con la riforma Fornero, specie se si considera la notevole importanza conferita all’analisi statistica. Sicuramente, la razionalizzazione dell’apparato incentivante dovrebbe essere funzionale a redigere una sorta di Testo Unico sugli incentivi all’occupazione, in grado di ridurre la caoticità del dato normativo, che deve tenere conto anche dei regolamenti comunitari in materia, da quello sugli aiuti *de minimis*, a quello generale sugli aiuti di Stato, adottato quest’estate (Reg. UE n. 651/2014) e che ha sostituito il Reg. CE n. 800/2008.

Altro pilastro del *Jobs Act* è costituito dalla condizionalità, evolutasi da una logica puramente burocratica ad una manageriale, nella speranza di corresponsabilizzare l’utenza, generando comportamenti proattivi e stanando sacche di lavoro nero e parassitismo sociale.

La riforma sembra voler estendere la condizionalità anche ad altre categorie di lavoratori, conseguenza ovvia di una tendenziale universalizzazione dei trattamenti di sostegno al reddito, che giunge addirittura ad attrarre alla condizionalità anche trattamenti aventi una qualificazione giuridica prettamente assistenziale.

Intrinsecamente collegato alla condizionalità è il contratto di ricollocamento, ispirato palesemente al c.d. contratto di ricollocazione, proposto da Ichino qualche anno fa, col quale si intenderebbe coniugare sostegno al reddito ed inserimento effettivo nel tessuto produttivo, ricomponendo la scissione tutta italiana tra politiche passive ed attive del lavoro. Un’anticipazione dell’istituto è reperibile già nella legislazione della Regione Lazio, con una tensione verso la fattispecie proposta da Ichino concretizzatasi durante i lavori parlamentari del *Jobs Act*, il cui precipitato normativo finale lascia aperta la porta ad ulteriori ed indefiniti istituti che possono porsi nel medesimo solco aperto dal contratto di ricollocamento. Si tratta di un istituto che riempie di contenuti l’art. 3, d.lgs. n. 181/2000, ove tra le misure di politica attiva, oltre a colloqui

di orientamento, informazione, formazione e tirocini, sono presenti anche indefinite esperienze d'inserimento lavorativo, ora forse meglio tratteggiate dal legislatore. Le parti cui è rimessa la conclusione degli accordi per la ricollocazione sono state individuate nelle agenzie per il lavoro, negli altri operatori accreditati e negli operatori privati, obbligati alla presa in carico: ciò incide sulla qualificazione giuridica dell'accordo di ricollocazione, accentuandone la connotazione pubblicistica. L'ingresso del contratto di ricollocazione nel panorama degli strumenti attuativi del patto di servizio testimonia ancora una volta l'incapacità del sistema pubblico di gestire l'inserimento lavorativo del disoccupato, affidandolo alle agenzie per il lavoro per il tramite di uno strumento tutt'altro che innovativo, quello del premio di ricollocazione. In sintesi, il legislatore delegato riconosce all'agenzia o all'operatore privato il valore economico della propria attività condizionandolo all'esito positivo della stessa ed in proporzione alle difficoltà di collocamento dell'utenza, implicitamente prevedendo che la parte iniziale del percorso di ricerca del lavoro si svolga in modo sostanzialmente gratuito per l'utenza. Praticamente, è come se si prevedesse un «premio per l'inserimento» da erogare all'agenzia (ma teoricamente anche al datore di lavoro che riceve utenza di difficile collocabilità) solo previa verifica dell'inserimento effettivo dell'ino/disoccupato per un periodo tale da consentire di ammortizzare il premio stesso, con l'obiettivo di evitare accordi tra aziende e collocatori privati.

A sua volta la delega attinge nuovamente allo strumento dei lavori socialmente utili, prevedendo un coinvolgimento attivo del soggetto beneficiario, al fine di favorirne l'attività a beneficio delle comunità locali, tenuto conto della finalità di incentivare la ricerca attiva di una nuova occupazione da parte del medesimo soggetto secondo percorsi personalizzati, con modalità che non determinino aspettative di accesso agevolato alle amministrazioni pubbliche, inibendo formalmente qualunque deriva assistenzialistica dello strumento dei lavori di pubblica utilità, al fine di evitare il ripetersi del deprecabile fenomeno che ha portato al fermarsi del bacino degli LSU. Infatti, la relativa disposizione statuisce che la misura non deve creare alcuna aspettativa di stabilizzazione alle dipendenze della Pubblica Amministrazione in capo ai soggetti interessati, come se sia sufficiente una norma a frenare un fenomeno che ci ha perseguitato per circa 20 anni.

Con riferimento, poi, al profilo finanziario, come ha detto il Professor Miscione, il *Jobs Act* dà l'impressione di voler introdurre riforme a costo zero, ma è pur vero che nella legge di stabilità per il 2015 è presente una disposizione (e cioè l'art. 11) rubricata *Disposizioni in materia di*

ammortizzazioni sociali, di servizi per il lavoro e politiche attive ove si prevede l'istituzione presso il Ministro del lavoro e delle politiche sociali di un apposito fondo la cui dotazione è pari 1600 milioni di euro per il 2015 e 2000 milioni di euro a decorrere dal 2016 per finanziare tutto il pacchetto del ddl S 1428-B.

Intendo chiudere questo intervento con alcune riflessioni sull'art. 3 del *Jobs Act*, e cioè sulla disposizione recante norme in materia di semplificazione. In merito il pregevole contributo del Professor Miscione si sofferma su due aspetti qualificanti e cioè le dimissioni e l'intervento legislativo su norme che creano contrasti interpretativi.

Con riferimento alle dimissioni, nella griglia dei criteri direttivi presenti nella disposizione, riconducibili all'area della semplificazione e razionalizzazione delle procedure di costituzione, v'è quello relativo alla convalida delle dimissioni o della risoluzione consensuale, che intende dare rilievo al comportamento concludente del lavoratore. L'istituto delle dimissioni, che a volte, come ricorda il Professor Miscione, crea imbarazzo al datore di lavoro, è profondamente e concretamente collegato al sostegno al reddito ed *in primis* all'ASpI. Infatti, sovente il lavoratore che intende dimettersi, ben sapendo che ciò impedirà l'ammissione al beneficio dell'ASpI, si assenta ingiustificatamente per più di una settimana per ottenere il licenziamento per giusta causa, con la conseguenza di essere legittimato a richiedere il citato trattamento di sostegno al reddito. Ebbene, la rilevanza del comportamento concludente del lavoratore, conferita dalla legge-delega, sembra mettere in crisi tale strategia.

Un altro aspetto affrontato nel contributo del Professor Miscione è quello relativo all'interpretazione delle norme che hanno determinato contenzioso, col rischio di introdurre norme interpretative, ovviamente retroattive.

Una parte della norma in materia di semplificazione riguarda principalmente i consulenti del lavoro, che si occupano di gestione del personale, e tra i principi direttivi che meritano di essere segnalati c'è quello della riduzione degli adempimenti e delle procedure in tema di assunzione, gestione e cessazione del rapporto di lavoro, come se il legislatore conosca "numericamente" l'entità di questi adempimenti, con la conseguenza di condizionare gli obiettivi della riforma ad un'azione che ha un significato scarsamente pregnante, come se la quantità determini *ex se* la qualità del risultato da raggiungere.

Interessante è anche il criterio direttivo sulle sanzioni. Innanzitutto, la revisione dell'apparato sanzionatorio dovrà tener conto dell'eventuale natura formale della violazione, onde evitare di sanzionare troppo pesantemente chi incappa in dette violazioni (ipotesi già previste in tema di incentivi). In

secondo luogo occorrerà favorire l'immediata eliminazione degli effetti della condotta illecita (prescrizione, disposizione, diffida); infine, si valorizzano istituti di tipo premiale, pur se non si comprende bene come coniugare sanzione e premio, a meno di non pensare a riduzioni delle sanzioni. Come si vede, complessivamente nulla di effettivamente nuovo.

L'ultimo criterio che merita di essere segnalato riguarda il lavoro sommerso in tutte le sue forme, ai sensi della normativa europea, che va prevenuto e scoraggiato con idonee e prioritarie politiche, nell'ambito della promozione del principio di legalità. Le iniziative adottate nel corso degli anni (emersione, maxi-sanzione, ecc.) non hanno prodotto risultati significativi nella lotta al sommerso se è vero come è vero che la crisi economica ne ha accentuato il ricorso in forme diversificate che trovano una matrice comune nell'eccessivo peso di contribuzione e oneri fiscali, che dilatano in maniera smisurata il costo del lavoro.

Se la genesi del lavoro sommerso risiede in un insostenibile costo del lavoro va senza dubbio raccolto l'invito del Parlamento europeo che, molto opportunamente, raccomanda agli Stati membri «di prendere in considerazione il miglioramento degli incentivi al lavoro regolare che possa includere l'aumento dell'aliquota di reddito non imponibile e, quale incentivo per i datori di lavoro, la riduzione dei costi non salariali associati all'occupazione legale».

Sono più di vent'anni che ci si confronta con la lotta al sommerso, ora attraverso strumenti incentivanti (riallineamento o emersione), ora con strumenti sanzionatori (maxi-sanzione), ma i risultati non sono stati mai esaltanti, talora per ragioni di "cassa", altrimenti per le cicliche crisi economiche la cui durata non appare quasi mai prevedibile. Condivido, quindi, la lettura offerta dal Professor Balletti, secondo il quale il nostro sistema normativo sembra aver individuato il rimedio per stanare il lavoro nero, e cioè collegare i trattamenti di disoccupazione alla storia contributiva, con la conseguenza di rendere direttamente proporzionale il trattamento di disoccupazione alla contribuzione effettivamente, inducendo (forse) i lavoratori ad avere un atteggiamento diverso rispetto al lavoro nero. L'importanza del profilo contributivo emerge anche in relazione al futuro trattamento pensionistico, nel senso che l'emersione del lavoro irregolare consentirà al lavoratore di elevarne l'entità. Su quest'ultimo aspetto incide anche il differente approccio della riforma in materia di alleggerimento dei contributi figurativi, visto che il *Jobs Act* prevede che la contribuzione figurativa non si colleghi più alla retribuzione ma al trattamento previdenziale, finendo con l'incidere anche sui trattamenti pensionistici.

Verso l'introduzione del salario minimo legale?

di Fausta Guarriello

1. Una rassegna preliminare dei problemi

A mo' di premessa sulla questione della possibile introduzione del salario minimo legale in Italia, tema che ha riscosso ben altro interesse nel dibattito pubblico di altri paesi europei (v. la Germania, dove l'11 agosto 2014 è stata approvata la legge che ha introdotto il salario minimo legale a partire dal 1° gennaio 2015), va sottolineato come l'inserimento di una delega al riguardo nel *Jobs Act* non costituisce l'esito di una rivendicazione avanzata dal mondo del lavoro, né il frutto di una matura consapevolezza delle implicazioni connesse al tema salariale da parte dell'attore politico, quanto piuttosto l'estemporaneo annuncio dell'introduzione di una misura che – come gli 80 euro – potrebbe aumentare il potere d'acquisto dei salari più bassi, ridando fiato a un'economia in patente recessione.

La preoccupazione immediata non può però nascondere la tradizionale scarsa attenzione al tema salariale nel dibattito politico italiano¹, malgrado l'esistenza di un'enorme questione salariale nel nostro paese, caratterizzato da bassi salari, bassa produttività, crescenti ineguaglianze anche nella distribuzione delle retribuzioni con un crescente aumento della forbice retributiva, l'apparizione di *working poor* (fenomeno nuovo cui il CNEL ha dedicato una sessione di studio e un rapporto di ricerca nell'estate 2014), l'aumento di lavori instabili, precari e mal retribuiti, frutto di una politica del lavoro che da vent'anni punta su riforme del mercato del lavoro basate su lavori temporanei a bassa produttività e con bassi salari. L'indirizzo di politica legislativa seguito negli ultimi lustri appare emblematicamente rappresentato dal *leitmotiv*

¹ T. BOERI, C. LUCIFORA, [Salario minimo e legge delega](#), in [Lavoce.info](#), 26 settembre 2014.

ripetuto dall'ex ministro del lavoro Sacconi (ora presidente della Commissione Lavoro del Senato) secondo cui il futuro sarebbe nei lavori umili e nella rivalutazione del lavoro manuale, non meno che nell'appellativo sprezzante di *choosy* rivolto ai giovani in cerca di lavoro dal ministro Fornero.

D'altra parte, la tradizionale via italiana al salario minimo, costituita dal consolidato meccanismo giurisprudenziale di applicazione del «salario minimo costituzionale» in virtù del combinato disposto dell'art. 36 Cost. con l'art. 2099 c.c. – che per eterogenesi dei fini, ha ovviato alla mancata attuazione dell'art. 39 Cost. sull'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi² – ha mostrato le sue crepe conoscendo negli ultimi anni un “trend ribassista”, che ha portato alcuni giudici di merito a discostarsi dai parametri definiti dal CCNL di appartenenza o di settore affine, riducendo il salario minimo di categoria con riferimento a criteri che attengono alle condizioni economico-finanziarie del datore di lavoro o al contesto ambientale, alle dimensioni dell'impresa, al potere di acquisto in un determinato ambito territoriale.

Tale *trend* è stato talora avallato dalla Cassazione, con rischio di “balcanizzazione” dei minimi retributivi a seconda dell'*ability to pay* della singola impresa e con una visione pauperistica del salario, che ha fatto temere riguardo alla tenuta del diritto costituzionale alla giusta retribuzione³ per il rischio di ritorno a una dimensione dello stesso come mera soglia di sopravvivenza, di garanzia del solo «salario minimo biologico»⁴. Di recente, tuttavia, la Cassazione, con sentenza 17 gennaio 2011, n. 896, pare aver superato questo pericoloso approccio, ribadendo che «la retribuzione proporzionata prescritta dalla norma costituzionale è, nella normalità dei casi, quella fissata dalle parti sociali contrapposte nella contrattazione collettiva».

2. L'impatto dell'austerità sui salari minimi in Europa

Nella dimensione europea, gli indirizzi e le raccomandazioni europee in materia di politica salariale costituiscono un tassello importante delle politiche di austerità. La c.d. austerità salariale in Europa ha riguardato dopo il 2008-2009 anche i salari minimi, considerati come parametro di riferimento per la contrattazione collettiva, al fine di ottenere l'abbassamento dei salari medi

² G. GIUGNI, *Prefazione* a M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Il Mulino, 1971.

³ G. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *LD*, 2011, n. 4, 635-662.

⁴ S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Donzelli, 2011.

attraverso l'imposizione del congelamento o di tagli ai salari minimi, di deindicizzazione degli stessi sia nei paesi europei sottoposti alle condizionalità imposte dalla troika nei *memoranda of understandings*, sia in tutti gli altri paesi attraverso le *Country Specific Recommendations* (CSRs) indirizzate dalla Commissione nel quadro del semestre europeo. Come è stato correttamente osservato dalle analisi condotte su scala europea⁵, la visione del salario e della contrattazione salariale delle autorità economiche europee nel quadro delle politiche di austerità pare ispirata unicamente dall'idea del salario come fattore di competitività dei costi o come minaccia all'impiego, con forte tendenza alla compressione del ruolo della contrattazione collettiva nazionale (*multi-employers*) in favore della (sola) contrattazione aziendale basata sulla produttività. Quest'approccio sembra ignorare la circostanza che il salario dignitoso costituisce un *fundamental labour standard* secondo le fonti ILO⁶ e in particolare trascura la funzione "sociale" del salario minimo, che dovrebbe essere quella di rafforzare l'uguaglianza retributiva e favorire l'inclusione sociale (permettendo alle persone di guadagnarsi da vivere con il proprio lavoro), in una strategia di crescita basata su più alti salari e una più equa distribuzione salariale.

È questo l'approccio seguito dalla Confederazione europea dei sindacati (CES) nella sua presa di posizione sui salari e sui sistemi di contrattazione collettiva, in risposta alle CSRs 2014. Alle raccomandazioni della Commissione di non aumentare i salari minimi legali in rapporto ai salari medi e di rendere i salari minimi flessibili e differenziati in rapporto ai diversi settori e categorie di lavoratori, ad esempio prevedendo salari minimi più bassi per i lavoratori meno qualificati, o addirittura l'esclusione di alcune categorie di lavoratori, la CES ha risposto che i salari minimi e medi dovrebbero al contrario crescere in modo da salvaguardare il potere di acquisto, ridurre le disparità salariali colmando il *gender pay gap*, combattere le nuove povertà e prevenire forme di *social dumping* e di concorrenza sleale⁷. A tal fine, il salario minimo netto dovrebbe assicurare almeno livelli di vita accettabili, senza differenziazioni ed eccezioni al suo campo di applicazione

⁵ ETUI, *Benchmarking Working Europe 2014*, 2014.

⁶ A. LO FARO, *Is a Decent Wage Part of a decent Job? Answers from an Enlarged Europe*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 2008, n. 64; ILO, *Global Wage Report 2010/11. Wage policies in times of crisis*, Geneva, 2010; *Social justice and growth: The role of the minimum wage*, International Journal of Labour Research, 2012, vol. 4, n. 1.

⁷ ETUC, *Statement of the ETUC Collective Bargaining Committee on Country Specific Recommendations 2014 concerning wages and collective bargaining systems*, 4 June 2014, in www.etuc.org.

3. I principi e criteri di delega al Governo

L'emendamento presentato in Senato al comma 7, lett. *f*, ha modificato i criteri di delega del ddl S 1428. Nel testo del ddl C 2660 trasmesso alla Camera, la platea dei destinatari viene estesa ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, ma l'introduzione del salario minimo è limitata ai soli «settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative». L'emendamento sembra chiaramente volto a superare o attenuare l'ostilità dei sindacati verso tale misura, circoscrivendone la portata ai soli settori non regolati da contratti collettivi, lasciando quindi intendere che non di misura generalizzata si tratta, bensì di misura sussidiaria destinata ad operare solo allorché non sia applicabile alcun contratto collettivo. E tuttavia questa limitazione dell'ambito di applicazione del salario minimo legale è stata a sua volta oggetto di critica per il rischio di inefficacia della misura così concepita, giacché il salario minimo dovrebbe rappresentare una soglia sotto la quale nessuna retribuzione oraria può scendere, con o senza contratto collettivo⁸. In tal senso, sia pur con qualche imprecisione terminologica, nel ddl 5 febbraio 2010, n. 2000, primo firmatario il senatore Nerozzi, era espressamente previsto (art. 6, comma 2) che «il salario base dei lavoratori dipendenti non può essere determinato in misura tale che il reddito del lavoro risulti inferiore a quello che risulterebbe dall'applicazione del compenso orario minimo».

L'inclusione tra i beneficiari del salario minimo delle collaborazioni coordinate e continuative segue la tendenza già presente nella normativa specifica di settore volta ad imporre compensi minimi non inferiori ai minimi contrattuali dei lavoratori subordinati per mansioni equiparabili (v. l'art. 3, l. n. 142/2001, per i soci di cooperativa; l'art. 63, d.lgs. n. 276/2003, modificato dall'art. 1, comma 23, l. n. 92/2012, per i collaboratori a progetto; l'equo compenso per il settore giornalistico ex l. n. 233/2012), rafforzando tale tendenza attraverso l'introduzione del salario minimo legale per coprire lavoratori atipici particolarmente vulnerabili (occasionalmente, autonomi, in particolare giovani)⁹. L'estensione del salario minimo alle collaborazioni –

⁸ T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*

⁹ A. BELLAVISTA, *Il salario minimo legale*, in *DRI*, 2014, n. 3, 741-753; M. MAGNANI, *Salario minimo*, in questo volume; F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), [*La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei*](#)

che, peraltro, dovrebbero venir assorbite dal contratto a tutele crescenti (il condizionale è d'obbligo su una materia così incerta) – sembra perseguire una finalità di inclusione nel mercato del lavoro, volta a superare il dualismo tra lavoratori tutelati e non tutelati¹⁰, esclusi dalle tutele collettive secondo la nota chiave di lettura insider/outsider.

In realtà, il problema del salario minimo si presenta oggi come un problema fortemente sentito anche all'interno della cittadella assediata (ed espugnata) del lavoro subordinato, con l'emersione anche nel nostro paese, quale effetto della crisi economica e dell'aumento delle disuguaglianze, dei *working poor*, lavoratori che percepiscono un salario inferiore a una soglia di povertà relativa, definita come i 2/3 del salario mediano (nel 2013 hanno rappresentato il 16% dei lavoratori dipendenti) perché poco istruiti e poco qualificati, giovani, donne, *part-timers*, lavoratori a termine, occupati in agricoltura e servizi (pulizia, badantato, ristorazione), nel mezzogiorno, nelle piccole imprese, immigrati. La funzione del salario minimo nel campo del lavoro subordinato è di proteggere le categorie più deboli e meno rappresentate, a rischio di emarginazione e sfruttamento, garantendo salari equi (secondo i canoni del lavoro dignitoso), attraverso la prevenzione di forme di concorrenza sleale giocata sui bassi salari¹¹, mentre è assai più controverso il suo ruolo redistributivo e di protezione dei singoli e delle famiglie dal rischio di povertà assoluta (obiettivo perseguito da sistemi di tutela universalistica basati sul reddito minimo, di cui l'Italia, sola tra i paesi europei con la Grecia, è tuttora sprovvista, malgrado diversi progetti di legge siano depositati in Parlamento). Il restringimento della platea dei destinatari ai rapporti di lavoro subordinati e alle collaborazioni non regolati da contratti collettivi configura l'intervento come sussidiario rispetto alla contrattazione collettiva, della quale in teoria non inficia il primato di autorità salariale. In questa accezione, il salario minimo legale potrebbe supplire alla mancata copertura dei minimi contrattuali per il 19% dei lavoratori subordinati (con picchi di oltre il 40% in agricoltura, il 30% nelle costruzioni, oltre il 20% nelle attività artistiche, di

[rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro](#), ADAPT University Press, 2014, 116.

¹⁰ T. BOERI, P. GARIBALDI, [Quali tutele? E quanto crescenti?](#), in [Lavoce.info](#), 23 settembre 2014.

¹¹ C. LUCIFORA, in *Rapporto Working poor: un'analisi sui lavoratori a bassa remunerazione dopo la crisi*, presentato nel corso del seminario *Working poor: un'analisi sui lavoratori a bassa remunerazione dopo la crisi*, Cnel, 1° luglio 2014, in www.cnel.it/53?shadow_documenti=23478.

intrattenimento e nei servizi di hotel e ristorazione)¹². I minimi previsti dalla contrattazione collettiva, infatti, se pure sono più elevati dei salari minimi fissati per legge, scontano tuttavia percentuali più alte di soggetti esclusi perché non coperti dai contratti collettivi¹³.

Riguardo al carattere dichiaratamente sperimentale della misura proposta, è da ritenersi che questo vada letto come un ulteriore fattore di prudenza, dovuto al non prevedibile impatto del salario minimo legale in termini redistributivi e occupazionali. L'introduzione sperimentale e graduale del salario minimo potrebbe, secondo alcuni, riguardare inizialmente alcune aree più esposte, come le collaborazioni coordinate e continuative (*ex l. n. 92/2012*), i lavoratori a *voucher*, i lavoratori degli appalti, per poi ampliare successivamente lo spettro dei destinatari¹⁴.

Ulteriori fattori di prudenza nell'introdurre tale misura potrebbero riguardare: il livello di fissazione del salario minimo (che, se troppo elevato rischierebbe di spiazzare la domanda di lavoro per le fasce più deboli, giovani e lavoratori con bassa qualificazione); la previsione di eventuali clausole di salvaguardia per giovani e apprendisti (come in Germania: ma nel disegno di legge Nerozzi erano inclusi i contratti a contenuto formativo), per evitare effetti di spiazzamento occupazionale; meccanismi gradualisti e non automatici di adeguamento alla crescita di produttività e dei prezzi, auspicabilmente attraverso una Commissione indipendente (come la Low Pay Commission nel Regno Unito) che svolga un attento monitoraggio degli effetti redistributivi e occupazionali per poi avanzare raccomandazioni al Parlamento¹⁵. Gli studiosi sottolineano come sia importante garantire un controllo sull'effettivo rispetto del salario minimo nelle imprese attraverso una vigilanza capillare, con previsione di sanzioni per la mancata osservanza¹⁶.

Circa la copertura del salario minimo, essa dovrebbe riguardare tutti i lavoratori (con la possibile eccezione dei soli contratti formativi, in ragione del tempo speso in formazione: ma la deroga, prevista da altri ordinamenti, potrebbe anche non trovare adeguata giustificazione nella finalità della misura)

¹² A. GARNERO, [Quanti lavoratori senza salario minimo](#), in [Lavoce.info](#), 13 maggio 2013; S. KAMPELMANN, A. GARNERO, F. RYCX, [Minimum wages in Europe: does the diversity of systems lead to a diversity of outcomes?](#), ETUI Report, 2013, n. 128; C. LUCIFORA, *op. cit.*

¹³ T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*; A. GARNERO, *op. cit.*; S. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *LD*, 2014, n. 1, 185-210.

¹⁴ T. TREU, *Intervento*, in *Atti del Seminario "Working poor: un'analisi sui lavoratori a bassa remunerazione dopo la crisi"*, Cnel, 1° luglio 2014, II parte, in [www.cnel.it/53?shadow_documenti=23478](#).

¹⁵ C. LUCIFORA, *op. cit.*

¹⁶ T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*

con un salario commisurato a un orario di lavoro (ad esempio: le 35 h. settimanali e 152 h. mensili in Francia), giacché il salario minimo legale rappresenta un parametro di salario orario a cui tutti i lavoratori e datori devono far riferimento, non solo quelli non coperti da contratto collettivo¹⁷. Per i collaboratori senza orario predefinito, il salario minimo potrebbe essere facilmente aggirabile¹⁸: per questi lavoratori parrebbe più opportuno definire il salario minimo su sola base mensile.

4. L'assenza di ruolo delle parti sociali

Nella delega disegnata dal *Jobs Act* l'introduzione sperimentale del salario minimo legale si prevede venga accompagnata dalla previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. All'evidenza non si tratta di concertazione, procedura ormai abbandonata anche dal Governo Renzi, ma di semplice consultazione preventiva su una materia già di competenza esclusiva dell'autonomia collettiva, ora (almeno parzialmente) avocata dalla fonte legale. Sul punto, se la definizione del salario minimo da parte della legge non pone un problema di contrasto con il dettato costituzionale, che non prevede una specifica riserva in materia in favore dell'autonomia collettiva, tuttavia non può non notarsi come nella costituzione materiale dei rapporti tra Governo e parti sociali, costituisce un ulteriore passo in direzione di un significativo ridimensionamento del ruolo delle parti sociali. Tanto più se raffrontato con quanto disposto dal precedente costituito dal disegno di legge Nerozzi (2010) sul c.d. contratto unico, che prevedeva la definizione del compenso orario tramite apposita intesa con le parti sociali presso il ministero del lavoro; solo qualora l'intesa non fosse stata raggiunta entro 6 mesi, l'iniziativa passava al Cnel, che doveva avanzare una sua proposta, sentite le organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

Il ridimensionamento del ruolo delle parti sociali costituisce un elemento comune ad altri paesi europei alle prese con i processi di riforma del mercato del lavoro. Esso è stato pesantemente stigmatizzato dal sindacato europeo, che non solo ha richiamato le istituzioni europee all'osservanza dei principi del Trattato, in particolare al rispetto dell'autonomia delle parti sociali e della

¹⁷ T. BOERI, C. LUCIFORA, *op. cit.*

¹⁸ C. LUCIFORA, *Una commissione bassi salari e un salario minimo per l'Italia? Valutazioni e proposte*, in C. DELL'ARINGA, T. TREU (a cura di), *Le riforme che mancano. Trentaquattro proposte per il welfare del futuro*, Il Mulino, 2009.

diversità dei sistemi nazionali di relazioni industriali, così come delle competenze nazionali in materia di contrattazione collettiva, salario minimo e meccanismi di regolazione salariale, ma ha anche raccomandato che le riforme in materia di formazione del salario e dei sistemi di contrattazione collettiva vengano realizzate solo attraverso il dialogo sociale e la negoziazione con le parti sociali a livello nazionale, laddove il ruolo delle parti sociali è spesso ridotto dalla Commissione europea a mera consultazione¹⁹. Per quanto riguarda in particolare l'Italia, la CES ha segnalato sulla materia il rischio di intervento unilaterale del Governo, che ha instaurato un dialogo solo informale con le parti sociali, senza rispettare il loro ruolo primario nella contrattazione collettiva e nel dialogo sociale.

In tale quadro, ove le parti sociali accettassero la prospettiva di parziale esautoramento delle prerogative dell'autonomia collettiva e del loro ruolo di autorità salariale, anche in considerazione del carattere sussidiario assunto dal salario minimo legale (la fissazione di un salario minimo legale è prevista infatti solo per i rapporti non coperti da contratto collettivo), esse potrebbero fornire comunque indicazioni utili a meglio tarare la misura in una prospettiva di complementarità della stessa rispetto ai minimi contrattuali.

Ma la prospettiva di collaborazione delle parti sociali sembra di fatto pesantemente condizionata dalla concreta costruzione del contratto a tutele crescenti che, nella migliore ipotesi, dovrebbe assorbire molti degli attuali contratti flessibili, contrastando al contempo i fattori che alimentano la precarietà e il lavoro poco qualificato: sommerso, evasione fiscale e contributiva, nanismo delle imprese, settori esposti a criminalità organizzata. Il timore è invece che il salario minimo legale sia concepito quale equivalente funzionale del CCNL, con effetto di depressione dei salari minimi contrattuali e di fuga dal contratto nazionale²⁰, per spostare la contrattazione salariale tutta e solo a livello aziendale (che, nel tessuto produttivo italiano, fatto in prevalenza di piccole e piccolissime imprese, copre una percentuale assai ridotta di lavoratori).

¹⁹ ETUC, *op. cit.*

²⁰ V. BAVARO, [Il salario minimo legale e le relazioni industriali](#), in [Il Diario del Lavoro](#), 22 ottobre 2014.

5. Il possibile impatto del salario minimo legale sulla contrattazione salariale

L'esperienza comparata non sembra però confermare questo timore. Ad esempio in Francia, dove lo Smic esiste dal 1950, la contrattazione salariale di categoria mantiene una dinamica sostenuta, anche in virtù dell'obbligo legale di negoziare annualmente i salari. In tale contesto, lo Smic, rivalutato annualmente dal Governo con la consultazione delle parti sociali, funge da parametro essenziale di riferimento per la negoziazione annuale dei salari. Secondo il rapporto ufficiale del Ministero del lavoro sulla contrattazione collettiva nel 2013²¹, la rivalutazione annuale dello Smic, compiuta secondo le previsioni legali all'inizio di ogni anno, ha spinto la quasi totalità delle categorie (90%) ad aggiornare le griglie classificatorie in modo che il livello più basso di inquadramento preveda un salario minimo almeno uguale allo Smic. Questa dinamica riguarda tutto il lavoro subordinato, compreso i c.d. lavori atipici (contratto a tempo determinato, interinale, part-time). Sembrerebbe acquisito nell'esperienza francese che la fissazione (e l'aggiornamento annuale) del salario minimo legale non va a detrimento della contrattazione salariale di settore, ma anzi ne sostiene la dinamica, soprattutto in tempo di crisi e per i livelli salariali più bassi. È evidente che in un contesto economico di assenza di crescita, come è anche quello francese, le pratiche datoriali tendono a individualizzare gli eventuali aumenti salariali legati alla produttività, senza tuttavia poter derogare ai minimi di categoria (salvo per gli accordi di *maintien de l'emploi* previsti dalla l. 14 giugno 2013, n. 504).

Come accennato in apertura, l'introduzione del salario minimo legale è stata accompagnata da un acceso dibattito in Germania, paese che, insieme ad Italia, Austria, Danimarca, Svezia, Norvegia, Finlandia e Islanda, non aveva finora un dispositivo legale sul salario minimo. Anche in quel paese, spesso richiamato per la solidità del suo modello sociale, l'enorme diffusione di *mini-jobs*, il crescente utilizzo di lavoratori tramite agenzia, la proliferazione di contratti atipici, precari e mal retribuiti, frutto avvelenato delle riforme Hartz dei primi anni 2000, nonché una pesante discesa del tasso di sindacalizzazione hanno convinto sindacato tedesco ed SPD a promuovere l'iniziativa di introduzione del salario minimo legale per rispondere al drammatico impoverimento della classe lavoratrice più marginale e precaria (in prevalenza costituita da giovani, donne, immigrati).

²¹ MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DU DIALOGUE SOCIAL, *Bilans & Rapports. La négociation collective en 2013*, 2014, in www.travail-emploi.gouv.fr.

Anche nel nostro paese non sono mancate proposte di legge volte all'introduzione del salario minimo: dal disegno di legge sul contratto unico, già menzionato, alla proposta di legge presentata da SEL (in realtà di iniziativa popolare) sul reddito minimo garantito, che nell'articolato prevede una delega al Governo in materia di salario minimo; alla proposta avanzata dalla rivista *Diritti Lavori Mercati*, che collega il tema del salario minimo alla questione della rappresentanza e dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, prevedendo la determinazione del corrispettivo minimo legale con decreto del Presidente della Repubblica quando non sia disposto dal contratto collettivo; al ddl 27 novembre 2014, n. 1697, presentato da alcuni Senatori del Movimento 5 Stelle sulla istituzione del salario minimo orario (SMO).

Quest'ultima proposta è più dettagliata, non limitandosi a prevedere l'istituto, ma anche a fornirne uno schema di regolamentazione. Richiamando la risoluzione n. 1993 adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 10 aprile 2014, che sollecita gli Stati membri ad adottare misure volte a garantire un salario minimo nazionale, la proposta fonda l'istituzione del salario minimo orario sull'art. 36 Cost., di cui costituisce piena ed effettiva attuazione. Il salario minimo orario costituisce un parametro inderogabile di riferimento per tutti i contratti di lavoro e per la stessa contrattazione collettiva, che non può fissare minimi salariali inferiori allo SMO. L'istituto è applicabile a tutti i lavoratori subordinati e parasubordinati, sia nel settore privato, inclusa l'agricoltura, che nel pubblico ove si faccia ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nonché a particolari figure di lavoro autonomo, come i praticanti degli studi professionali, a condizione che la retribuzione minima non sia fissata dai contratti collettivi (si tratterebbe quindi di una misura a carattere sussidiario rispetto ai minimi contrattuali).

La proposta fissa il valore orario dello SMO in 9 euro lorde per il 2015 (lo Smic francese dal 1° gennaio 2015 ammonta in Francia a 9,61 euro lorde all'ora e 1.457 euro al mese, pari a circa 1.100 euro netti), importo rivalutato al 1° gennaio di ogni anno sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie. La retribuzione è calcolata sulla base dell'importo orario minimo da moltiplicare per il numero di ore di lavoro mensili previste dal contratto. La proposta prevede per i contratti di lavoro in essere alla data di entrata in vigore della legge, fatte salve condizioni di miglior favore, che lo SMO si applichi al livello retributivo inferiore per procedere poi alla riparametrazione dei livelli superiori fino ai successivi rinnovi. Sanzioni amministrative e penali sono previste per l'inosservanza dell'obbligo di corrispondere il salario minimo orario ai lavoratori.

La proposta è interessante perché per la prima volta prova ad articolare uno schema di funzionamento, forse rudimentale, del salario minimo, laddove le altre proposte si limitano a menzionarlo. Il suo valore sembra risiedere, in particolare, nella consapevolezza dell'avvenuta erosione dei diritti dei lavoratori, in particolare di quelli più fragili, e della corsa al ribasso dei salari innescata in tutta Europa dalla prolungata stagnazione e da politiche di deregolamentazione e di austerità. L'obiettivo di ridare libertà e dignità al lavoro attraverso una retribuzione equa richiama il principio costituzionale dell'art. 36 quanto l'obiettivo ILO del lavoro dignitoso (*decent work*). Come assicurare la realizzazione di questo obiettivo rimane problema aperto: sia la soluzione legale che quella contrattuale presentano vantaggi e svantaggi. Concludendo il suo bel saggio su salario minimo e ruolo del sindacato, Salvo Leonardi segnala come limite della soluzione contrattuale il carattere sempre più diffusamente informale e autonomo di tanta parte del nuovo lavoro post-fordista, con connessa caduta dei livelli di sindacalizzazione, invitando (soprattutto il sindacato) a fare i conti senza preconcetti con questi epocali mutamenti di scenario²².

Il problema esiste ed è stato posto sul tappeto dalla legge di delega *Jobs Act* ma, in fase di approvazione dei decreti legislativi, del salario minimo non si fa parola. Forse perché non rappresenta una reale priorità per nessuno.

²² S. LEONARDI, *op. cit.*

La futura disciplina dei licenziamenti nel *Jobs Act*, fra modello Boeri e proposta Ichino

di Stefano Liebman

Ho istintivamente condiviso la considerazione svolta nella relazione introduttiva di Valerio Speciale che osservava come il dibattito sull'art. 18 Stat. lav., immutabile da più di vent'anni, abbia il pregio di far sembrare, ai giuslavoristi della mia generazione, che il tempo non passi e che quindi si sia in qualche modo protetti dal rischio dell'invecchiamento.

È infatti da decenni che il tema del sistema rimediale predisposto dall'art. 18 nel caso di un licenziamento illegittimo è al centro di un vivace dibattito, anche in ambito accademico, dove, soprattutto da parte di un certo filone della teoria economica di stampo neoliberalista, la reintegrazione del lavoratore è ritenuta come fonte di un'eccessiva rigidità del mercato del lavoro italiano e, per questo, sarebbe fra i principali ostacoli alla crescita economica ed, in particolare, impedirebbe l'espansione delle dimensioni del sistema produttivo italiano, notoriamente caratterizzato da un "nanismo" delle imprese che tenderebbero a non ampliarsi per sottrarsi al regime vincolante previsto dall'art. 18.

In realtà non esistono evidenze empiriche della correlazione fra occupazione e tutela dei licenziamenti, ma questo non ha impedito che la questione continui ad essere al centro dello scontro anche sul piano politico e nel 2000 si giunse alla richiesta di un referendum abrogativo che non raggiunse però il *quorum* richiesto, lasciando invariata la legislazione vigente.

Una ricerca fatta dall'organizzazione degli imprenditori italiani a metà degli anni '90 rilevò come il 90% delle imprese italiane non raggiungesse i 10 dipendenti – ben lontano quindi dalla fatidica soglia dei 15 – ed un'altra ricerca condotta da due economisti bocconiani (Boeri e Garibaldi) evidenziò l'assenza di significativi addensamenti di imprese italiane vicine alla soglia

(13/14 dipendenti), che lasciassero presagire una consapevole volontà degli imprenditori nel non raggiungere e superare quella soglia.

D'altra parte va rilevato come, dopo un'iniziale massiccia utilizzazione della reintegrazione, da un decennio almeno le cause in materia di licenziamento trovano per lo più una soluzione extragiudiziale attraverso il raggiungimento di accordi transattivi a seguito dei quali il lavoratore rinuncia alla prosecuzione della lite in cambio di una congrua indennità, ovviamente parametrata su quelle 15 mensilità previste dalla legge e sulla maggiore o minore prevedibilità di un eventuale sentenza a lui favorevole.

Tutto ciò non ha impedito che l'art. 18 – sorta di *totem* e *tabù* del dibattito politico sindacale italiano – sia periodicamente oggetto di scontro politico fra coloro che vedono nella reintegrazione la fonte dei problemi del nostro mercato del lavoro e coloro invece che hanno fatto di essa l'intoccabile simbolo della tutela del lavoro. E vent'anni di vita politica caratterizzata da un uso martellante della comunicazione mediatica ci hanno abituato al fenomeno per cui certi slogan ripetuti incessantemente finiscono col diventare (o quanto meno con l'apparire) come questioni reali a prescindere dalla loro verificabilità empirica.

Tornando all'iniziale riferimento di Speciale, posso dire che nel prepararmi a questo intervento sono andato a rileggermi gli atti di un convegno svoltosi a Milano, in Università Statale, nel 2002 dopo la presentazione del ddl S 848, in materia di occupazione e mercato del lavoro, dove io svolsi la relazione introduttiva sul tema dei licenziamenti e lo stesso Speciale intervenne nel dibattito. Fra le singolari analogie c'è anche quella che il convegno milanese si svolse pochi giorni prima dello sciopero generale del 16 aprile 2002, contro i progetti di riforma di allora, così come questo convegno si svolge a due giorni dalla manifestazione indetta dalla Cgil per sabato prossimo, 25 ottobre, contro il cosiddetto *Jobs Act*, ma soprattutto, e ancora una volta, contro la preannunciata riforma della disciplina dei licenziamenti.

La mia iniziale reazione a quella rilettura è stata di riconoscermi ancora pienamente nelle considerazioni allora svolte in forte critica a quel progetto di mini-riforma dell'art. 18, contenente l'ipotesi di una sospensione della reintegrazione nei casi di conversione di un contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato e/o di emersione dal sommerso: una critica essenzialmente impostata sulla negata centralità della questione licenziamenti nel dibattito sul funzionamento del nostro mercato del lavoro e, di conseguenza, sul carattere strumentale e provocatoriamente antisindacale di quel tentativo di riforma.

Ecco dunque il tempo che non passa mai...

In realtà il tempo passa eccome, io sono sicuramente invecchiato e, pur continuando a riconoscermi nelle cose dette in quell'occasione, sono indotto a pensare che quella sull'intangibilità del regime sanzionatorio ruotante sulla reintegrazione sia, oggi, una battaglia di retroguardia, destinata ad essere persa e, forse, neppure meritevole di essere combattuta.

Oltre ai 12 anni trascorsi da allora ed al rinnovo di un primato della *politica*, che ritiene di non dover più passare attraverso la necessaria mediazione dei corpi intermedi (in questo caso sindacati e organizzazioni degli imprenditori), la principale differenza rispetto al 2002 è che, nel frattempo, la disciplina dei licenziamenti è stata oggetto di una profonda modifica solo due anni fa, con la riforma Fornero del 2012, che ha già fortemente depotenziato la tutela offerta dall'originario art. 18 nei confronti del licenziamento illegittimo.

Due sono, essenzialmente, gli elementi di maggiore rilievo della recente riformulazione dell'art. 18: da un lato, con una scelta per nulla scontata nel più che ventennale dibattito che l'ha preceduta, il legislatore non è intervenuto sulle causali del licenziamento, che sono rimaste quelle previste dall'art. 3 della l. n. 604/1966 e dall'art. 2119 c.c., limitandosi ad incidere sul sistema dei rimedi nei confronti del licenziamento non conforme alle condizioni formali e sostanziali richieste dalla legge. Dall'altro, la riforma ha rinunciato all'unicità della tutela *reale* (reintegrazione e risarcimento) e ha previsto un'articolazione dei rimedi che assegna prevalenza alla tutela risarcitoria e che è modulata sulla specificità e/o gravità del vizio del licenziamento riscontrato dal giudice.

Alcuni snodi interpretativi cruciali (cosa si intende per "insussistenza del fatto" posto alla base del licenziamento disciplinare, così come per "manifesta insussistenza" del fatto posto alla base del licenziamento per ragioni economiche, come anche l'utilizzazione del termine "può" riferito al giudice cui, in caso di manifesta insussistenza appunto, è affidata la scelta fra reintegrazione e risarcimento, senza che il legislatore fornisca alcun parametro cui ancorare la relativa decisione) hanno, di fatto, contribuito al mancato raggiungimento di quel quadro di ragionevoli certezze cui, in teoria, l'intervento riformatore mirava.

E, da qui, l'inopinato riaprirsi della questione, nella scorsa primavera, a soli due anni da una riforma che si voleva definitiva.

Venendo alle prospettive attuali, due sono i modelli di soluzione del problema che, negli anni, hanno finito con l'imporsi nel dibattito: da un lato il *contratto unico a tutele crescenti* elaborato una decina di anni fa da Tito Boeri e Pietro Garibaldi e destinato a risolversi in una sorta di *prova lunga*, con la sospensione della tutela reale fino a tre anni dall'assunzione: periodo nel quale, secondo la proposta originaria, in caso di illegittimità del licenziamento

avrebbe dovuto sussistere la sola garanzia indennitaria crescente, per poi consolidarsi, al superamento del triennio, nel regime sanzionatorio pieno: ipotesi che avrebbe dovuto essere accompagnata da una radicale razionalizzazione dei contratti atipici, a cominciare dalle collaborazioni continuative e coordinate.

Dall'altro, il modello ipotizzato, già alla fine degli anni '90, da Pietro Ichino ed imperniato, per quanto riguarda i licenziamenti per ragioni economiche, sulla sostituzione del sindacato giudiziale (e quindi della possibile reintegrazione) con l'indennizzo economico del lavoratore destinatario del recesso datoriale, individuato quale *firing cost* a prescindere dal controllo sulla sussistenza o non sussistenza del motivo economico-organizzativo.

Pur essendo alle origini del rinnovato dibattito sull'art. 18, la delega approvata al Senato ed oggetto di prima lettura alla Camera dei deputati, ampia e decisamente generica, non contiene alcuna menzione dell'art. 18 stesso, e prefigura una nuova – e diversa – disciplina per i contratti che verranno stipulati dopo l'emanazione di un apposito decreto legislativo, lasciando intatto il testo della disposizione statutaria, che resterà invece applicabile ai contratti di lavoro attualmente in essere.

Per quanto si può capire dal confuso andamento del dibattito politico-sindacale, la nuova disciplina in tema di recesso datoriale, conterrà la previsione, in caso di licenziamento illegittimo, di una tutela crescente nel tempo, con esclusione, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (cosiddetto "licenziamento economico"), della reintegrazione del lavoratore nel proprio posto di lavoro, sostituita da un'indennità computata in termini di 1 mensilità e mezzo per ogni anno di anzianità di servizio in azienda, fino ad un massimo di 36 mensilità di retribuzione complessiva di fatto.

La reintegrazione sarà invece prevista per i licenziamenti discriminatori e per alcune specifiche ipotesi, da delineare nei propri profili specifici in sede di attuazione della delega, di licenziamento disciplinare, al di fuori delle quali, in assenza di giustificazione, al lavoratore sarà garantita una tutela indennitaria crescente, sul modello di quanto previsto per il licenziamento economico¹.

¹ In data 17 novembre 2014 la Commissione Lavoro della Camera ha approvato, su iniziativa del Governo, un emendamento al comma 7, lett. c, della delega, che esclude, appunto, «per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

Per quanto ciò possa apparire paradossale, il rischio cui il sistema va incontro, nel caso di definitiva approvazione della delega nei termini che si stanno profilando, è quella di veder salire, per il nostro mercato del lavoro, l'indice di rigidità predisposto dall'OECD (il cosiddetto EPS index): e questo proprio nel momento in cui la stessa OECD ha drasticamente tagliato la precedente valutazione negativa, pur in presenza del vigente art. 18². In effetti le 36 mensilità di retribuzione massima, se non addirittura la ventilata assenza di un limite massimo, si traducono in un costo del licenziamento che, nei modelli econometrici utilizzati dall'OECD e con tutti i limiti che essi notoriamente hanno, riporterebbe il mercato del lavoro là da dove era partito, nel lontano 1999, primo anno di pubblicazione dell'EPS index, quando una serie di equivoci interpretativi avevano portato a collocare l'Italia in cima alla lista dei paesi con un'alta rigidità del proprio mercato del lavoro.

² Sul punto rinvio a S. LIEBMAN, *Evaluate Labor Law: Dismissal Rules*, Bocconi Legal Studies Research Paper, 2009, n. 43.

Armonizzare gli ammortizzatori sociali

di Michele Miscione

1. Continuità e non rottura con la legge Fornero

Nel titolo di questo scritto c'è un incontro di parole con suoni simili (“armonizzare”, “ammortizzatori”), per indicare solo con due parole, come in uno specchio rifrangente, l'esigenza di un risultato reale per efficienza ed equità¹, considerando in modo ragionevole i dati sociali ed economici, oltre quelli astratti. La rigidità delle astrazioni causa inevitabilmente situazioni contrastanti, mentre è necessario che la giustizia o il senso del giusto restino nella generalità. Il sistema degli ammortizzatori sociali, nel suo caos voluto, ha lasciato sempre un segno d'ingiustizia, anche se “a fin di bene”, con legislazione continua ed ossessiva, quanto confusa, che solo a partire dalla riforma Fornero² ha preso la strada difficile della ragionevolezza. Ora ci si torna con il *Jobs Act*.

Il *Jobs Act*, approvato al Senato l'8 ottobre³ e che probabilmente sarà approvato senza modifiche dalla Camera dei deputati⁴, prevede molte deleghe

¹ Che indicherò con la parola “legalità”, anche per senso del giusto, come sintesi di giustizia, equità, legittimità, imparzialità (*Gerechtigkeit* tedesco e *Dikaiosýne* greco).

² Anche la legge Fornero, art. 1, comma 1, lett. *d*, dichiarava finalità come quelle del *Jobs Act*: «rendendo più efficiente, coerente ed equo l'assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell'occupabilità delle persone».

³ Ddl S 1428 della XVII Legislatura, *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, approvato dal Senato l'8 ottobre 2014 e trasmesso alla Camera il 9 ottobre 2014 (C 2660).

⁴ Dove la maggioranza governativa è molto ampia.

legislative, fra cui, nei commi 1 e 2 dell'articolo unico, una ampia e precisa «in materia di ammortizzatori sociali». Al comma 1 prevede le “finalità” (sempre d'incerto valore), fra cui quella del «coinvolgimento attivo di quanti siano espulsi dal mercato del lavoro», con e senza ammortizzatori, con possibili riflessi, quindi, anche sulle procedure di “espulsione” e cioè i licenziamenti individuali e collettivi o anche solo “di fatto”. Sempre fra le “finalità” c'è poi quella di tener «conto delle peculiarità dei diversi settori produttivi», che è una novità rispetto al passato, almeno nella sua precisione.

Si potrà obiettare o notare che, poiché una riforma globale degli ammortizzatori sociali era stata attuata dalla legge Fornero (l. n. 92/2012), riproporre dopo appena due anni una riforma di nuovo globale può valere come critica o completamento, per cambiare tutto o quasi oppure per colmare alcune carenze volutamente lasciate o scoperte soltanto in seguito. Nel primo caso il *Jobs Act* si porrebbe in rottura con la legge Fornero, nel secondo in continuità e riaffermazione. Si può dire subito che non c'è rottura né per gli ammortizzatori sociali né, più in generale, per tutte le altre materie della delega, con previsione, ovviamente imperfetta, che nulla della legge Fornero verrà abrogato. Soprattutto, per gli ammortizzatori, c'è riaffermazione e completamento dei principi di legalità e universalità, con maggiore attenzione all'interdipendenza con le politiche attive (*flexsecurity*)⁵ nelle singole “peculiarità”. La linea di continuità e non di rottura rende più semplice il sistema e la sua comprensione.

2. I principi ed i problemi sempre attuali emersi con gli “ammortizzatori in deroga”

Il fenomeno certamente controverso degli “ammortizzatori in deroga”⁶ aveva introdotto alcuni principi, ripresi solo in parte dalla riforma Fornero; quest'ultima però, almeno in apparenza, rifiutava l'esperienza degli

⁵ Intesa per i lavoratori come flessibilità del rapporto con il massimo possibile di sicurezza di trovare una nuova occupazione – reale e non solo illusoria – e non solo assistenza economica. In tal modo si può prevedere in via statistica un tempo massimo di disoccupazione. La parola trae origine da Olanda e Danimarca, per assumere significati più vari.

⁶ M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali in deroga decentrati (federalismo previdenziale)*, in *LG*, 2011, n. 6, 545-555; D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali in deroga. Dal D.L. n. 185/2008 alla L. n. 191/2009 (Legge finanziaria 2010)*, Ipsoa, 2010, *passim*, con prefazione di F. CARINCI.

ammortizzatori in deroga con la loro progressiva abrogazione⁷. Forse la dichiarata “provvisorietà” degli ammortizzatori in deroga aveva permesso esperimenti, altrimenti impossibili con modifica strutturale.

Solo con gli ammortizzatori in deroga s’è realizzata una vera “universalità”, con estensione a tutti o quasi. S’è realizzato inoltre un decentramento alle Regioni, superando le concentrazioni nel Ministero del lavoro, teoricamente opportune ma in pratica inutili e solo dannose, quantomeno per i tempi. Il decentramento alle Regioni ha realizzato anche una semplificazione, da sempre chiesta e mai realizzata. S’è creato un legame certo con la formazione professionale, con competenza delle Regioni, utile anche per i finanziamenti europei. Infine, proprio con gli ammortizzatori in deroga era stato spostato all’Inps il rischio dell’attesa, che prima era a carico di fatto dei lavoratori, con la previsione del pagamento diretto ed immediato dall’Inps prima dell’autorizzazione⁸. Questi valori vanno utilizzati nella delega del *Jobs Act*, anche se gli ammortizzatori in deroga fossero effettivamente abrogati.

Non tutto è stato bene, però. Il difetto maggiore degli ammortizzatori in deroga era nelle grandi differenze di trattamento fra le Regioni, che ha fatto instaurare un “federalismo previdenziale” vietato dagli artt. 38 e 117 Cost., ma che nessuno ha interesse ad impugnare. Era facile obiettare che la discrezionalità delle singole Regioni doveva essere comunque rispettosa di criteri generali e mai e poi mai si sarebbe potuto manifestare in differenze di trattamento⁹. Anche dopo la legge Fornero, le differenze di trattamento sono

⁷ Contraddetta però dall’immediato futuro. Infatti, dopo la legge Fornero, gli ammortizzatori in deroga sono stati rifinanziati e ridisciplinati molte volte, da ultimo con l’art. 4 del d.l. 21 maggio 2013, n. 54 (convertito con modificazioni dalla l. 18 luglio 2013, n. 85), il d.l. 31 agosto 2013, n. 102 (convertito con modificazioni dalla l. 28 ottobre 2013, n. 124), il d.l. 22 gennaio 2014, n. 76641, il d.l. 16 luglio 2014, n. 83117 e con l’art. 40 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (decreto sblocca Italia), approvato in via definitiva il 4 novembre 2014. Ultimo criterio di ripartizione dei finanziamenti fra le Regioni con d.i. 6 agosto 2014, n. 83527. Cfr. anche mess. Inps 9 gennaio 2014, n. 372, [Ammortizzatori sociali in deroga: utilizzo somme residue e limiti decretazione 2014](#); mess. Inps 12 maggio 2014, n. 4552, [Procedura “gestione contributiva” Cassa Integrazione Guadagni, Solidarietà e Deroga – calcolo e emissione note di rettifica – nuovi codici importo CIG](#); mess. Inps 3 luglio 2014, n. 5787, [Limiti alla fruizione di ammortizzatori in deroga per il 2014](#); mess. Inps 22 luglio 2014, n. 6214, [Decreto Interministeriale n. 82875 del 10 luglio 2014. CIG in deroga – Settore Appalti di pulizie nelle scuole – Verbali di Accordo in Sede Governativa del 05 maggio 2014](#); mess. Inps 18 settembre 2014, n. 7101, [Ammortizzatori in deroga nel settore pesca – decreto n. 84376 dell’11 settembre 2014 – Assegnazione risorse anno 2014](#); mess. Inps 8 ottobre 2014, n. 7532, [Ammortizzatori sociali in deroga. Anno 2014](#).

⁸ M. MISCIONE, *op. cit.*

⁹ *Ibidem.*

rimaste e almeno, dopo una lunga gestazione, è stato emanato il 1° agosto 2014 il d.i. n. 83475/2014 per uniformare i criteri di autorizzazione¹⁰: ma proprio la lunghezza dei tempi per emanare questo decreto prova le difficoltà di trovare un accordo per una vera universalizzazione.

Proprio l'esperienza pur positiva degli ammortizzatori in deroga ha evidenziato le grandi difficoltà, mai superate, di una vera universalizzazione, che vuol dire non formale ugualitarismo ma diversità razionali in rapporto a giuste peculiarità. Mai risolto e neppure affrontato, invece, il problema antico e sempre attuale di evitare che gli ammortizzatori diventino la prevalente "area di disponibilità" al lavoro nero. Infine, nelle ambiguità ed incertezze della nozione stessa di flexsecurity, va trovato un modo – obbligatorio – per evitare gli eccessi e che i lavoratori siano indotti a preferire l'inattività con ammortizzatori al posto di un qualunque lavoro.

3. Costituzionalità su un nuovo accentramento

Se e quando fosse disposta l'unificazione dei trattamenti per gli ammortizzatori in deroga, sarebbe superato quel federalismo previdenziale in contrasto con gli artt. 38 e 117 Cost., ma che finora è restato anche per l'interesse a non modificare lo stato di fatto.

Lo stesso d.i. 1° agosto 2014, n. 83473, sui criteri per la concessione degli ammortizzatori in deroga, «in una prospettiva di superamento del sistema attuale», pone nuovi e rigorosi limiti: ad esempio sono ammessi solo i lavoratori subordinati, con esclusione dei dirigenti, con forti condizioni d'anzianità ed altrettanto forti limiti di durata, sono stati esclusi i collaboratori autonomi ed i dipendenti dei non imprenditori. In tal modo s'è attenuata l'universalizzazione prima realizzata, con ammissibilità di tutti ed, a quanto sembra, esclusione solo dei lavoratori domestici.

L'eliminazione degli ammortizzatori in deroga, disposta dalla legge Fornero ma che non si sa se sarà effettivamente realizzata, non deve far perdere i principi intanto acquisiti ("universalità" con estensione a tutti o quasi, collegamento con la formazione, decentramento alle Regioni, conseguente semplificazione, spostamento all'Inps del rischio dell'attesa). Non dovrebbero esserci dubbi di costituzionalità, che anzi, come visto, la possibilità di dare di più o di meno a seconda delle Regioni creava perplessità innanzitutto in

¹⁰ D.i. 1° agosto 2014, n. 83473; su tale decreto interministeriale cfr. [mess. Inps n. 7532/2014](#), cit. L'art. 5, comma 3, è stato modificato con *errata corrige* pubblicata sul sito del Ministero del lavoro (www.lavoro.gov.it) il 29 ottobre 2014.

rapporto all'art. 38 Cost., che pone la competenza esclusiva dello Stato almeno per le prestazioni fondamentali. Sono perplessità ripetute nei confronti dell'art. 117, comma 2, Cost., per cui lo Stato ha competenza esclusiva sulla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (lett. *m*) e sulla «previdenza sociale» (lett. *o*). Fra le materie di legislazione concorrente, per cui le Regioni hanno potestà legislativa salvo che per i principi fondamentali (art. 117, comma 3, Cost.), c'è la «previdenza complementare e integrativa», ma gli ammortizzatori sociali hanno carattere «essenziale».

I minimi essenziali devono essere uguali dappertutto e comunque la previdenza sociale non può avere differenze. La competenza esclusiva dello Stato è fondamentale per esigenze d'uguaglianza, perché non ci sia, a seconda delle Regioni, chi abbia di più o di meno per le «prestazioni essenziali concernenti i diritti civili e sociali» e per la «previdenza sociale». Anche dopo il citato d.i. n. 83473/2014 è possibile un federalismo previdenziale degli ammortizzatori sociali in deroga, con frantumazione a seconda delle singole Regioni della misura delle prestazioni. È in contrasto con gli artt. 38 e 117 Cost.

Potrebbe tornare un nuovo accentramento del potere d'ammissione, prima decentrato alle Regioni e semplificato con gli ammortizzatori in deroga. È opportuno che la futura legge delegata tenga conto dell'esperienza positiva in sede regionale, tanto più se i criteri generali sono indicati con precisione e chiarezza, ma non si potrebbe dire che in tal modo ci sarebbe una qualche violazione della Costituzione.

4. Continuità con la legge Fornero

L'art. 2 della riforma Fornero¹¹ ha posto un sistema organico di ammortizzatori sociali, che però finiva per limitarsi in politiche passive di sola

¹¹ Attuata non solo con la legge iniziale (l. 28 giugno 2012, n. 92), ma anche con le successive modifiche poste dal “decreto sviluppo 1” (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134), dal “decreto sviluppo 2” (d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221) e dalla legge di stabilità (l. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 229 (rifinanziamento 2013 degli ammortizzatori sociali in deroga per il settore della pesca), nonché commi 253 (riprogrammazione dei programmi co-finanziati dai fondi strutturali 2007-2013 per il finanziamento di ammortizzatori sociali in deroga), 254 (incremento di 200 milioni di euro per il 2013), 255 (riassegnazione eventuale di altri fondi), 256 (proroga dell'aumento all'80% dei contratti di

assistenza economica, con prospettive minori o inesistenti per incentivi all'occupazione o, meglio, per l'uscita dalla tremenda "inattività" degli ammortizzati.

Le linee direttive della legge Fornero (l. n. 92/2012), per le politiche passive (di mera assistenza), sono le seguenti:

- a) conferma del sistema di Cassa integrazione, fra ordinaria e straordinaria oltre che con i Contratti di solidarietà, comprensiva delle gestioni speciali per l'edilizia, l'agricoltura, i giornalisti, l'Alitalia;
- b) conferma da subito fino al 2016, evitando il ritornello delle proroghe a fine anno, degli ammortizzatori in deroga (art. 2, commi 64-67), ma con progressiva diminuzione dei fondi stanziati (art. 2, comma 65), tuttavia immediatamente smentita dalle leggi successive;
- c) stabilizzazione delle estensioni "provvisorie", prorogate di volta in volta per decenni¹²;
- d) riordino del trattamento di disoccupazione con istituzione di ASpI e mini-ASpI e progressivo assorbimento dell'indennità di mobilità, anche per l'edilizia¹³, per arrivare ad un trattamento unico nel 2017.

Apparentemente le linee direttive della legge Fornero erano due, in corrispondenza del "binario" in cui hanno corso gli ammortizzatori sociali in tutti gli anni 2000, e cioè con una prima rotaia per gli ammortizzatori normali ed una seconda per gli ammortizzatori in deroga. Come spesso succede, però, la realtà era diversa, perché il binario era composto non da due ma... da tre rotaie.

La prima rotaia degli ammortizzatori normali è stata confermata dalla legge Fornero per la Cassa integrazione ordinaria e straordinaria ed i Contratti di solidarietà, mentre sono state modificate la "Ds" (con le varie indennità di disoccupazione) e la mobilità, verso un'unificazione progressiva in ASpI e mini-ASpI da terminare nel 2017; la seconda rotaia è stata di confermare in

solidarietà per privi CIGS), oltre che, come al solito, da circolari amministrative sia del Ministero del lavoro che dell'Inps. Si rinvia alla precedente nota 7.

¹² L'art. 3, comma 1, ha esteso in via definitiva la CIGS a: a) imprese esercenti attività commerciali con più di 50 dipendenti; b) agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici, con più di 50 dipendenti; c) imprese di vigilanza con più di 15 dipendenti; d) imprese del trasporto aereo a prescindere dal numero di dipendenti; e) imprese del sistema aeroportuale a prescindere dal numero di dipendenti; il comma 2 ha esteso la speciale Cassa integrazione per i porti («indennità di mancato avviamento»), ripetendo testualmente l'art. 1, comma 85, l. 24 dicembre 2007, n. 247 (che era a termine ed a suo tempo non fu confermato).

¹³ Art. 2, comma 71, lett. f e g, l. n. 92/2012, con abrogazione delle norme speciali per l'edilizia (artt. 9-19, l. n. 427/1975; art. 3, commi 3 e 4, d.l. n. 299/1994, convertito con modificazioni dalla l. n. 451/1994).

anticipo gli ammortizzatori in deroga, evitando le proroghe affannose di anno in anno, per farle cessare progressivamente di anno in anno e del tutto dal 2017.

Solo che il sistema degli ammortizzatori sociali correva su un binario composto, oltre le apparenze, da tre e non da due rotaie. Infatti, oltre gli ammortizzatori “normali” e quelli “in deroga”, c’era una terza rotaia altrettanto e forse più importante, che è quella degli ammortizzatori “abusivi”. La regola era diventata che, dato che c’è crisi o emergenza, gli ammortizzatori ed in particolare i trattamenti di Cassa integrazione non potevano essere negati a nessuno, anche oltre i limiti di legge. Faccio alcuni esempi. Per legge, la Cassa integrazione “ordinaria” è ammissibile per tre mesi, prorogabili “eccezionalmente” fino a dodici (art. 6, comma 1, l. 20 maggio 1975, n. 164): ora di fatto è ammessa normalmente fino a dodici mesi. Altro esempio: dopo la Cassa integrazione ordinaria dovrebbe esserci la ripresa¹⁴, ora invece la regola è che dopo la Cassa integrazione ordinaria si passa a quella straordinaria, poi a quella in deroga ed alla mobilità, infine – magari – anche alla mobilità in deroga. Ho esaminato un caso recente in cui, dopo i dodici mesi di Cassa ordinaria e dopo qualche anno di Cassa straordinaria, la stessa impresa ha avuto di nuovo la Cassa ordinaria, avendo forse capienza dei tre anni nei cinque “fissi” previsti dall’art. 1 della l. n. 223/1991. Continuano ad avere gli ammortizzatori i dipendenti della De Tomaso¹⁵.

La terza rotaia era dunque quella degli ammortizzatori “abusivi”, su cui la legge Fornero nulla dice, e si dovrebbe dire giustamente. Il silenzio impone un ritorno alla legalità, perché prevalga la legge e non la regola spontanea nata da crisi o emergenza. Questa, del rientro nella legalità, è la riforma più importante e difficile. Nel futuro, da oggi e da sempre, non dovrebbero esserci più “piegature” della legge per necessità da crisi o emergenza, che è una scusante che nulla scusa e che c’è sempre stata (già in una famosa canzonetta degli anni ‘40 si diceva “ma cos’è questa crisi?”).

Le politiche “passive” attuate, con la legge Fornero, hanno avuto allora le seguenti conseguenze:

¹⁴ Art. 5, comma 1, n. 1, d.lgs. C.P.S. 12 agosto 1947, n. 869: la CIGO è prevista solo se «risultava certa la riammissione, entro breve periodo, [degli operai stessi] nell’attività produttiva dell’impresa».

¹⁵ La De Tomaso aveva ceduto l’allora Maserati alla Fiat. Quindi, passando per varie ragioni sociali e varie forme societarie, è stata dichiarata fallita nel 2012, con licenziamenti nel 2013, revocati però, a quanto sembra, con la CIG in deroga, da ultimo prorogata al 4 settembre 2014: d.m. 28 luglio 2014, n. 83452.

- a) attraverso la conferma della Cassa integrazione ordinaria e straordinaria, è stato riaffermato il carattere esclusivamente pubblicistico, con esclusione del “privato”;
- b) conferma anche dei contratti di solidarietà ricchissimi – forse troppo – perché gli unici senza “massimale” (oltre che per i super-privilegiati dell’Alitalia);
- c) “universalizzazione” della Cassa integrazione oltre i precedenti limiti di legge, ma solo per le «imprese» con «più di 15 dipendenti» e qui, veramente, attraverso la “privatizzazione” degli Enti Bilaterali; nulla invece per i dipendenti di imprese minori e di non imprenditori (ammessi agli ammortizzatori in deroga prima del citato d.i. n. 83475/2014); l’attuazione era lasciata in via preferenziale all’autonomia dei “diversi comparti” con l’istituzione di appositi fondi di solidarietà bilaterali, che però, nonostante le ripetute proroghe, sono stati istituiti solo per i comparti che già avevano fondi bilaterali privilegiati¹⁶;
- d) solo un’indennità una tantum per i lavoratori a progetto disoccupati (art. 2, commi 51-56);
- e) per i lavoratori occupati da non imprenditori o da imprese con non più di quindici dipendenti si prevede «in via sperimentale» per il 2013-2015 il pagamento dell’AspI, ma a condizione di un’integrazione di almeno il 20% a carico degli Enti bilaterali (art. 3, comma 17, l. n. 92/2012);
- f) c’è stata un’universalizzazione dei sussidi di disoccupazione, con unificazione per assorbimento progressivo dell’indennità di mobilità nell’AspI, con costi a carico dei datori di lavoro anche se con pochi rischi

¹⁶ Interpello Min. lav. 24 gennaio 2013, n. 3, [Interpello ai sensi dell’art. 9 del D.Lgs. n. 124/2001 – art. 3, comma 14, L. n. 92/2012 – nozione di “consolidati sistemi di bilateralità”](#); mess. Inps 5 febbraio 2013, n. 2274, [Assegni straordinari erogati dal Fondo di solidarietà per il sostegno al reddito del personale degli ex monopoli di Stato. Adeguamento contrattuale CCNL industria alimentare del 27 ottobre 2012, prima decorrenza 1° ottobre 2012](#); mess. Inps 12 febbraio 2013, n. 2697, [Fondo di Solidarietà per il Sostegno del Reddito, dell’Occupazione e della Riconversione e Riqualificazione Professionale del Personale Dipendente dalle Imprese Assicuratrici, costituito con Decreto Interministeriale 21 gennaio 2011, n. 33. Proroga della sospensione del contributo ordinario di finanziamento al Fondo fino a dicembre 2013](#); mess. Inps 8 marzo 2013, n. 4207, [Fondo di solidarietà per il personale già dipendente da imprese di assicurazione poste in liquidazione coatta amministrativa, di cui al D.I. n. 351 del 28 settembre 2000, modificato dal D.I. n. 229 del 18 dicembre 2010. Obbligo di versamento del contributo ordinario di finanziamento del Fondo per il periodo gennaio-dicembre 2012](#); mess. Inps 23 aprile 2014, n. 4250, [Articolo 3, legge n. 92/2012 – Gestione periodo transitorio – Fondi di solidarietà ex lege n. 662 del 1996 e art. 59, comma 6, legge n. 449/1997 – Indirizzo ministeriale](#).

mediante il contributo d'ingresso (che incentiva nei casi minori al lavoro nero).

5. Il principio di “legalità”

Il *Jobs Act*¹⁷ prevede «in materia di ammortizzatori sociali» una delega legislativa ampia ma con principi e criteri direttivi *ex art.* 76 Cost. molto precisi (articolo unico, commi 1 e 2), tali da escludere ogni dubbio di indeterminatezza¹⁸.

Oltre questo, un altro dato generale emerge subito: il *Jobs Act* non modifica e tantomeno abroga, né in tutto né in parte, la legge Fornero sulla materia (l. 28 giugno 2012, n. 92, artt. 2 e 3), che anzi conferma e completa in linea di continuità (come detto). Proprio in linea di continuità, vengono precisati alcuni principi già presenti nella legge Fornero ma in modo più preciso ed esplicito.

Innanzitutto il *Jobs Act* pone una divisione netta negli ammortizzatori sociali, fra «gli strumenti di tutela in costanza di rapporto di lavoro» (comma 2, lett. *a*) e «gli strumenti di sostegno in caso di disoccupazione involontaria» (comma 2, lett. *b*). La divisione lascia un minimo d'ambiguità, prevedendo strumenti «in caso di disoccupazione» e non «dopo la cessazione del rapporto», come sarebbe stato logico attendersi in contrapposizione alla «tutela in costanza di rapporto». Potrebbe restare la vecchia e mai risolta questione se i sussidi di disoccupazione sono previsti anche in caso d'inattività e non solo di cessazione del rapporto.

Un aiuto interpretativo potrebbe derivare per esclusione dalla norma che vieta «le integrazioni salariali in caso di cessazione di attività aziendale o di un ramo di essa» (comma 2, lett. *a*, n. 1), che presuppone o sembra presupporre anche la cessazione del rapporto di lavoro o la sua inevitabilità.

Comunque, proprio le norme appena citate impongono una distinzione netta fra le «integrazioni salariali» (al plurale) e «gli strumenti di sostegno in caso di disoccupazione», senza possibilità di usare le prime al posto dei secondi e

¹⁷ Ddl S 1428, cit., probabilmente approvato in via definitiva nel testo attuale.

¹⁸ Dubbi avanzati, ma di fatto senza possibilità di rilevanza, ad esempio per la «semplificazione e razionalizzazione» di cui ai commi 5 e 6: si rinvia a M. MISCIONE, *Jobs Act per semplificare e razionalizzazione*, in F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro](#), ADAPT University Press, 2014, 102.

viceversa. La distinzione si pone non solo e non tanto per pulizia verbale, ma soprattutto per evitare le “sommatorie” di ammortizzatori, come nel caso sempre molto comune (di cui ho già fatto cenno) in cui, pur sapendo dall’inizio che non ci sarà ripresa, viene chiesta ed ottenuta prima la Cassa integrazione ordinaria, dopo quella straordinaria ed infine la mobilità, magari intervallata e seguita da Cassa integrazione e mobilità “in deroga”. La «tutela in costanza di rapporto» impone di rispettare rigorosamente la legge, per cui le integrazioni salariali sono previste ed ammesse solo in previsione della ripresa, non quando c’è consapevolezza fin dall’inizio che l’inattività è irreversibile: con tutte le ovvie incertezze che derivano dall’affidarsi ad una prognosi, che vuol dire futuro.

Il caso è importante e significativo, in quanto già la legge Fornero imponeva un rientro nella stretta legalità, ma solo con il silenzio: il *Jobs Act* invece l’impone espressamente, in modo solo apparentemente inutile ed invece essenziale. Non solo negli anni 2000, ma da sempre, le regole sono state “piegate” per esigenze derivanti dalla “crisi”, che ora sarà peggio delle altre ma che, a rileggere i giornali, non è mancata mai. Storicamente, la l. n. 223/1991 imponeva ugualmente un rientro nella legalità, ma immediatamente dopo cominciarono le “deroghe” perché sarebbe stato impossibile un “puro diritto” per la sopravvenuta “crisi”¹⁹. Il *Jobs Act* dispone espressamente che gli ammortizzatori sociali vanno esclusi quando si sa fin dall’inizio che ci sarà cessazione: si ripeterà che una “prognosi”²⁰ è sempre incerta, in quanto futura, ma proprio la parola indica la possibilità di una previsione seria.

Rispetto al passato, quando per superare le “crisi” sempre presenti s’imponivano le deroghe per legge²¹, negli anni 2000 c’è stata una generale “piegatura” delle leggi, per dare più ammortizzatori e per più tempo²². Da ora, secondo i principi e criteri direttivi del *Jobs Act*, non si potrà più o meglio non si potrà più se i decreti delegati saranno efficaci.

Il problema non è semplice, perché un richiamo a rispettare la legalità dà l’impressione solo di banale, perché la legalità va rispettata senza bisogno di dire che è vincolante o ci sono sanzioni. Evidentemente, però, c’è necessità di

¹⁹ Si rinvia a M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l’occupabilità*, in *DLRI*, 2007, n. 116, 735.

²⁰ La parola “prognosi” è utilizzata dalla Cassazione per indicare il giudizio da dare ai fini dell’autorizzazione: cfr. ad esempio Cass. 12 maggio 2004, n. 8960, in *MGC*, 2004, n. 5.

²¹ Proprio la legge Fornero, come visto, ha stabilizzato deroghe per legge che risalivano al 1993 (art. 3, comma 1, l. n. 92/2012) e, per i porti, da molto prima (art. 3, comma 2).

²² Come nel caso sopra ricordato di sommatoria di CIGO e CIGS (magari con quelle “in deroga”), quando si sapeva fin dall’inizio che la ripresa non ci sarebbe mai stata.

norme espresse non solo e non tanto a conferma dei vincoli, ma soprattutto per nuove sanzioni veramente efficaci.

Certamente, la distorsione degli anni della “crisi” è stata per estendere gli ammortizzatori, a favore dei lavoratori ma anche delle imprese, che così hanno potuto fare operazioni talvolta “impossibili” senza una vera opposizione, come nel caso di licenziamenti con mobilità di lavoratori vicini alla pensione, che alla fine accettano malvolentieri, ma l'accettano: sono i famosi ammortizzatori d’“accompagnamento” alla pensione, magari con qualche incentivo all’esodo e con prospettive di lavoro nero. In un modo o nell’altro, quindi, il rientro alla legalità comporta una diminuzione della sommatoria degli ammortizzatori sociali, con risparmi per lo Stato e minore protezione sociale, da far rientrare nella congruità. Si possono fare alcune tesi.

Innanzitutto bisognerebbe togliere le discrezionalità, con condizioni e limiti che non permettano di andare “oltre” con parvenza regolare. Ad esempio, la l. 20 maggio 1975, n. 164, prevede all’art. 6 che la CIGO è corrisposta fino ad un massimo di 3 mesi continuativi ed in casi eccezionali fino a 12 mesi complessivi: ora, e da anni, è corrisposta normalmente fino a 12 mesi. La discrezionalità per «casi eccezionali» ha permesso distorsioni ed in definitiva violazioni di legge, anche se – almeno così si dice – “a fin di bene”, per allungare gli ammortizzatori a favore dei lavoratori. Inoltre, dopo la Cassa integrazione ordinaria si passa a quella straordinaria, ma anche qui ci sono dubbi, perché il base all’art. 1, comma 11, della l. 23 luglio 1991, n. 223, «l’impresa non può richiedere l’intervento straordinario di integrazione salariale per le unità produttive per le quali abbia richiesto, con riferimento agli stessi periodi, l’intervento ordinario». Dopo ancora si prende la Cassa integrazione in deroga e quindi la mobilità, rendendo evidente quel che si sapeva dall’inizio e cioè che il piano era di cessazione e non c’era alcuna “certezza” di ripresa (requisito della Cassa integrazione ordinaria) e neppure probabilità (requisito della straordinaria). Infine, come visto, si passa alla mobilità in deroga. Ora c’è il d.i. n. 83475/2014 per uniformare i criteri d’autorizzazione²³ e limitare quindi una discrezionalità prima divisa ed anche frantumata per Regioni, ma il problema generale resta.

Bisognerà che il legislatore delegato trovi qualche soluzione. Ad esempio, per il caso appena visto della Cassa integrazione ordinaria, potrebbe essere precisato che l’ammissione dopo i tre mesi va motivata specificamente a pena di nullità; ugualmente, si potrebbe imporre un obbligo di motivazione

²³ D.i. n. 83473/2014.

specificata a pena di nullità per la Cassa integrazione straordinaria per crisi e ristrutturazioni²⁴, evitando le ammissioni automaticamente ai massimi.

6. “Universalità” con sistema dualistico della legge Fornero con limitazioni e successiva estensione ai partiti politici

In un articolo pubblicato sul *Corriere della Sera*²⁵ l'allora Ministro del lavoro prof. E. Fornero ha affermato che la riforma sarebbe «articolata su due pilastri e fortemente orientata al tema dell'equità e del migliore uso della risorse». Il primo “pilastro” è l'«universalità» realizzata attraverso l'Aspi, «inoltre più generosa» rispetto alla vecchia indennità di disoccupazione sia per misura che per la durata; il secondo “pilastro” è l'«appoggio sui Fondi bilaterali», che realizzano così il sistema misto, per cui i rischi più alti sono coperti attraverso gli ammortizzatori pubblici e quelli meno alti attraverso i privati con i Fondi bilaterali di ciascuna categoria (o comparto).

Dunque, la riforma Fornero ha mantenuto un sistema strettamente pubblicistico per la Cassa integrazione e l'Aspi o mini-Aspi, presumibilmente per prevedere ed assicurare ai lavoratori il «diritto che siano mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di disoccupazione involontaria» (art. 38, comma 2, Cost.) e per garantire su tutto il territorio nazionale livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.).

Oltre i campi d'applicazione della Cassa integrazione e dell'Aspi/mini-Aspi, la legge Fornero prevedeva un intervento privatistico degli Enti bilaterali, con doppia caratteristica:

- a) ciascuna categoria può fissare i singoli trattamenti, senza uniformità nel territorio nazionale, anche se, certamente, con rischio di frantumazione;
- b) i costi sono a carico delle categorie senza oneri per la fiscalità generale, neppure per garanzia, in misure al momento non quantificabili ma presumibilmente rapportati con metodo assicurativo ai rischi effettivi; un terzo di questi costi saranno a carico dei lavoratori, che pertanto avranno diminuzioni retributive.

²⁴ Per crisi è previsto il massimo di un anno (art. 1, comma 5, l. n. 223/1991) e per ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale un massimo di 2 anni, ma con 2 proroghe ciascuna di durata non superiore a 12 mesi (art. 1, comma 3, l. n. 223/1991).

²⁵ E. FORNERO, *Indennità e mini Aspi, come cambiano le tutele anche per i giovani precari*, in *Corriere della Sera*, 2 gennaio 2013.

Il sistema dualistico (pubblico per l'essenziale e privato per le categorie con rischio minore) è demandato, per il privato, all'autonomia collettiva e solo in via residuale ad un intervento d'autorità (art. 3, commi 19-21, l. n. 92/2012).

Dunque, tutti debbono avere una forma di garanzia del reddito in costanza di rapporto, anche le categorie a rischio bassissimo (come ad esempio le società a partecipazione pubblica) che avranno così costi proporzionalmente bassi. Il sistema "dualistico" è compatibile con l'art. 38 Cost., ma la fiducia nell'autonomia privata è stata mal riposta, perché finora, come dicevo, hanno aderito solo le categorie a rischio, che già prima avevano gli Enti bilaterali, con la sensazione critica di conservazione di vecchi privilegi.

Nello stesso tempo, però, la legge Fornero ha limitato gli ammortizzatori sociali per alcuni casi, presumibilmente perché ritenuti eccessivi. Nella foga dei tagli per risparmiare, ha colpito invece le politiche attive, che possono essere viste in due modi solo apparentemente diversi: utilizzare i fondi degli ammortizzatori sociali per favorire la rioccupazione, oppure indurre ad uscire in qualunque modo dall'inattività, che produce danni individuali e sociali enormi, a partire dalla disponibilità al lavoro nero. Pertanto, a risparmiare sulle politiche attive, c'è sempre il rischio di spendere di più, anche nell'immediato. Le limitazioni sono le seguenti. È stata prima eliminata²⁶ e poi rimessa fino al 2016²⁷ la Cassa integrazione per fallimento ed altre procedure concorsuali (art. 3, l. n. 223/1991), che, collegata agli incentivi per i trasferimenti d'azienda, costituiva uno strumento importante per incentivare la risoluzione dei problemi occupazionali delle procedure concorsuali proprio con i trasferimenti d'azienda. Questo è stato un errore, perché l'art. 3 della l. n. 223/1991 ha costituito uno strumento importante ed anzi essenziale per risolvere i casi più gravi; il *Jobs Act* potrebbe tornarci su, con una normativa magari adeguata, eliminando l'automatismo di fatto della Cassa integrazione straordinaria e

²⁶ Art. 2, comma 70, della legge Fornero (nel testo originario): «A decorrere dal 1° gennaio 2016, l'articolo 3 della legge 23 luglio 1991, n. 223, è abrogato».

²⁷ Art. 46-bis, comma 1, lett. h, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha sostituito l'art. 2, comma 70, della legge Fornero: «All'articolo 3, comma 1, della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, le parole: "qualora la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata" sono sostituite dalle seguenti: "quando sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali". L'articolo 3 della citata legge n. 223 del 1991, come da ultimo modificato dal presente comma, è abrogato a decorrere dal 1° gennaio 2016». In attuazione, è stato emanato il d.m. 4 dicembre 2012 (in *GU*, 2 febbraio 2013, n. 28).

riproponendo un percorso di risanamento da motivare e controllare rigorosamente.

La legge Fornero ha anche eliminato progressivamente, del tutto dal 2017, gli incentivi alla rioccupazione attraverso le liste speciali della l. n. 223/1991 dei lavoratori che hanno subito un licenziamento collettivo. Nello stesso tempo sembra (ma non c'è chiarezza) che siano stati eliminati immediatamente gli incentivi per chi ha subito licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo (sempre prorogati dal 1993)²⁸. È difficile dare un giudizio positivo a quest'abrogazione, dato che l'unica politica attiva che ha funzionato è stata quella attraverso le "liste speciali", che veramente hanno incentivato la rioccupazione e l'uscita dagli ammortizzatori sociali. La sensazione è di un errore. Non si può prevedere se il *Jobs Act* torni sulla materia, ma sarebbe bene.

Quel che invece è certa è l'eliminazione – confermata subito dal *Jobs Act* – della Cassa integrazione biennale per «cessazione totale e definitiva» (art. 1, comma 1, d.l. 5 ottobre 2004, n. 249, convertito dalla l. 3 dicembre 2004, n. 291), illogica ed oltretutto contraddittoria con la simile Cassa integrazione per procedure concorsuali ex art. 3, l. n. 223/1991, prevista solo per un anno. A conferma dell'incoerenza, però, la legge di stabilità ha riammesso fino al 2017 questa strana Cassa integrazione biennale per cessazione totale e definitiva²⁹.

Successivamente alla legge Fornero, l'unica estensione avuta è quella ex art. 16, comma 1, del d.l. 28 dicembre 2013, n. 149³⁰, con cui, in concomitanza con l'abolizione del finanziamento pubblico diretto ai partiti, è stata disposta l'estensione a partiti e movimenti politici della Cassa integrazione

²⁸ Dopo vari "tira e molla", solo in via amministrativa e non per legge, infine con i d.d. 19 aprile 2013, n. 264, e 3 giugno 2013, n. 390, del Ministero del lavoro è stato previsto in favore dei datori di lavoro che nel 2013 hanno assunto lavoratori licenziati nei 12 mesi precedenti per giustificato motivo oggettivo (connesso a riduzione, trasformazione o cessazione di attività o di lavoro) un beneficio mensile di euro 190 per 6 mesi (per rapporti a tempo determinato) o per 12 mesi (per rapporti a tempo indeterminato). Cfr. circ. Inps 13 marzo 2014, n. 32, [Benefici per il reimpiego di lavoratori licenziati. Decreti direttoriali del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali n. 264 del 19 aprile 2013 e n. 390 del 3 giugno 2013. Istruzioni contabili. Variazioni al piano dei conti.](#)

²⁹ Art. 1, comma 405, l. 24 dicembre 2012, n. 228, che inoltre ha messo a carico dell'Inps il TFR per CIGS.

³⁰ Il d.l. 28 dicembre 2013, n. 149 (in *GU*, 28 dicembre 2013, n. 303, entrato in vigore il giorno stesso della pubblicazione), è stato convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n. 13 (in *GU*, 26 febbraio 2014, n. 47); il comma 2 dell'art. 16 autorizza la spesa di 15 milioni di euro per il 2014, di 8,5 milioni di euro per il 2015 e di 11,25 milioni di euro annui a decorrere dal 2016.

straordinaria – non di quella ordinaria³¹ – nonché dei Contratti di solidarietà, con rinvio per la disciplina delle modalità attuative ad un decreto interministeriale (lavoro/economia), subito emanato³².

7. L'“universalità” del *Jobs Act*

Il *Jobs Act* dovrebbe completare l'“universalità” degli ammortizzatori sociali, in particolare confermando il sistema dualistico (pubblico per l'essenziale e privato per le categorie con rischio minore), per cui, per il privato, c'era stato un rinvio all'autonomia collettiva e solo in via residuale possibilità d'intervento d'autorità (art. 3, commi 19-21, l. n. 92/2012). Sono stati salvati in via transitoria i vecchi Fondi³³ ex comma 47, lett. *a* e *b*, l'art. 2, comma 28, della l. 23 dicembre 1996, n. 662³⁴, ed ex art. 59, comma 6, l. n. 449/1997, ma, per l'istituzione e generalizzazione dei nuovi Fondi, l'autonomia privata ha funzionato poco. Infine, per supplire alle carenze, è stato emanato il d.m. 7 febbraio 2014 sul Fondo di solidarietà “residuale” ex art. 3, comma 19, della l. n. 92/2012³⁵, ma sul punto c'è ancora molto da fare. Evidentemente i privati non vorrebbero pagare i contributi pur bassi, in quanto proporzionati al rischio, ritenendo in sostanza il rischio inesistente e considerando l'onere solo come aggravio di fiscalità; oppure, più semplicemente, c'è imprevidenza.

Sul punto, il *Jobs Act* dà una delega precisa (comma 2, lett. *a*, n. 7) di «revisione dell'ambito di applicazione della cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria e dei fondi di solidarietà di cui all'articolo 3 della

³¹ Che avrebbe comportato oneri contributivi più pesanti.

³² D.m. 22 aprile 2014. Cfr. circ. Inps 8 luglio 2014, n. 87, [Art. 16 del DL 28 dicembre 2013, n. 149. Estensione ai partiti e ai movimenti politici delle disposizioni in materia di trattamento straordinario di integrazione salariale e relativi obblighi contributivi nonché in materia di contratti di solidarietà. Aspetti di carattere contributivo. Istruzioni contabili. Variazioni al piano dei conti.](#)

³³ [Mess. Inps n. 4250/2014](#), cit.

³⁴ Regolamento-quadro emanato con d.m. 27 novembre 1997, n. 477.

³⁵ Cfr. circ. Inps 2 settembre 2014, n. 100, [Legge n. 92 del 28 giugno 2012 “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”. Articolo 3, commi da 4 a 47. Fondo di solidarietà residuale. Disciplina di finanziamento. Adempimenti procedurali. Modalità di compilazione del flusso Uniemens. Istruzioni contabili. Variazioni al piano dei conti](#); mess. Inps 8 settembre 2014, n. 6897, [Chiarimenti circolare n. 100 del 2 settembre 2014. Legge n. 92 del 28 giugno 2012 “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”. Articolo 3, commi da 4 a 47. Fondo di solidarietà residuale.](#)

legge 28 giugno 2012, n. 92, fissando un termine certo per l'avvio dei fondi medesimi».

Il *Jobs Act* dovrà completare il percorso riguardante i Fondi di solidarietà, reso ancor più controverso dopo le successive modifiche ed integrazioni alla l. n. 92/2012, in particolare legge di stabilità 2014 (l. 27 dicembre 2013, n. 147)³⁶.

Il principio d'universalità resta tuttavia carente, perché la parte privata del sistema dualistico prevede gli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto solo per le imprese con più di quindici dipendenti. Per i dipendenti di non imprenditori o di imprese con non più di quindici dipendenti resta solo l'AspI, a condizione di un'integrazione di almeno il 20% a carico degli Enti bilaterali, ma «in via sperimentale» per il 2013-2015 (art. 3, comma 17, l. n. 92/2012). Il *Jobs Act* dovrà uscire dalla sperimentazione, in positivo o negativo, ma se fosse in negativo resterebbe senza tutela in costanza di rapporto una parte davvero enorme di lavoratori, con discriminazione più che non universalità.

Su tutto, comunque, il *Jobs Act* potrà intervenire, attuando la delega di cui s'è già visto (comma 2, lett. a, n. 7) sulla «revisione dell'ambito di applicazione della cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria e dei fondi di solidarietà di cui all'articolo 3 della legge 28 giugno 2012, n. 92».

Nella delega si prevede inoltre (comma 2, lett. b, n. 3) l'«universalizzazione del campo di applicazione dell'ASpI, con estensione ai lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa e con l'esclusione degli amministratori e sindaci, mediante l'abrogazione degli attuali strumenti di sostegno del reddito, l'eventuale modifica delle modalità di accreditamento dei contributi e l'automaticità delle prestazioni, e prevedendo, prima dell'entrata a regime, un periodo almeno biennale di sperimentazione a risorse definite».

Per la verità, un passo fondamentale verso l'«universalizzazione» s'era avuto nella legge Fornero con l'istituzione dal 1° gennaio 2013 (l. n. 92/2012, art. 2, comma 20) della «mini-ASpI» – corrispondente alla vecchia indennità di disoccupazione con requisiti ridotti – per cui basta il requisito di «almeno tredici settimane di contribuzione di attività lavorativa negli ultimi dodici mesi», mentre non è più necessario il requisito di «almeno due anni di assicurazione»³⁷. Ora, solo con i requisito di almeno tredici settimane negli

³⁶ Circ. Inps 8 agosto 2014, n. 99, [Legge 28 giugno 2012, n. 92 “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”, e successive modifiche ed integrazioni \(in particolare, legge di stabilità n. 147 del 27 dicembre 2013\). Articolo 3, commi da 4 a 47. Fondi di solidarietà per il sostegno del reddito.](#)

³⁷ Previsto in precedenza (art. 7, comma 3, d.l. 21 marzo 1988, n. 86, convertito con modificazioni dalla l. 20 maggio 1988, n. 160) per l'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti. Sulla vecchia indennità con requisiti ridotti cfr., anche per un riepilogo, circ. Inps 13 marzo 2006, n. 41, [Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni.](#)

ultimi dodici mesi, la mini-ASpI l'hanno veramente tutti; un'ulteriore estensione significherebbe rendere il requisito solo simbolico, con la conclusione inaccettabile di ricevere sempre un'indennità prima di cominciare a lavorare.

Nella delega sopra richiamata si prevede l'estensione dell'ASpI anche ai lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa (co.co.co.), comprensivi dei collaboratori a progetto (co.co.pro.), con l'esclusione, del resto ovvia, solo di amministratori e sindaci³⁸. Per la verità, anche i collaboratori a progetto (co.co.pro.) hanno ricevuto una tutela con la legge Fornero (art. 2, commi 51-56, l. n. 92/2012)³⁹, con pagamento di un'indennità⁴⁰; i requisiti "in via congiunta" sono però talmente rigorosi (art. 2, comma 51, l. n. 92/2012)⁴¹, che, a quanto sembra, solo pochi ne hanno fruito.

[Effetti sulle prestazioni a sostegno del reddito nelle nuove forme di rapporto di lavoro.](#) Sono stato sempre convinto, soggettivamente, che l'eliminazione del requisito dei 2 anni di anzianità contributiva, ancora previsto nella prima stesura, sia stato realizzato dalla legge Fornero senza volerlo veramente.

³⁸ Per l'Inps (circ. 14 marzo 2013, n. 38, *[Articolo 2, commi 51-56 della Legge 28 giugno 2012, n. 92. Indennità ai collaboratori coordinati e continuativi a progetto](#)*) sono esclusi dal trattamento anche i non inquadrabili nell'ambito d'applicazione dei contratti di collaborazione a progetto, come ad esempio gli assegnisti di ricerca, i dottorandi di ricerca con borsa di studio, i soggetti che svolgono un mero rapporto di collaborazione coordinata e continuativa ai sensi dell'art. 61, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

³⁹ *[Circ. Inps n. 38/2013, cit.](#)*; mess. Inps 3 marzo 2014, n. 2999, *[Indennità ai collaboratori coordinati e continuativi a progetto ex articolo 2, commi 51-56, della legge n. 92/2012. Nuovo modello on line per l'anno di riferimento 2014. Rivalutazione per l'anno 2013 del limite reddituale. Attestazione del periodo ininterrotto di disoccupazione.](#)*

⁴⁰ L'importo è del 5% del minimale annuo di reddito di cui all'art. 1, comma 3, l. 2 agosto 1990, n. 233 (pensioni dei lavoratori autonomi), moltiplicato per il minor numero tra le mensilità accreditate l'anno precedente e quelle non coperte da contribuzione; in via transitoria, per gli anni 2013, 2014 e 2015, l'importo dell'indennità è elevato dal 5% al 7% (art. 2, comma 56, l. n. 92/2012). Il pagamento è in unica soluzione, per importo pari o inferiore a mille euro, oppure in rate mensili pari o inferiori mille euro, se l'importo della prestazione è superiore a mille euro.

⁴¹ a) Aver operato, in regime di mono-committenza nel corso dell'anno precedente; b) aver conseguito l'anno precedente un reddito lordo complessivo soggetto a Irpef non superiore a 20 mila euro (annualmente rivalutato sulla base agli indici Istat dell'anno precedente); c) per l'anno di riferimento aver avuto l'accredito di almeno una mensilità nella gestione separata Inps (art 2, comma 26, l. n. 335/1995); d) aver avuto un periodo di disoccupazione ininterrotto di almeno 2 mesi nell'anno precedente *ex art. 1, comma 2, lett. c, d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181*; e) aver avuto l'accredito nell'anno precedente di almeno 4 mensilità presso la gestione separata.

Ritengo che i co.co.co. ed i co.co.pro. costituiscano un fenomeno molto particolare, per cui i requisiti debbono restare rigorosi e le prestazioni limitate, a rischio altrimenti di abusi senza fine. Per questo, giustamente, nella *Jobs Act* si prevede la possibilità di modificare le modalità d'accreditamento dei contributi e, prima dell'entrata a regime, un periodo almeno biennale di sperimentazione a risorse definite. Si prevede anche l'automaticità delle prestazioni, che per la verità già prima doveva essere scontata.

8. Semplificazione e riordino di Cassa integrazione ordinaria e straordinaria

Il comma 1, lett. a, n. 2, del *Jobs Act* prevede una delega per la semplificazione delle procedure burocratiche degli strumenti in costanza di rapporto attraverso l'incentivazione di strumenti telematici e digitali, considerando anche la possibilità di introdurre meccanismi standardizzati di concessione con strumenti certi ed esigibili. Si rientra nella logica di semplificazione dell'intera legge-delega, che sul punto è necessariamente ampia. Dovrebbe essere utile l'esperienza delle Regioni con gli ammortizzatori in deroga, almeno dopo l'unificazione delle regole disposta dal citato d.i. n. 83475/2014.

Sempre su Cassa integrazione ordinaria e straordinaria c'è una delega amplissima, sia per contributi e prestazioni, sia per le durate massime e meccanismi d'incentivazione della rotazione (comma 2, lett. a, n. 4), maggiore compartecipazione delle imprese utilizzatrici (comma 2, lett. a, n. 5), riduzione dei contributi ordinari e rimodulazione tra i settori in funzione dell'utilizzo effettivo (comma 2, lett. a, n. 6). Si prospetta meno solidarietà e più frammentazione, ma alleggerendo l'appiattimento attuale per cui si prescindeva completamente dal rischio.

9. Un nuovo *repêchage* collettivo e l'esplosione dei Contratti di solidarietà

Una delle novità più importanti è la condizione che, per i provvedimenti più gravi, sia stato fatto tutto il possibile con strumenti minori.

Il *Jobs Act* prevede una delega "necessaria" (comma 2, lett. a, n. 3) di regolare l'accesso alla Cassa integrazione solo se esaurita ogni «possibilità contrattuale di riduzione dell'orario di lavoro», eventualmente destinando una parte delle

risorse attribuite alla Cassa integrazione a favore dei Contratti di solidarietà. Più in particolare, si prevede (comma 2, lett. a, n. 8) la revisione totale dei contratti di solidarietà, sia di tipo “A” per le imprese rientranti nel campo d’applicazione della Cassa integrazione straordinaria (art. 2, d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito con modificazioni dalla l. 19 dicembre 1984, n. 863) che di tipo “B” e “C” – rispettivamente per imprese non rientranti nel campo di applicazione nel campo d’applicazione della Cassa straordinaria e tuttavia soggette alla l. n. 223/1991 e per le imprese artigiane – da mettere finalmente a regime dopo le innumerevoli proroghe dalle origini provvisorie (art. 5, commi 5 e 8, d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito con modificazioni dalla l. 19 luglio 1993, n. 236).

La delega dovrebbe indurre ad introdurre un collegamento con la disciplina dei licenziamenti collettivi, imponendo in generale un onere di ridurre l’orario con o senza Contratti di solidarietà, prima di poter licenziare. In sostanza, quindi, la riduzione d’orario, con o senza i Contratti di solidarietà, diventa o dovrebbe diventare una condizione non solo per l’ammissione alla Cassa integrazione ordinaria e straordinaria, ma anche per la procedura dei licenziamenti collettivi. Una sorta di *repêchage* collettivo, per cui si può ridurre o cessare l’attività solo provando che non è possibile una soluzione diversa mediante la riduzione dell’orario (e non dell’attività).

La modifica di sistema è sorta forse “per caso”, per la vicenda dell’Electrolux S.p.A.⁴², per cui è stato emanato il “*Jobs Act 1*” (art. 5, comma 1, d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 16 maggio 2014, n. 78) con previsione di nuovi sostanziosi finanziamenti. La ragione della preferenza è, semplicemente, che i contratti di solidarietà prevedono prestazioni altissime in quanto non soggette ai “massimali” delle prestazioni previdenziali⁴³.

⁴² Per l’Electrolux S.p.A., il 14 maggio 2014 sono stati firmati due accordi: il primo per il piano industriale a Mestre, fra il Gruppo Electrolux Italia (con le singole società del gruppo) e i sindacati nazionali Fim-Cisl, Fiom-Cgil e Uilm-Uil, con i coordinamenti delle RSU; il secondo accordo “*win-win*” (sempre del 14 maggio 2014), a conferma, è stato firmato, davanti al Presidente del Consiglio dei Ministri, fra Elettrolux S.p.A. ed i Ministeri dello sviluppo economico e del lavoro, le Regioni Friuli Venezia Giulia, Veneto, Emilia Romagna e Lombardia, i sindacati Fim-Cisl, Fiom-Cgil e Uilm-Uil, con le RSU. Le società del gruppo Electrolux si sono impegnate a «restare in Italia fino al 2017» per tutti i suoi stabilimenti (Forlì, Susegana, Porca e Solaro). Electrolux ha rinunciato ai licenziamenti, con integrazioni salariali in base ai contratti di solidarietà, per i lavoratori ad orario sospeso o ridotto, ma anche mediante CIGS; inoltre sono previsti incentivi all’esodo. La Regione Friuli Venezia Giulia s’è impegnata a «sostenere aziende e lavoratori che utilizzano i contratti di solidarietà», a quanto sembra (almeno così hanno scritto i giornali) anche con sgravi sull’Irap.

⁴³ I “massimali” mensili sono previsti in base al combinato disposto della l. 13 agosto 1980, n. 427 (come modificato dall’art. 1, comma 5, del d.l. 16 maggio 1994, n. 299, convertito con

Per la verità, però, già prima c'era stata un'esplosione di Contratti di solidarietà “difensivi” – dimenticati per decenni – a partire dal caso dell'Ilva di Taranto, per cui il conflitto è stato risolto con un accordo firmato il 14 marzo 2013 presso il Ministero del lavoro che prevede 3.749 contratti di solidarietà, evitando così la Cassa integrazione straordinaria in origine richiesta per 6.507 dipendenti⁴⁴.

Per i contratti di solidarietà “difensivi” era stato disposto per il 2014 un aumento di trattamento nella misura del 10% della retribuzione persa, nel limite di € 50 milioni⁴⁵, portando così l'intero trattamento dal 60% al 70% (mentre negli anni 2009-2013 l'aumento era stato dell'80%)⁴⁶: di fatto, però, la diminuzione non c'è o quasi, perché in questo modo viene evitata la ritenuta previdenziale prevista per le prestazioni di almeno l'80%⁴⁷.

Il funzionamento dei contratti di solidarietà difensivi è complesso. Innanzitutto è necessario un accordo sindacale, con cui si riduce l'orario in generale per evitare i licenziamenti e per mantenere l'occupazione (art. 1, l. n. 863/1984). Sono, si diceva, di tre tipi: quelli “A” è per le imprese rientranti nel campo d'applicazione della Cassa integrazione straordinaria (art. 1, l. n. 863/1984), quelli di tipo “B” sono per le imprese non rientranti nella Cassa integrazione straordinaria ma soggette alla l. n. 223/1991 e quelli di tipo “C” per le imprese artigiane (art. 5, commi 5 e 8, d.l. n. 148/1993, convertito con modificazioni dalla l. n. 236/1993); le “B” e “C” sono sempre rimaste provvisorie dal 1993

modificazioni dalla l. 19 luglio 1994, n. 451), e dell'art. 1, comma 27, della l. 24 dicembre 2007, n. 247. Per il 2014, cfr. circ. Inps 29 gennaio 2014, n. 12, [Importi massimi dei trattamenti di integrazione salariale, mobilità, indennità di disoccupazione ASpl e Mini ASpl ed assegno per attività socialmente utili relativi all'anno 2014](#), per cui il massimale con retribuzione mensile fino a 2.098,04 euro è di 969,77 euro (netto ma imponibile Irpef 913,14 euro) ed oltre 2.098,04 euro è di 1.165,58 euro (netto imponibile Irpef 1.097,51 euro).

⁴⁴ Ha comunicato il Ministero del lavoro in una sua [nota del 15 marzo 2013](#): «L'azienda ha altresì ribadito che al termine della solidarietà non procederà a licenziamenti collettivi e che il totale degli investimenti che verranno fatti per dare attuazione all'AIA sarà pari a circa 2 miliardi e 250 milioni di euro nel triennio. Il contratto di solidarietà avrà durata biennale, con verifiche periodiche per valutare l'avanzamento dei lavori ed eventuali rimodulazioni della solidarietà».

⁴⁵ Art. 1, comma 186, l. 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014). Cfr. mess. Inps 11 marzo 2014, n. 3234, [Incremento del 10% del trattamento di integrazione salariale per i contratti di solidarietà \(art. 1, D.L. n. 726/1984 conv. con mod. dalla L. n. 863/1984\) per l'anno 2014. Istruzioni contabili. Variazioni al piano dei conti](#).

⁴⁶ Art. 1, comma 6, d.l. 1° luglio 2009, n. 78 (convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102), con proroga fino al 2013 (nel limite di 60 milioni di euro) ex art. 1, comma 256, l. 24 dicembre 2012, n. 228. Cfr. mess. Inps 18 gennaio 2013, n. 1114.

⁴⁷ Art. 26 della l. 28 febbraio 1986, n. 41, per cui attualmente la ritenuta è del 5,84%; pertanto la percentuale diventa del 75,33%, contro il formale 70%.

ma prorogate di anno in anno. Per l'autorizzazione è necessario un decreto del Ministero del lavoro⁴⁸. Per l'orario di lavoro perso, l'Inps paga un'integrazione corrispondente per il 2014 (come si diceva) al 70% della retribuzione persa. I Contratti di solidarietà possono essere stipulati per un massimo di 24 mesi, prorogabili per altri 24 mesi (36 mesi per i lavoratori occupati nelle aree del Mezzogiorno). Se si raggiunge la durata massima, un nuovo contratto di solidarietà potrà essere stipulato, per le medesime unità aziendali, trascorsi dodici mesi dal termine del precedente.

Inoltre era previsto anche un "premio" per i datori di lavoro che non licenziano – ma nei limiti delle disponibilità finanziarie – per un periodo non superiore ai 24 mesi, consistente in una riduzione del 25% (30% nel Mezzogiorno) dell'ammontare dei contributi dovuti per i lavoratori interessati dalla riduzione d'orario in misura superiore al 20% e ad una riduzione del 35% (40% nel Mezzogiorno) per riduzione d'orario superiore al 30%⁴⁹. La normativa che prevede questi premi, sempre in vigore, di fatto era bloccata dal 2005, perché priva di finanziamenti. Dato che i benefici sono riconosciuti nei limiti finanziari, sono necessari criteri di scelta per l'ipotesi di non capienza delle

⁴⁸ D.m. 10 luglio 2009, n. 46448, *Semplificazione delle modalità di accesso al trattamento di integrazione salariale in favore dei lavoratori dipendenti di aziende le quali abbiano sottoscritto contratti collettivi aziendali denominati «contratti di solidarietà»* (in *GU*, 3 agosto 2009, n. 178, su cui si veda la nota circ. Min. lav. 8 febbraio 2010, [Art. 1 del Decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, coordinato con l'art. 4, comma 3, del D.M. n. 46448, 10 luglio 2009](#)); d.P.R. 10 giugno 2000, n. 218, *Regolamento recante norme per la semplificazione del procedimento per la concessione del trattamento di cassa integrazione guadagni straordinaria e di integrazione salariale a seguito della stipula di contratti di solidarietà, ai sensi dell'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59* (in *GU*, 4 agosto 2000, n. 181).

⁴⁹ Art. 6, comma 4, d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito con modificazioni dalla l. 28 novembre 1996, n. 608. D.m. 8 febbraio 1996 (in *GU*, 20 marzo 1996, n. 67); circ. Inps. 5 luglio 1993, n. 148, [Decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148. Interventi urgenti a sostegno dell'occupazione. Agevolazioni contributive](#); 11 agosto 1993, n. 195, [Legge 19.7.1993 n. 236. Interventi a sostegno dell'occupazione. Disposizioni in materia di contribuzione CIG e agevolazioni contributive](#); 31 gennaio 1994, n. 33; 23 giugno 1994, n. 192, [Contratti di solidarietà. Riduzione dei contributi previdenziali ed assistenziali](#); 3 agosto 1995, n. 223, [Decreto Legge 14 giugno 1995, n. 232. Trattamenti di integrazione salariale straordinaria](#); 15 aprile 1996, n. 89; 7 aprile 1997, n. 87, [Contratti di solidarietà. Riduzione contributiva ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge 28.11.1996, n. 608. Istruzioni contabili. Variazioni al piano dei conti](#); 27 luglio 1998, n. 169, [Contratti di solidarietà stipulati successivamente al 14.6.1995. Riduzione contributiva ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge 28.11.1996, n. 608](#); 20 settembre 1999, n. 178, [Contratti di solidarietà stipulati successivamente al 14.6.1995. Riduzione contributiva ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge 28.11.1996, n. 608](#).

richieste. In generale, la priorità per la concessione dei benefici è fissata su base cronologica, considerando le date dell'accordo di solidarietà e dell'inoltro delle istanze⁵⁰.

Il *Jobs Act* 1 (d.l. n. 34/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 78/2014) ha previsto per i premi agli imprenditori un congruo rifinanziamento di € 15 milioni (art. 5, comma 1), lasciando una discrezionalità amplissima al Ministro del lavoro per stabilire con decreto (di concerto con il Ministro dell'economia e finanze)⁵¹ i criteri d'individuazione dei beneficiari. Inoltre, nella conversione in legge la percentuale del premio è stata portata in generale al 35% con riduzione d'orario superiore al 20%.

In tal modo i lavoratori dell'Electrolux⁵² hanno avuto le ricche integrazioni salariali di solidarietà, che danno il 70% della retribuzione senza "massimale"⁵³, e che, con il gioco delle detrazioni, corrisponde ad oltre l'80% della retribuzione effettiva, mentre il datore di lavoro ha una riduzione contributiva del 30% o 35%.

Comunque l'importo complessivo percepito dai lavoratori, cumulando i trattamenti regionali con quelli previsti dalla normativa nazionale, non può

⁵⁰ D.m. 8 febbraio 1996.

⁵¹ D.i. 7 luglio 2014, subito emanato, su cui circ. Min. lav. 26 settembre 2014, n. 23, [*Istruzioni per la concessione delle riduzioni contributive, previste dal Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze del 07/07/2014, n. 83312, per i contratti di solidarietà stipulati ai sensi degli articoli 1 e 2 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863.*](#)

⁵² Inoltre, per la Regione Friuli Venezia Giulia al trattamento dei contratti di solidarietà s'aggiunge un trattamento speciale stabilito dal 2009 dall'art. 21 della l.r. 4 giugno 2009, n. 11: per sostegno alla stipulazione dei contratti di solidarietà difensivi, si prevedono integrazioni di trattamento per i lavoratori ed ulteriori benefici per le imprese. In attuazione della legge regionale sono stati emanati i primi regolamenti (il primo è stato emanato con decreto del Presidente della Regione Friuli Venezia Giulia 14 agosto 2009, n. 0235/Pres., poi modificato con i decreti 5 ottobre 2010, n. 0214/Pres., 5 agosto 2011, n. 0191/Pres., e 27 marzo 2012, n. 076/Pres.), sostituiti dal regolamento 6 novembre 2012, n. 228, e, recentissimo, dal regolamento emanato con decreto del Presidente della Regione 2 aprile 2014, n. 71, in vigore dall'8 maggio 2014. Si prevedono contributi per le imprese, che stipulano contratti di solidarietà difensivi, solo se aventi sede o unità locali nella Regione Friuli Venezia Giulia. I benefici sono previsti per i contratti di solidarietà di tipo sia A (l. n. 863/1984) che B (l. n. 236/1993). Consistono in un contributo di 2,5 euro per ciascuna ora del monte ore non dovuto a seguito dell'effettiva riduzione di orario, per un periodo massimo consecutivo di 24 mesi per ciascuna unità aziendale. Questi 2,5 euro sono divisi nel tipo A per il 40% all'impresa e 60% ai lavoratori, per il tipo B per il 20% all'impresa (fino ad una massimo di 200 mila euro) ed 80% ai lavoratori, ma con possibilità di devolvere tutto a favore dei lavoratori.

⁵³ Art. 1, comma 186, della l. 27 dicembre 2013, n. 147; [*mess. Inps n. 3234/2014*](#), cit.

eccedere l'ammontare della retribuzione che sarebbe stata dovuta in assenza di sospensione.

Bisognava credere però che veramente i Contratti di solidarietà impediscano i licenziamenti, mentre di fatto, almeno fino al *Jobs Act*, costituivano solo un surrogato di Cassa integrazione straordinaria con un periodo molto lungo e prestazioni altissime. Ora, con la delega del *Jobs Act*, l'esplosione "per caso" dei Contratti di solidarietà – per l'Ilva e per l'Electrolux – potrebbe e dovrebbe portare ad una riscoperta. Sarà però essenziale trovare meccanismi efficaci, di diritto privato o di diritto pubblico, per garantire che alla fine i licenziamenti non siano fatti ugualmente, magari dopo un breve periodo di parvenza di ripresa.

Credo anche che, nella logica di semplificazione dell'intero *Jobs Act*, il legislatore delegato debba eliminare alcuni procedimenti che hanno sempre portato a perdite di tempo inaccettabili: forse sarebbe bene evitare anche la necessità dell'accordo sindacale, limitando la partecipazione alla procedura di consultazione sindacale (come per la Cassa integrazione), ma è essenziale alleggerire la trafila burocratica ed in particolare l'accentramento nel Ministero del lavoro, affidando il potere di decidere alle Regioni o altri organi decentrati (come dovrebbe essere anche per la Cassa integrazione straordinaria).

Insomma, quella dei Contratti di solidarietà è per il *Jobs Act* una scommessa doppia: dovrebbero diventare un repêchage collettivo per rendere i licenziamenti quale "ultima spiaggia", ammessi solo se inevitabili in qualsiasi altro modo; inoltre, i Contratti di solidarietà dovrebbero garantire, una volta ammessi, che di licenziamenti non se ne faranno veramente.

10. Le delega per l'ASpI, i nuovi LSU, le sanzioni difficilissime per chi non vuol uscire dagli ammortizzatori

Per l'ASpI, il *Jobs Act* prevede deleghe legislative razionalizzanti e precise. Sull'estensione ai co.co.co. e l'universalizzazione precedente e futura, s'è già detto.

S'introduce un principio di proporzionalità, con omogeneizzazione dei trattamenti ordinari e brevi, soprattutto rapportando la durata dei trattamenti alla progressiva storia contributiva del lavoratore (comma 2, lett. b, n. 1): in tal modo si dovrebbe creare un circolo virtuoso, creando per i lavoratori un interesse immediato alla regolarizzazione contributiva per incrementare

l'ASpI. Nello stesso senso, si prevede l'incremento della durata massima per i lavoratori con carriere contributive più rilevanti (comma 2, lett. *b*, n. 2).

L'ampliamento delle prestazioni economiche non poteva non portare a "massimali" di contribuzione figurativa (comma 2, lett. *b*, n. 4), già finora comportanti oneri finanziari rilevanti. Ci si sarebbe spettati un simile massimale anche per gli ammortizzatori in costanza di rapporto, che invece manca, forse nella speranza che in futuro l'uso di questi ammortizzatori diminuisca veramente.

Ci sono altre novità. Per la verità è vecchia la previsione per i beneficiari degli ammortizzatori, sia durante che dopo la cessazione del rapporto, di «attività a beneficio delle comunità locali», molto simili ai «lavori socialmente utili» (LSU), che hanno creato più danni che benefici. Inoltre, rassomiglia molto all'*excusatio non petita, accusatio manifesta*⁵⁴ la precisazione di prevedere «modalità che non determinino aspettative di accesso agevolato alle amministrazioni pubbliche» (comma 2, lett. *c*), com'è avvenuto per i mai morti LSU⁵⁵ e prima per il lavoro giovanile⁵⁶.

Veramente nuova è invece una "prestazione post-ASpI", eventualmente priva di copertura figurativa, per i disoccupati con valori ridotti dell'indicatore della situazione economica equivalente (comma 2, lett. *b*, n. 5). La fantasia può essere veramente utile, ma sempre in scontro con la realtà.

Infine, altra norma comune a tutti gli ammortizzatori durante e dopo il rapporto, nel *Jobs Act* si prevede (comma 2, lett. *d*) una delega per "adeguare" le sanzioni e modalità d'applicazione, per la migliore effettività, nei confronti dei beneficiari che non si rendano disponibili ad una nuova occupazione, a programmi di formazione o alle attività a beneficio di comunità locali (i nuovi LSU appena visti). Problema di sempre. Finora, dopo i tentativi più vari, non si è riusciti mai a qualcosa di veramente efficace, soprattutto nei confronti del problema sottinteso ma sempre presente dell'«area di disponibilità al lavoro nero»⁵⁷.

⁵⁴ Noto e sempre valido latinismo d'origine medievale, per cui chi si giustifica senza richiesta sotto sotto si accusa ("scusa non richiesta, accusa manifesta", oppure "chi si scusa, si accusa").

⁵⁵ Oltre le origini, si veda il d.lgs. 1° dicembre 1997, n. 468, e il d.lgs. 28 febbraio 2000, n. 81. S. VERGARI, *I lavori socialmente utili*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Utet, 2007, 144. Cfr. da ultimo l'art. 3, comma 9, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114), che modifica l'art. 9 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122).

⁵⁶ L. 1° giugno 1977, n. 285.

⁵⁷ M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, cit.

11. Quale *flexsecurity*

L'armonizzazione degli ammortizzatori, per cui il *Jobs Act* delega il Governo, dovrebbe o potrebbe portare ad una riforma totale, con una semplificazione che porti magari a riscrivere tutto purché in modo davvero semplificato.

La delega è amplissima ma anche precisa, senza tentativi di fughe in una genericità che permetta l'arbitrio. Molte deleghe costituiscono già norme precise. Molto di più dipenderà dalle capacità e dalla fantasia del legislatore delegato, per cui una critica anticipata è impossibile.

La conclusione finale è però nel collegamento con le politiche attive del lavoro, che sostanzialmente mancavano nella legge Fornero, per il resto confermata e valorizzata. Ora il *Jobs Act* dedica alle politiche attive le iniziative più importanti (commi 3 e 4), da cui dipenderanno molto se non tutte le scommesse sugli ammortizzatori sociali ed in generale sull'occupazione.

Naturalmente nessuno può illudersi in una nuova chimera di "*flexsecurity*", che permetta di trovare a tutti e subito un modo per uscire dagli ammortizzatori sociali con una nuova occupazione e non con le costosissime uscite nelle pensioni. Gli ammortizzatori sociali quale forma nascosta di prepensionamento devono finire, ma le diverse e giuste soluzioni sono difficili. Non impossibili. Magari però è meglio evitare il rischio di nuovi LSU.

La conciliazione tra esigenze di cura, di vita e di lavoro

di Roberto Voza

Nell'Anno europeo per la conciliazione vita lavoro, peraltro coincidente con la presidenza italiana del semestre europeo, il nostro legislatore non può perdere l'occasione di fare bella figura, anche per rispondere alle tante sollecitazioni che ci spingono ad irrobustire le nostre politiche pubbliche di conciliazione o – come qualcuno preferisce dire – di armonizzazione tra tempi di vita e tempi di lavoro: un tema sul quale incide ormai fortemente la nostra appartenenza all'Unione europea.

Nel 2014 è apparso il secondo Rapporto sul Benessere Equo e Sostenibile in Italia (un'iniziativa del CNEL e dell'ISTAT), in cui un capitolo è dedicato a *Lavoro e conciliazione dei tempi di vita*. Il quadro che ne emerge non è certo rassicurante.

Il primo dato ha un sapore un po' beffardo: finalmente, si accorcia il *gender gap* nell'accesso al lavoro, ma perché la crisi ha colpito maggiormente i settori dell'edilizia e nel manifatturiero, ove l'occupazione è prevalentemente maschile. È da registrare pure l'impatto prodotto dall'innalzamento dell'età pensionabile per le donne, prima nel lavoro pubblico e poi in quello privato.

Ciò nonostante, il divario occupazionale di genere resta tra i più elevati d'Europa, per non parlare del tasso di occupazione femminile in sé, sempre saldamente al di sotto della media europea.

Ovviamente, il dato quantitativo non esaurisce la ricognizione che dovrà ispirare il futuro legislatore. Non si può ignorare, infatti, il tema della qualità del lavoro, che il Rapporto BES declina in termini di «stabilità, regolarità, retribuzione e coerenza con le competenze acquisite nel sistema formativo».

Ebbene, secondo il Rapporto, sul piano qualitativo il *gender gap* è addirittura aumentato: le donne sperimentano una più elevata instabilità dell'occupazione,

con una maggiore incidenza del lavoro a termine e una minore probabilità di stabilizzazione del rapporto di lavoro, ed – inoltre – sono più svantaggiate sul piano salariale e sul piano della coerenza tra lavoro e livello di istruzione posseduto.

Allora, si può immaginare quale sia l’impatto della scarsa qualità del lavoro sul tasso di occupazione femminile: precarietà, bassi livelli retributivi, scarsa qualificazione dell’impiego rispetto al proprio livello di istruzione costituiscono un forte disincentivo per le donne a cercare o mantenere un lavoro.

In particolare, i costi (economici, sociali e umani) per così dire di esternalizzazione dei servizi di cura (asilo, baby-sitter, badante) possono giungere a superare i benefici (economici, sociali e umani) di un lavoro.

Ci si spiega come mai, stando ad una ricerca supportata dalla Commissione europea, anch’essa pubblicata nel 2014, il nostro Paese è tra quelli che mantengono un *classic male-breadwinner model* e un’elevata incidenza del sistema informale di cura (prevalentemente assolto da familiari)¹.

Messi di fronte a questi dati, riemerge l’antica domanda: che fare?

Preliminarmente, tra i suggerimenti pratici al legislatore vorrei dare quello di coordinarsi con se stesso, visto che esiste una parallela delega (l’art. 11 del ddl S 1577) in tema di conciliazione vita/lavoro nella pubblica amministrazione al quale si sovrappone quanto previsto nel cosiddetto *Jobs Act*, ove si prevede una estensione dei principi al settore pubblico. Come ha osservato Laura Calafà, è stragante che gli strumenti per favorire la conciliazione nel lavoro pubblico siano inseriti in due sedi diverse e siano trattati da diverse Commissioni parlamentari nel medesimo periodo².

Venendo ai principi e i criteri direttivi dettati dalla nostra delega, volti a «favorire le opportunità di conciliazione per la generalità dei lavoratori», abbiamo, innanzitutto, la «introduzione del *tax credit*, quale incentivo al lavoro femminile, per le donne lavoratrici, anche autonome, con figli minori o disabili non autosufficienti e che si trovino al di sotto di una determinata soglia di reddito complessivo della donna lavoratrice».

¹ [Gender equality in the workforce: reconciling work, private and family life in Europe](#), European Commission, 2014. Cfr., per il nostro Paese, le considerazioni di M. BROLLO, *Misure per l’occupazione femminile tra tutele e incentivi*, in *LG*, 2013, n. 2, 113-116.

² L. CALAFÀ, *La delega alla conciliazione dei genitori al tempo dell’austerità*, in F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell’attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro](#), ADAPT University Press, 2014, 145.

A ciò si accompagna la «armonizzazione del regime delle detrazioni per il coniuge a carico»: armonizzazione, dunque, e non abolizione, la quale finirebbe solo per indebolire la condizione delle famiglie monoreddito.

La materia delle detrazioni per il coniuge a carico evoca un problema serio, spesso sottovalutato: il meccanismo della detrazione costituisce un involontario incentivo al lavoro nero delle donne, soprattutto nell'ambiente lavorativo domestico difficilmente sottoposto a controlli ispettivi (pensiamo a colf, baby-sitter e badanti).

Infatti, unendo il vantaggio della detrazione a favore del coniuge alla scarsa o inesistente incidenza del versamento contributivo sulla prestazione previdenziale (per esempio, in ragione della storia contributiva pregressa della lavoratrice), il gioco è fatto: la verità amara è che il lavoro nero può convenire, non solo al datore di lavoro, ma anche al lavoratore, in questo caso alla lavoratrice.

Il caso del lavoro domestico è veramente emblematico: la bassissima forza rivendicativa delle organizzazioni sindacali in questo settore ha prodotto paghe contrattuali, che spesso sono inferiori a quelle che non poche lavoratrici riescono individualmente a spuntare, magari proprio giocando sul risparmio assicurato al datore di lavoro tramite l'elusione contributiva e fiscale.

Dunque, ogni strategia di incentivazione da parte dei pubblici poteri deve fare i conti con questa realtà: il più serio dualismo tra *insiders* ed *outsiders* rimane, a mio avviso, quello tra chi mantiene e chi non mantiene un comportamento corretto nei confronti dello Stato e, quindi, della comunità che lo circonda.

Anche sul tema della incentivazione della negoziazione collettiva volta a favorire la flessibilità dell'orario lavorativo e dell'impiego di premi di produttività in chiave conciliativa, bisogna partire fotografando un dato di realtà.

Sino ad oggi, le politiche di flessibilità dei tempi nell'ottica della conciliazione vita/lavoro con estrema difficoltà sono riuscite a varcare i cancelli aziendali³.

La realizzazione dell'obiettivo della conciliazione passa attraverso una duplice tecnica di regolazione sociale.

La prima è quella della incentivazione di tali misure. Si tratta, cioè, della promozione di quello che Bobbio definì il "comportamento super-conforme", ossia una condotta socialmente desiderabile⁴.

³ Si veda, in proposito, E. PIETANZA, *Il contributo della contrattazione collettiva alle istanze di conciliazione vita/lavoro*, in V. BAVARO, U. CARABELLI, G. SFORZA, R. VOZA, *Tempo Comune. Conciliazione di vita e lavoro e armonizzazione dei tempi della città*, Franco Angeli, 2009, 129 ss., nonché S. COSTANTINI, *Contrattazione collettiva nazionale e conciliazione fra lavoro e vita familiare: un rapporto difficile*, in *LD*, 2009, n. 1, 121 ss.

L'uso del diritto in funzione promozionale implica un giudizio in termini di *efficacia* della norma, intesa come idoneità a raggiungere il fine desiderato, se è vero che i privati – nel caso in cui non assumano la condotta incentivata – non subiscono nessun'altra conseguenza, se non la mancata fruizione del vantaggio loro offerto.

Quindi, l'efficacia della norma di incentivo è inevitabilmente collegata alle risorse messe in campo nel tentativo di condizionare le convenienze del mercato. Ove si tratti di misure che incidano sull'organizzazione dei tempi della produzione, il datore deve poter *bilanciare* – con la fruizione di appropriati vantaggi compensativi – le limitazioni che le politiche di conciliazione inevitabilmente implicano. Altrimenti, accade che trascorso il periodo della sperimentazione (e del finanziamento), le misure conciliative vengano poi accantonate, perché vissute soltanto come un peso.

Infatti, l'imprenditore che subisce una limitazione organizzativa per effetto delle misure di conciliazione, se non ne riceve una compensazione, finirà per scaricarla sugli altri lavoratori chiamati a farsi carico del tempo di lavoro da cui vengono esonerati i colleghi o le colleghe ammesse a fruire di misure conciliative.

Insomma, il tema della conciliazione apre contraddizioni interne allo stesso fronte del lavoro, almeno fin quando viene vissuto come mero appagamento di un bisogno individuale, anziché diventare un problema sociale e quindi un terreno di vertenzialità collettiva anche da parte delle organizzazioni dei lavoratori.

Certo, nella delega non si scorge alcuna traccia di sostegno economico alla contrattazione collettiva. Anzi, sull'intero disegno di legge aleggia lo spettro dell'austerità, ovvero dei vincoli europei che incombono sulle politiche economico-finanziarie e, di conseguenza, sulle politiche sociali.

Quanto poi al possibile nesso tra impiego dei premi di produttività e politiche conciliative, adombrato nel disegno di legge, se non ho capito male, si ipotizza la possibilità di trasformare, in tutto o in parte, il premio in vantaggi spendibili in chiave conciliativa: ad esempio, in voucher per acquistare servizi di cura.

Orbene, perché l'operazione abbia un senso, occorre che: a) la trasformazione sia rimessa alla libera scelta del lavoratore o lavoratrice; b) questi abbiano una convenienza ad optare per la trasformazione rispetto alla percezione del premio in denaro (che rimane sempre spendibile per l'acquisto del servizio di cura). L'unico vantaggio che mi viene in mente potrebbe essere quello di una

⁴ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, 1977, 29.

detassazione completa o comunque maggiore di quella (già significativa) prevista per i premi di produttività.

La seconda tecnica regolativa è quella che fonda vincoli in capo al datore di lavoratore e corrispondenti diritti potestativi in capo al lavoratore.

Ebbene, il quadro normativo generale in materia di tempi di lavoro segue, da tempo, una tendenza di segno inverso, che va verso la dilatazione degli orari (si pensi, solo per fare un esempio, alla mancanza di un tetto giornaliero legale alla durata della prestazione) e del tempo di disponibilità del lavoratore (si pensi, per fare un altro esempio, alla erosione del principio di volontarietà del part-time, sempre più lontano dalla sua potenziale vocazione a porsi come strumento di conciliazione)⁵: entrambi gli aspetti producono, inevitabilmente, una contrazione degli spazi esistenziali dedicabili alle funzioni familiari e di cura, evidentemente a svantaggio delle donne, in virtù della diseguale distribuzione di tali funzioni.

Come ha osservato Marina Brollo, «il grande assente nelle misure di conciliazione tra tempi di lavoro e tempi familiari» è rappresentato dalla «flessibilità di orario (e di organizzazione del lavoro) in termini sia quantitativi (riduzione delle ore lavorate) sia qualitativi (variabilità delle fasce di orario o nei tempi di entrata/uscita dal lavoro) nell'interesse del genitore che lavora»⁶.

Non a caso, il nostro Ministero del lavoro (in risposta ad un interpello di qualche anno fa), per provare a favorire le esigenze di conciliazione, ha dovuto scomodare l'infinita pazienza delle clausole di buona fede e correttezza, affermando che «il datore di lavoro, ancorché non presenti progetti di richiesta di contributi per la promozione di azioni volte ad incentivare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, non è esonerato dal dovere di leale collaborazione sotto i profili della buona fede, correttezza e ragionevolezza nello svolgimento del rapporto di lavoro», ed è perciò tenuto a «valutare con la massima attenzione ogni soluzione utile ad agevolare l'assolvimento della funzione genitoriale del dipendente, in particolare attraverso una diversa organizzazione del lavoro o una flessibilizzazione degli orari»⁷.

Allora, posto che l'azione positiva di conciliazione punta a capovolgere la consueta supremazia del tempo di lavoro sul tempo della vita, tale obiettivo può essere realizzato inducendo i tempi della produzione ad adattarsi ai tempi

⁵ Non a caso, il disegno di legge non lo evoca neppure, limitandosi a menzionare il telelavoro.

⁶ M. BROLLO, *op. cit.*, 118.

⁷ «Tale valutazione, evidentemente, andrà effettuata con riferimento al caso concreto, avendo riguardo alla oggettiva e comprovata situazione di difficoltà familiare e alle documentate esigenze di accudienza ed educative della prole» (interpello Min. lav. 31 luglio 2009, n. 68, [Art. 9, D.Lgs. n. 124/2004 – conciliazione dei tempi di vita e di lavoro a sostegno della maternità e diritto a forme di flessibilità dell'orario e dell'organizzazione del lavoro](#)).

della vita attraverso il riconoscimento di diritti potestativi in favore della lavoratrice o del lavoratore.

Nella delega non c'è traccia di tutto questo ed, anzi, si invita il legislatore delegato a tener conto anche della «funzionalità organizzativa all'interno delle imprese», in una non ben precisata opera di revisione dei congedi di maternità e paternità.

In definitiva, la conciliazione vita/lavoro può essere o incentivata (e, allora, occorrono le risorse) oppure imposta (e, allora, occorrono i diritti in capo al lavoratore o alla lavoratrice): mi pare proprio che, sul piano giuridico, *tertium non datur*, fermo restando la possibilità di agire, sul piano della cultura aziendale, attraverso l'attivazione di situazioni comunemente definite *win-win*, volte a generare benefici anche sul fronte dell'impresa (in termini di riduzione dell'assenteismo, aumento della produttività, miglioramento del clima aziendale e riduzione dei conflitti, ecc.).

Né può essere credibile la terza via che si affida ad un meccanismo di tipo solidaristico, pur apprezzabile nello spirito, come quello che prevede, in maniera del tutto vaga, l'eventuale riconoscimento della possibilità di cessione fra lavoratori dipendenti dello stesso datore di lavoro di tutti o parte dei giorni di riposi aggiuntivi spettanti in base al contratto collettivo nazionale in favore del lavoratore genitore di figlio minore che necessita di presenza fisica e cure costanti per le particolari condizioni di salute.

La mutualità fra lavoratori, infatti, è – per definizione – incoercibile e, quindi, non fonda alcuna pretesa in capo al genitore bisognoso di tempo da dedicare a finalità tanto cruciali come l'assistenza al figlio malato. Peraltro, in fase di attuazione della delega, sarà bene individuare meccanismi che possano, in qualche modo, vigilare sulla connotazione realmente oblativa di questa cessione di tempo. V'è da chiedersi, inoltre, se non sia il caso di estendere il meccanismo anche nel caso in cui chi necessita di presenza fisica e di cure costanti non sia il figlio, ma il coniuge (e non aggiungo altro, per non evocare il sofferto tema del riconoscimento delle unioni civili).

Naturalmente, esiste un altro approccio alla conciliazione, che non riguarda il fronte interno all'impresa, ma la dimensione dei tempi della città.

Come è noto, già la l. n. 53/2000 delineava un duplice fronte di intervento: da un lato, il sistema delle imprese e delle pubbliche amministrazioni, al fine di elaborare un modello di contrattazione decentrata che preveda azioni positive per la flessibilità dell'orario e dell'organizzazione del lavoro, dall'altro, il sistema istituzionale locale, al fine di elaborare il piano territoriale degli orari e di sostenere prassi associative e solidaristiche quali le banche dei tempi.

In questa seconda ottica, la conciliazione vita/lavoro entra a pieno titolo tra i segni distintivi di una *polis* – ma direi anzi di una *civitas* – moderna e solidale. Come è stato più volte osservato, il sistema di conciliazione è un ecosistema complesso basato su tre sottosistemi: i singoli individui nelle loro relazioni familiari, i luoghi di lavoro e i servizi offerti sul territorio.

Sotto questo profilo, il gioco non può essere a somma zero: l’affermazione di modelli di *welfare* aziendale non deve servire semplicemente a compensare la riduzione dei servizi di *welfare* pubblico.

All’assenza di politiche nazionali in grado di coordinare i due fronti coinvolti (azienda e territorio), hanno supplito alcuni interventi regionali. Si pensi, in particolare, alla figura – come delineata dal legislatore regionale pugliese – del Patto sociale di genere, quale «negozio istituzionale siglato da parti pubbliche e private» all’esito di un processo concertativo nel quale possano trovare composizione i diversi interessi coinvolti⁸.

Più precisamente, si tratta di accordi tra «province, comuni, organizzazioni sindacali e imprenditoriali, sistema scolastico, aziende sanitarie locali e consultori per azioni a sostegno della maternità e della paternità e per sperimentare formule di organizzazione dell’orario di lavoro nelle pubbliche amministrazioni e nelle imprese private che favoriscano la ri-conciliazione tra vita professionale e vita privata e promuovano un’equa distribuzione del lavoro di cura tra i sessi» (art. 15, l.r. Puglia n. 7/2007). Dunque, non semplicemente una contrattazione collettiva sui tempi di lavoro in un’unica realtà produttiva, bensì un vincolo pattizio territoriale nell’ambito di una politica di conciliazione concertata tra tutti gli *stakeholders*.

Ora tocca al legislatore nazionale provare a mettere a sistema tali esperimenti regolativi, magari fornendo una cornice normativa a questa strategia di conciliazione, per così dire, concertata tra i vari attori in campo.

Insomma, è tempo di lavorare sull’intero eco-sistema, anziché assumere come immutabile la rigidità dei tempi della città (per poi provare ad agire solo sulla flessibilità dell’organizzazione del lavoro), oppure assumere come immutabile la rigidità dei tempi della produzione (per poi provare ad agire solo sulla flessibilità dei servizi pubblici cittadini).

E se Maometto e la montagna, per una volta, si incontrassero a metà strada?

⁸ U. CARABELLI, *Politiche di genere, conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, concertazione e modelli di governance: l’esperienza della Regione Puglia*, in V. BAVARO, U. CARABELLI, G. SFORZA, R. VOZA, *op. cit.*, 203. Sul tema, si veda V. BAVARO, *Tempi sociali e organizzazione del lavoro: i Patti Sociali di Genere*, *ivi*, 219 ss., nonché L. CALAFÀ, *Pari opportunità e patti sociali di genere: esperienze a confronto*, in V. BAVARO (a cura di), *Aeroporto Sui Generis. Il Patto sociale di Genere della Cittadella Aeroportuale di Bari*, Cacucci, 2013, 119 ss., in www.aeroportidipuglia.it.

Relazione del coordinatore della sessione:

Prime note sul *Jobs Act*

di Marina Brollo

1. Contesto e cronaca di una riforma annunciata

Il mio contributo prende le mosse dalle suggestioni emerse dal coordinamento e dalla relazione di sintesi della *sessione 2* della X edizione dei *Seminari di Bertinoro* su *La politica del lavoro del Governo Renzi* (Bologna, 23-24 ottobre 2014). La sessione era dedicata all'analisi del disegno di legge-delega, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri Renzi e dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali Poletti, collegato alla manovra di finanza pubblica, *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*.

Ho poi ritenuto opportuno seguire il cammino *in progress* della normativa sino ad oggi, cioè sino alle modifiche apportate in seconda lettura dalla Camera, in attesa della terza lettura del Senato. Inoltre ho coltivato ulteriori profili di riflessione sulla novella rispetto al Seminario.

I lavori della sessione bolognese, seppur “a caldo” sui contenuti di una novella in cantiere, sono stati agevolati e stimolati dalla diffusione di un tempestivo ed approfondito *e-book*¹ a cura di F. Carinci, con contributi di E. Balletti, L. Calafà, D. Garofalo, F. Lunardon, M. Miscione e F. Santoni, nonché dalla

¹ F. CARINCI (a cura di), [*La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*](#), ADAPT University Press, 2014. Mi limito a segnalare solo questo primo contributo organico sulla legge-delega, con l'avvertenza che i commenti “a caldo” stanno coinvolgendo la maggior parte dei giuslavoristi.

relazione introduttiva al convegno di V. Speciale. Sempre nel citato Seminario, diversi interventi dei *discussants* finali sono stati dedicati al disegno di legge-delega (T. Treu, M. Magnani, R. De Luca Tamajo, D. Gottardi, A. Garilli, A. Maresca, O. Mazzotta, R. Pessi, F. Santoni, P. Tosi).

Oggetto di riflessione sono stati i materiali del cantiere della legge-delega *in itinere*, approvata, in prima lettura, dal Senato, l'8 ottobre 2014 (S 1428), successivamente modificata dalla Camera dei deputati, il 25 novembre 2014 (C 2660), e, in terza lettura (S 1428-B), approvata definitivamente dal Senato il 3 dicembre 2014².

Nel Seminario bolognese si è elaborata un'approfondita analisi del testo approvato, in prima lettura, con un tentativo di guardare dentro e oltre la delega, provando con uno sforzo di fantasia a declinarne in concreto i principi e criteri direttivi in alcuni casi troppo vaghi, in altri troppo specifici. Lo stile e i contenuti della discussione sono stati sì di tipo critico, ma costruttivo, dialogante (seppur con un atteggiamento di prudente attesa) e anche propositivo, mostrando sia le luci sia le ombre del disegno di legge-delega, con utili contributi, coltivando una fantasia ragionevole, in vista della scrittura dei decreti, vero e proprio cuore pulsante della riforma. Ovviamente, nella difficile arte di decifrazione e di narrazione del futuro, i diversi relatori erano condizionati dalle proprie esperienze, competenze e posizioni ideologiche.

In Senato la delega è stata approvata, in prima lettura, con un'unica votazione avente ad oggetto un "maxi-emendamento" sul quale il Governo ha posto la fiducia. Se la velocità sembra essere una cifra del Governo Renzi, la fretta può produrre effetti negativi. Il consenso ottenuto con il voto di fiducia ha implicato, per accelerare i lavori parlamentari e blindare il testo in un unico blocco, un difetto di origine della normativa: l'accorpamento dei precedenti 6 articoli (articolati in 3 distinti capi) in un singolo articolo, divenuto ipertrofico, con contenuti eterogenei riconducibili ad almeno cinque distinte deleghe al Governo, suddiviso in 14 commi (nella versione finale diventati 15).

Questa tecnica legislativa cambia l'unità elementare di misura dell'esegesi dato che l'interprete deve focalizzare la sua analisi non più sul classico articolo, bensì sul comma, peraltro privato della rubrica degli articoli che ne agevolava e indirizzava la lettura. Di più, gli stessi commi risultano eccessivamente allungati per cui diviene necessario inserire al loro interno ulteriori suddivisioni, spesso multiple: ad un primo livello utilizzando le lettere dell'alfabeto (nel comma 4 addirittura con la tecnica del raddoppio delle lettere per racchiudere tutti i principi e criteri direttivi); ad un secondo livello

² Per i lavori del Senato e della Camera si rinvia ai relativi siti dedicati al *Jobs Act*. Si veda anche il sito di Pietro Ichino, www.pietroichino.it.

riutilizzando i numeri cardinali progressivi (nel comma 2 addirittura in due ipotesi), con il risultato di rendere la lettura della normativa molto ingarbugliata e intricata, con il rischio (anche per i “tecnici”) di confondere il numero segnaletico del *sub* comma di secondo livello con quello dello stesso comma. Da qui la critica verso una tecnica legislativa che rende la legge meno comprensibile e quindi meno “amichevole”.

Mi permetto una prima digressione (che riprenderò nelle conclusioni) sul linguaggio e sull’utilizzo delle parole dato che esse cambiano la percezione del mondo (anche del lavoro) e quindi, alla fine, cambiano la sostanza del mondo stesso.

La manovra, subito battezzata all’inglese (c.d. “*Jobs Act*”), è stata presentata come una importante modifica alla regolamentazione del rapporto e del mercato del lavoro, in parte anticipata nel d.l. n. 34/2014 (c.d. decreto Poletti), coordinato con la legge di conversione, l. n. 78/2014 (oggetto di analisi nella Sessione 1 del seminario bolognese)³.

L’uso dell’etichetta “riforma” per la novella *in itinere* vorrebbe rafforzare, in un contesto pluridecennale di disorientamento normativo, l’idea ambiziosa di un provvedimento di ampio respiro, nonché di un punto di svolta rispetto a precedenti equilibri. Si ritiene che la legge-delega faccia riferimento a modifiche aventi contenuti innovativi, anche se in vari punti del testo la riforma (indicata solo nel titolo) viene declassata a mero riordino (comma 1; comma 3; comma 4, lett. *o*; comma 9, lett. *l*) o revisione (comma 2, n. 4, 7 e 8; comma 4, lett. *g*; comma 6, lett. *f* e *i*; comma 7, lett. *e* e *f*; comma 8; comma 9, lett. *g*)⁴, ma l’esperienza purtroppo insegna che i termini usati dal legislatore possono essere imprecisi e a-tecnici.

Di più, si vorrebbe qualificarla come riforma organica “strutturale”, cioè in grado di cambiare le condizioni di lavoro e di non lavoro dei cittadini e delle imprese, anche per scongiurare il sospetto di una normativa di mero annuncio o con risultato modesto; ed ancora, come riforma economico-sociale di interesse nazionale e sovranazionale. La novella, infatti, persegue un duplice obiettivo: sul fronte interno, di fornire una risposta rapida alle esigenze di fiducia in sé stesso a un Paese depresso e in declino; sul fronte esterno, di rafforzare la reputazione dell’Italia quale Paese nuovo che cambia verso all’economia e alla società allentando le rigidità del mercato e del rapporto di lavoro.

Ma si tratta dell’ennesima riforma strutturale, in quanto nell’arco di poco più di un decennio questa sarebbe la terza grande riforma del mercato del lavoro,

³ Si rinvia sul punto alla parte I del presente volume.

⁴ Il riferimento è alla numerazione finale del testo della legge-delega.

dopo quella dedicata a Marco Biagi del 2003 (l. n. 30/2003 e d.lgs. n. 276/2003) e quella recente intitolata alla Ministra Elsa Fornero del 2012 (l. n. 92/2012, ritoccata dal Ministro Giovannini con il d.l. n. 76/2013, convertito dalla l. n. 99/2013); anzi la quarta se consideriamo i pesanti effetti dell'altra riforma, sempre nel nome della Fornero, delle pensioni del 2011 (l. n. 214/2011). Da qui, l'impressione di un legislatore lavorista del XXI secolo che tesse la tela di Penelope, con un frenetico fare e disfare, in attesa del ritorno... della crescita ormai scomparsa da oltre un decennio.

In tale direzione, sembra che la riforma strutturale serva ad una strategia interna di rafforzamento politico-elettorale del Governo in carica e ad una strategia esterna di *marketing* internazionale o sovranazionale, quale "strumento convenzionale" richiesto dalla BCE di Mario Draghi per riottenere il marchio di Paese credibile nel contesto dell'Unione europea.

Così il *Jobs Act* servirebbe, in prima battuta, per obiettivi di breve periodo: una partita di scambio con l'Unione europea (e i suoi guardiani finanziari) in cui i termini di bilanciamento sono dati dal nostro "dare" un aumento delle flessibilità del lavoro (nel prossimo § 2 vedremo con quali strumenti) per "avere" in cambio una maggiore flessibilità nei vincoli finanziari del percorso di risanamento dei conti del nostro Paese imposto dal *fiscal compact* europeo e dal pareggio di bilancio inserito forse troppo precipitosamente nella nostra Costituzione.

In seconda battuta, si vuole una riforma effettiva ed efficace che cambi il verso alle statistiche sull'occupazione: da negative a positive. Qui riaffiora la grande illusione di una legge che crea occupazione (stabile o meno non si comprende); idea, questa, che era assente nel progetto iniziale del *Jobs Act*.

Ricordo che nella stringata *e-news* del neo-Presidente del Consiglio, dell'8 gennaio 2014, la versione originaria del *Jobs Act* – sulla falsariga di quello americano di Obama del 2012 (dove *JOBS* stava per "*Jumpstart Our Business*", cioè "mettiamo in moto le nostre imprese") – prevedeva una terna di misure che privilegiano politiche industriali e fiscali di sviluppo (Parte A – *Il Sistema*, Parte B – *I nuovi posti di lavoro*) allo scopo di spingere la domanda interna, lasciando per ultime, con un ruolo secondario (Parte C – *Le regole*), le modifiche alle regole. Pertanto l'idea iniziale del Governo Renzi era che il lavoro non si crea cambiando le regole, ma con un rilancio di misure robuste e mirate di politiche economiche per stimolare gli investimenti e rafforzare la domanda.

Solo che, nel frattempo, il *refrain* o la retorica della riforma strutturale del mercato del lavoro è diventato, specie nei Paesi dell'Unione europea *in deficit* e in un contesto comparato di riduzione delle protezioni dei lavoratori nel

mercato, la misura *mainstream* delle politiche per aumentare la competitività e l'occupazione.

Così, nell'epica del "fare" in fretta, fare una legge sul mercato del lavoro è diventato il modo più rapido ed efficace anche del Governo Renzi di comunicare la priorità e centralità politica dell'occupazione e della strategia di cambiamento del mondo (del lavoro e quindi anche del resto).

Allo stesso tempo, non può tacersi l'impressione che una nuova legge sul lavoro possa caratterizzare come "di sinistra" l'azione riformista del Governo puntando sulla forza simbolica della correzione di gravi e ingiustificati squilibri sociali. Così la linea politica delle modifiche legislative fissa nuove tutele a favore dei lavoratori più vulnerabili e meno protetti, ma può farlo soltanto nei ristretti margini di manovra concessi dai pesanti obblighi di contenimento della spesa pubblica. Nel tentativo di rendere compatibile l'equità con l'efficienza, matura l'idea che difendere i diritti nel contesto della globalizzazione significa estenderli a chi non li ha (con tensioni verso l'universalità), seppur al prezzo di ridurli a chi ce li ha; con a saldo una riduzione sì delle diseguaglianze, ma al ribasso.

Last but not least, per il Governo Renzi, vincere la partita nazionale sul lavoro potrebbe significare la conquista di un ruolo di protagonista nella coppa europea di costruzione di una grande politica sovranazionale e un rientro importante nei duri campionati mondiali globalizzati.

Insomma, il contesto nazionale e sovranazionale sembra aver anteposto, nell'agenda governativa delle cose da fare in fretta, la riforma legislativa rispetto alla politica industriale. Talmente in fretta che il primo pezzo della novella viene anticipato, come già ricordato, con lo strumento della decretazione d'urgenza (d.l. n. 34/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 78/2014), con seri dubbi circa il suo corretto utilizzo.

Questo anticipo di riforma inevitabilmente condiziona il successivo percorso riformatore: basti riflettere sulla circostanza che l'allentamento dei limiti per i contratti a termine, previsto nella l. n. 78/2014 per aprire occasioni di lavoro, rende difficile coltivare nella delega il "sogno di una cosa" accarezzato da noti colleghi giuristi ed economisti del lavoro: il contratto unico di lavoro.

Le riforme, tuttavia, (se sono davvero) strutturali richiedono tempi piuttosto lunghi: tempo per essere approvate, tempo per essere attuate in concreto e soprattutto tempo per cambiare il contesto in cui operano le imprese. Nell'attesa, è normale che i datori tendano a rinviare le assunzioni o a coprire le emergenze con l'utilizzo di tipologie contrattuali a scadenza.

Per questo va apprezzato che il cronoprogramma del cantiere dei lavori per il completamento del progetto sia più veloce del passato dato che i tempi della

messa in opera sono dimezzati: 6 (anziché 12) mesi dalla legge-delega per l'emanazione dei decreti (commi 1, 3, 5, 7 e 8 dell'art. 1); più eventuali 3 mesi di proroga se il termine per l'espressione dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia scada nei 30 giorni che precedono o seguono la scadenza dei termini prevista dai citati commi (c.d. "tecnica dello scorrimento", criticata dal Comitato per la legislazione della Camera); 12 (anziché 24) mesi dai decreti delegati per tener conto delle «evidenze attuative nel frattempo emerse» per eventuali integrazioni e correzioni (comma 13 dell'art. 1).

Sempre in relazione ai tempi, l'ultima versione (nuovo comma 15 dell'art. 1, aggiunto dalla Camera) cancella la *vacatio* della stessa legge-delega e dei decreti legislativi di attuazione. Lo fa per permettere, in teoria, una partenza accelerata e probabilmente anche per segnare una discontinuità simbolica rispetto ad un recente passato (dei Governi Berlusconi, Monti e Letta) fatto di leggi rimaste sospese (molto al di là della *vacatio*) in un limbo irreali, in attesa dei correlati grappoli di norme esecutive.

Infine va apprezzato il monitoraggio degli effetti degli interventi di attuazione della riforma previsto dal periodo aggiunto, a seguito delle modifiche della Commissione Lavoro della Camera, al comma 13 dell'art. 1, sulla scia delle previsioni dell'art. 1, comma 2, l. n. 92/2012; va apprezzato, anche se non pare che il monitoraggio della Fornero sia stato rilevante nell'ideazione del *Jobs Act*.

Sarebbe un cambiamento davvero significativo se quest'ennesima riforma del mercato del lavoro contenesse misure (al di là del loro segno tecnico e politico) integralmente attuate, nonché veramente efficaci e incisive. A ben vedere, questi profili di funzionamento operativo del complesso sistema del mercato del lavoro, anche se sembrano banali, costituiscono la vera sfida, sempre persa dai grandi progetti riformatori degli ultimi decenni⁵.

2. Mappa delle deleghe *in itinere*

Per sgrovigliare l'intricata matassa delle deleghe, ampie e articolate, nonché riportare le riflessioni emerse nell'ambito del Seminario, farò un resoconto sintetico delle tematiche centrali del disegno di riforma cercando di individuare il senso di marcia sia del legislatore delegante che spesso riprende spunti e nodi irrisolti degli ultimi decenni, sia i possibili percorsi del

⁵ Per una recente ricognizione complessiva sia permesso rinviare a M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012.

legislatore delegato, in modo da abbozzare i punti fondamentali della mappa del nuovo mondo del (diritto del) lavoro.

A. I luoghi incerti

Nella prima parte della sessione sono state esaminate le deleghe più puntuali, o meglio meno vaghe, tentando di tratteggiare la possibile traiettoria delle politiche per il mercato del lavoro nei futuri decreti delegati.

Le deleghe sono state raggruppate dapprima intorno a tre blocchi che solo in parte seguono la sequenza di apparizione nell'ambito dell'articolo unico del ddl S 1428, poi C 2660 e ora S 1428-B: gli ammortizzatori sociali, commi 1 e 2, con interventi di E. Balletti e M. Miscione; i servizi per l'impiego e le politiche attive (commi 3 e 4) e le correlate semplificazioni (commi 5 e 6), con intervento di D. Garofalo; nonché la tutela della maternità e la conciliazione (commi 8 e 9), con interventi di A. De Felice e R. Voza.

La delega sul riordino degli ammortizzatori sociali ruota intorno a due assi portanti che, collocati nel drammatico contesto di una prolungata e crescente fase recessiva, scommettono sulla razionalizzazione del sistema e, per certi versi, sul recupero dello spirito originario del sistema:

- a) l'uno, di razionalizzazione/rimodulazione delle tutele in costanza di rapporto di lavoro per un loro uso più esteso (con spinte universalistiche), ma con forti restrizioni (ad esempio nel comma 2, lett. *a*, n. 1, si esclude la Cig nel «caso di cessazione definitiva di attività aziendale o di un ramo di essa») nell'ipotesi che, in parte, completa e raddrizza la recente legge Fornero, l. n. 92/2012, e, in parte, persegue l'obiettivo fallito della vecchia l. n. 223/1991;
- b) l'altro, di rimodulazione degli strumenti di sostegno in caso di disoccupazione involontaria, con un potenziamento (ma anche una personalizzazione) dell'Aspi, con una sorta di meccanismo *bonus-malus*, tarato in base alla durata del periodo di lavoro e alle carriere retributive, al settore di riferimento e quindi ai relativi rischi.

In entrambi i casi (a e b) risulta rafforzata la logica neo-assicurativa, di tipo contributivo-previdenziale, di corrispettività tra contributi versati e trattamenti attesi, addirittura con la speranza di risparmi di spesa per compensazioni o travasi interni (comma 2, lett. *a*, n. 7) da utilizzare per sostenere l'uso dei contratti di solidarietà difensivi.

In aggiunta, è prevista una seconda rete, corta e leggera, di carattere assistenziale ma per i soli (*ex*) lavoratori subordinati (quindi non è un salario

di cittadinanza) da riconoscere per tutelare le condizioni di debolezza socio-economica, riconosciute in base al nuovo indicatore ISEE.

Le approfondite ed articolate analisi dei colleghi hanno evidenziato varie distorsioni del sistema in un contesto di perdurante recessione: la sua intricata frammentazione ancora alla ricerca di una armonizzazione; l'esistenza di buchi nella trama di protezione; la mina vagante degli ammortizzatori c.d. "in deroga", concessi vuoi a imprese che non avevano pagato i contributi, vuoi per durate così lunghe da alimentare nei lavoratori l'illusione di un posto fisso che non c'era più; deroghe, queste, che sinora hanno costituito, *bon gré mal gré*, la via "storta" verso l'universalizzazione delle tutele.

In aggiunta alle criticità evidenziate dai colleghi segnalo che, allo scadere di un biennio, la triste storia della c.d. piccola mobilità è ancora alla ricerca di un finale certo e dignitoso. La vicenda matura sul finire del 2012, quando la l. n. 228/2012, per un verso, silenziosamente (cioè non prevedendo la proroga che di anno in anno veniva perpetuata), ha cancellato la prassi ventennale di possibile iscrizione nelle liste di mobilità (e relativi incentivi) dei lavoratori licenziati per giustificato motivo oggettivo da aziende di piccole dimensioni (meno di 15 dipendenti), per altro verso, tacendo non ha rifinanziato i benefici contributivi connessi alle assunzioni/proroghe e/o trasformazioni dei rapporti di lavoro riferiti a questi lavoratori. Il silenzio ha lasciato senza copertura anche quei rapporti il cui diritto alla fruizione delle agevolazioni contributive iniziato prima proseguiva oltre il 2012, con conseguente azione di recupero (per ora rinviata, ma non per sempre) dell'Inps, nonostante una risoluzione parlamentare che impegnava il Governo a trovare le risorse necessarie.

La delega sui servizi per il lavoro e per le politiche attive, con ben 23 principi e criteri direttivi, coltivando l'aspirazione ad una ristrutturazione dell'intero sistema per fornire un servizio efficiente per tutti gli utenti, prevede una dinamica di riaccentramento statale della gestione del mercato del lavoro che solleva delicati raccordi con altre istituzioni e complessi profili operativi.

Sul punto la novella deve superare l'ostacolo di un doppio ed impegnativo *test*. Il primo è quello di resistenza costituzionale data dal vaglio delle novità, a partire dall'innovativa Agenzia nazionale per l'occupazione ("partecipata" dalle altre istituzioni, ma non dalle parti sociali) che riaccentra competenze gestionali in materia di servizi per l'impiego, politiche attive e Aspi, rispetto all'art. 117 Cost. Questa verifica svela come il *Jobs Act*, preso atto del fallimento del federalismo, viaggi in coppia con la riforma costituzionale *in itinere* (v. in particolare l'art. 30 dell'A.S. n. 1429-A), solo che pare destinato a partire prima il vagone che dovrebbe viaggiare dietro.

Il secondo *test*, forse ancor più sfidante, è quello di far funzionare finalmente sul serio i servizi per l'impiego ribattezzati "servizi per il lavoro": sotto il nuovo nome si includono le politiche attive, passive e per l'occupazione (con un problematico raccordo con l'Inps) che intervengono sul fronte della domanda e offerta di lavoro. Qui la scommessa di favorire un accoppiamento selettivo nel mercato del lavoro appare cruciale e al tempo stesso letale dato che tale promessa è stata sempre predicata ma mai attuata per i costi vuoti di risorse (anche informatiche) adeguate, vuoti soprattutto di risorse umane formate, competenti e motivate.

La partenza "rallentata" (per usare un eufemismo) del programma *Garanzia Giovani*, promosso e finanziato dall'Unione europea, svela il *mix* di profonda e diffusa crisi dei nostri servizi pubblici per l'impiego e di residua buona volontà di alcune Regioni che tentano, nonostante il *caos* istituzionale, organizzativo e *manageriale*, di fornire un minimo di servizio ai lavoratori.

In larga parte a completamento dei contenuti di tale delega è prevista un'ulteriore delega per la semplificazione e razionalizzazione delle procedure e degli adempimenti di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro (c.d. diritto amministrativo del lavoro), con un catalogo di buone intenzioni a vantaggio (con un linguaggio giuridicamente impreciso, ma politicamente molto indicativo) «di cittadini e imprese» (comma 5 dell'art. 1). Segnalo che la semplificazione, oltre ad un'azione di c.d. *drafting* legislativo, può intaccare anche le tutele e in tale accezione sembra far coppia con l'aumento della flessibilità del lavoro.

Fra le pieghe di questa normativa si segnala anche una delega mascherata di riforma del collocamento dei disabili e una delega tardiva «in materia di igiene e sicurezza sul lavoro», aggiunta all'ultimo minuto dalla Commissione Lavoro del Senato, rimasta del tutto in bianco sotto il profilo dei principi e criteri direttivi.

Questi primi blocchi di deleghe sono intrecciati in vari modi: in particolare, sono collegati dal meccanismo della c.d. condizionalità dei servizi e dei sussidi per il variegato popolo di soggetti in cerca di lavoro che viene rafforzata chiedendo ai lavoratori di cooperare attivamente, ma che richiede una messa a punto sui versanti della implementazione e delle sanzioni; sono in competizione per la ripartizione delle risorse che saranno quantificate nel contesto della c.d. "legge per la stabilità" che accompagna l'approvazione del disegno di legge-delega, non a caso quest'ultimo è ora qualificato come «collegato alla manovra di finanza pubblica» con le relative conseguenze in termini di celerità dell'*iter* di approvazione.

L'ultima delega, relativa alla revisione e aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità di tutte le lavoratrici e a favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di cura, di vita e di lavoro, si occupa delle condizioni per far crescere l'occupazione femminile, e di farlo tenendo presente il contesto familiare di riferimento. A ben vedere, la novella intende sia coltivare un nuovo modello di sviluppo che promuova il lavoro femminile, sia aumentare il tasso di fecondità che sta subendo i pesanti contraccolpi della crisi.

Nella versione modificata dalla Camera affiorano alcune novità: il sostegno risulta esteso dalla genitorialità alle “cure parentali” in una logica di attenzione al benessere della persona che lavora e dei suoi familiari; i servizi sono declinati in una logica integrata territoriale, attenta al «coordinamento con gli enti locali titolari delle funzioni amministrative», cioè con i comuni; è prevista l'introduzione di congedi dedicati alle donne inserite nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere; è prevista una opportuna semplificazione e razionalizzazione degli organismi, delle competenze e dei fondi operanti in materia di parità e di pari opportunità nel lavoro, con il riordino delle procedure connesse alla promozione di azioni positive di competenza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ferme restando le funzioni in materia di parità e di pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Circa la condizione delle donne, i dati, freschi di stampa, del *Global Gender Gap*⁶ confermano che l'Italia si trova nella parte bassa della classifica (in generale, al 69° posto su 142 Paesi), specie per quanto concerne il divario di genere su lavoro e retribuzioni: l'indice della partecipazione socio-economica delle donne crolla al 114° posto. Quindi il campo delle pari opportunità dovrebbe essere un luogo centrale per la ripresa e per una visione diversa di futuro per un Governo (ora quasi) paritario per genere come quello di Renzi.

Ma la manovra dovrà fare i conti con il contesto della crisi e di politiche di austerità per cui sarà cruciale coltivare l'idea dell'eguaglianza di genere come un fattore propulsivo della crescita, anziché come un mero fattore di costo. Sembrano spunti interessanti di politica fiscale quelli sul c.d. *tax credit* (comma 9, lett. c) che potrebbero avere il riflesso di attenuare i disincentivi al secondo reddito nella famiglia (in gran parte, quello femminile). Qualificante appare poi l'estensione graduale dell'indennità di maternità a tutte le lavoratrici, con l'applicazione del principio di c.d. “automaticità” delle prestazioni anche a quelle parasubordinate.

⁶ WORLD ECONOMIC FORUM, [The Global Gender Gap Report 2014](#), 2014.

Insomma nella delega ci sarebbero misure (la revisione dei diritti di maternità e di paternità) per festeggiare in modo adeguato il 2014 come Anno europeo della conciliazione condivisa, molto più assennate rispetto alla proposta di un sussidio monetario alla natalità (il c.d. “bonus bebè” di 80 euro, annunciato nella legge di stabilità) che in base alle esperienze di molti Paesi europei (e di qualche Regione italiana) mostra effetti incerti e in genere poco significativi.

B. I luoghi oscuri

Nella seconda parte della sessione sono state esaminate le deleghe più vaghe, di politiche per il rapporto di lavoro, imperniate su un unico comma, il settimo dell’art. 1, vera e propria selva oscura, che elenca i principi e criteri direttivi con 9 lettere (ora diventate 10) dell’alfabeto, affidate ai commenti di C. Cester, F. Scarpelli, S. Liebman, V. Ferrante e F. Guariello.

Dato che in questa parte del disegno di legge-delega la nebbia appare più fitta, e con essa aumentano le incertezze circa le possibili traduzioni delegate, molti interventi hanno ricordato il possibile ruolo della Corte costituzionale, *ex artt.* 76 e 72, in ordine agli eccessi di delega dei futuri decreti legislativi, nonché il delicato gioco di interdipendenze con altre novelle in cantiere (da quella costituzionale alla legge di stabilità). Ma sul punto risalta la tradizionale prudenza della giurisprudenza costituzionale che, pur avendo affrontato il tema in varie occasioni, negli ultimi decenni ha ritenuto di dichiarare l’illegittimità costituzionale di una legge-delega in un solo caso: nella sentenza della Corte costituzionale n. 280 del 2004, peraltro per una legge (l. n. 131/2003, c.d. “La Loggia”) in cui i profili inerenti all’indeterminatezza dell’oggetto si confondono con quelli relativi alla mancata definizione di adeguati principi e criteri direttivi.

Come in passato, nella rappresentazione mediatica, la sineddoche della riforma è data dalla novella della norma statutaria. A dispetto di ciò, durante il convegno si è parlato poco del tema “caldo” delle modifiche all’art. 18 Stat. lav., cioè alla norma-chiave che regola il luogo della massima libertà o paura, a seconda dei punti di vista, in cui si è giocata una delicata partita di scontro politico, anche (o principalmente) all’interno dello stesso partito di maggioranza governativa, e di scontro del partito del premier-segretario (o della sua maggioranza) con i sindacati, spezzando i brandelli della vecchia cinghia di trasmissione (anche in quanto i sindacati mostrano una sovrarappresentazione delle classi anziane, dei dipendenti pubblici, perdendo

una parte consistente delle categorie tradizionali, *in primis* operai e nuovi ceti popolari).

Se ne è parlato poco in quanto sullo snodo cruciale dei licenziamenti (individuali e collettivi?) e dell'art. 18 Stat. lav. regna sovrana la confusione dato che il testo (allora a disposizione) della legge-delega *in itinere* appariva a dir poco criptico circa il possibile contenuto della disciplina delegata.

La successiva modifica ad opera della Camera ha aggiunto delle precisazioni sul punto nel contesto della lett. c del comma 7 dell'art. 1, chiarendo che la nuova disciplina delle tutele contro i licenziamenti illegittimi va collocata nell'ambito del contratto a tutele crescenti e quindi si applica limitatamente alle nuove assunzioni a tempo indeterminato, ma aprendo altri dubbi: *in primis* circa la lista delle «specifiche fattispecie» di licenziamenti disciplinari illegittimi soggetti alla tutela forte (con il dilemma circa un possibile ritorno al passato dato da una facoltà in capo al datore di scelta del tipo di sanzione: reintegra o indennizzo); l'entità dell'indennizzo monetario crescente in relazione all'anzianità (alla partenza: inferiore o allineato al risarcimento previsto per i datori minori? E all'arrivo: superiore o allineato ai 24 mesi della riforma Fornero?).

Se l'art. 18 Stat. lav., novellato solo due anni fa con vistose incertezze applicative, è rimasto sullo sfondo, ci si è sforzati di immaginare il possibile contenuto del misterioso «testo organico semplificato» che dovrebbe costituire l'oggetto di uno specifico decreto legislativo avente per materia le «discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti» di accesso al lavoro (comma 7, art. 1).

Non c'è dubbio, la codificazione del diritto (e il correlato riordino normativo) rappresenta un rimedio buono per tutte le stagioni e quindi anche una possibile riposta all'esigenza di semplificazione normativa. Ma si sa che il termine codificazione, peraltro non usato esplicitamente dal disegno di legge-delega, può essere declinato con tanti modi diversi di intervenire sul tessuto normativo.

La prima impressione è quella di un mero rammendo che sfronda (poco?) e riordina (tanto?), previa ricognizione e semplificazione dell'esistente. In base al diritto dell'Unione europea, *non* dovrebbero essere cancellati il contratto di lavoro a termine (appena novellato dallo stesso Governo Renzi), il contratto di apprendistato (appena rivisto, come sopra), il contratto di somministrazione (appena rivisto, come sopra) e il contratto di lavoro a tempo parziale (non ritoccato, ma in forte crescita). In base al buon senso poi *non* dovrebbero essere abrogati, in quanto menzionati tra le pieghe dello schema di delega, i contratti di collaborazione coordinata e continuativa (ma poi la versione post

Camera ha aggiunto un ambiguo «fino al loro superamento» che confermerebbe le anticipazioni alla stampa di una loro rivisitazione, seppur non è ancora chiaro se riferita alle sole collaborazioni a progetto), il lavoro accessorio (anzi si coltiva la tendenza ad una sua proliferazione), il telelavoro (e forse anche il lavoro ripartito, menzionato nel coevo disegno di legge-delega sul lavoro pubblico); il meno resistente, alla luce dei nuovi principi e criteri direttivi del lavoro accessorio (art. 1, comma 7, nuova lett. *h*), appare il lavoro intermittente (peraltro già abrogato e velocemente resuscitato nel 2007-2008)⁷, oltre ai cennati ripensamenti sulle collaborazioni.

Ad ogni modo, la direzione di marcia verso lo sfoltimento delle forme contrattuali esistenti si pone in controtendenza con una contraria politica legislativa trentennale di loro moltiplicazione, volta ad incasellare l'autonomia privata per aumentare le opportunità di impiego regolare dei lavoratori, specie nelle zone grigie tra subordinazione pura e autonomia pura.

Alla luce della trama complessiva della delega, la probabilità di una riscrittura dell'intero libro V del codice civile sul modello di P. Ichino e M. Tiraboschi⁸ appare minore rispetto a quella di una sorta di testo unico o di codice dei contratti di lavoro (solo a disciplina speciale? anche non subordinati?), con vari dubbi sul tipo e sulle dimensioni della semplificazione (nelle tipologie contrattuali? negli adempimenti amministrativi? nelle tutele?).

Molto dipenderà dai contenuti che si vorranno dare alla concatenazione di tre parole, “a tutele crescenti”, correlate all'anzianità di servizio e attribuite al novello contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per le nuove assunzioni (da alcuni già battezzato con l'acronimo C.a.tu.c.) che dovrebbe riempire il primo decreto delegato pronto al varo per l'avvio nel 2015. La scommessa è quella di cambiare la percezione degli imprenditori del contratto di lavoro a tempo indeterminato (reso meno stabile) sì da preferirlo rispetto agli altri contratti a scadenza (da sempre più attrattivi perché alleggeriti delle complicazioni dei licenziamenti).

Molto dipenderà inoltre dall'inevitabile concorrenza o “effetto cannibalismo” fra il nuovissimo contratto di lavoro stabile a tutele crescenti, il nuovo contratto di lavoro a termine acausale, cioè precario, “a tutele decrescenti” (nella versione introdotta dalla l. n. 78/2014) – dove il verso del cambiamento gioca principalmente nella materia del licenziamento – nonché il pluri-revisionato contratto di apprendistato.

⁷ Sulla vicenda, per una recente ricostruzione, mi permetto di segnalare M. BROLLO, *Part time e lavoro intermittente alla prova dei numeri*, in corso di pubblicazione in *ADL*, 2014, n. 6.

⁸ Cfr. [Codice semplificato del lavoro, versione del 14 marzo 2014](#), in [Boll. Spec. ADAPT, 17 marzo 2014, n. 11](#).

Così molto dipenderà dal peso, forza e preminenza degli incentivi economici rispetto a quelli normativi, cioè dai contenuti prossimi venturi della c.d. legge di stabilità che entrerà in pista appena varato il *Jobs Act*. È inevitabile che il gioco delle preferenze e convenienze datoriali circa i contratti di lavoro sarà condizionato dai contenuti della legge di stabilità. È lì che il legislatore potrebbe fornire una sorta di “spinta gentile”, anche *una tantum* (stando alle anticipazioni della legge di stabilità di riduzione contributiva e di riduzione dell’Irap), per invogliare i datori del settore privato a creare occupazione stabile.

In ogni caso, la direzione del legislatore non pare quella vagheggiata nel dibattito italiano intorno al “sogno di una cosa” del c.d. “contratto unico”, che ricondurrebbe tutte le forme contrattuali flessibili ad un *singolo* schema regolativo. In tale direzione non si pone certamente l’obiettivo della delega, volta a «promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di rapporto di lavoro» (nuova lett. *b* del comma 7, art. 1, che sostituisce alla forma l’aggettivo “comune” al posto di “privilegiata”).

Peraltro, permanendo rapporti con condizioni di occupazione flessibile, resta cruciale l’esigenza di un ripensamento del sistema di *welfare* che accompagni la persona (e non i diversi rapporti) nel mercato del lavoro sì da garantire una sicurezza a tutto tondo ai lavoratori.

Anche le novelle del comma 7 che parrebbero essere più mirate e facilmente decifrabili, come la “revisione della disciplina” delle mansioni (nuova lett. *e*) e dei controlli a distanza (nuova lett. *f*), conservano una dose di vaghezza che pare eccessiva.

L’invito a togliere “la ruggine” agli altri pilastri del garantismo (e della rigidità) della nostra “età dell’oro”, (oltre all’art. 18) gli artt. 4 e 13 Stat. lav., per rafforzare i poteri del datore di lavoro sul fronte della flessibilità c.d. interna o gestionale viene da molto lontano e da vicino⁹. Inoltre tale invito diviene più pressante per il molteplice effetto di vari fattori: la crisi che, per le mansioni, allarga le ipotesi di dequalificazione quale “male minore”; le innovazioni tecnologiche (e “digitali”, seppur non menzionate dal legislatore) che permettono sistemi di controllo automatizzati, immateriali e invisibili; le

⁹ Ricordo, in particolare, la sollecitazione lontana del CNEL, [Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro](#), Assemblea 4 giugno 1985, con *Relazione* di L. MENGONI, in *RIDL*, 1985, I, 443, e quella vicina dell’art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011, ormai diventato un vero e proprio “convitato di pietra” di ogni discorso lavoristico (sul punto rinvio ai puntuali commenti in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa).

innovazioni normative che hanno coltivato e ricalcato i profili della riservatezza e dell'anticorruzione. Il tutto sollecita la revisione del punto di corretto temperamento dei diritti fondamentali dei lavoratori con il potere di innovazione organizzativa e informatica dell'imprenditore alla ricerca di un nuovo bilanciamento "sostenibile" nel mutato contesto socio-economico.

Ma il contenuto della novella è indicato con una formulazione neutra o, almeno, ambigua, tutta giocata sull' "ovvio" temperamento dei beni in gioco, mantenendo oscuro sia il senso di marcia, sia il nuovo punto di bilanciamento e proporzionalità prefigurato dal legislatore delegante. Neppure l'aggiunta, ad opera della Commissione Lavoro della Camera, della puntualizzazione in ordine alla revisione dei controlli a distanza con riguardo alla (sola) disciplina «sugli impianti e sugli strumenti di lavoro» (e non sulle persone dei lavoratori) cambia, nei fatti, i dubbi sulla sostanza delle cose data l'inscindibilità del controllo sugli impianti e sulle persone e la conseguente oggettiva difficoltà di una separazione.

Forse indicazioni più certe per anticipare i possibili contenuti di attuazione della delega possono derivare dall'attenta analisi della giurisprudenza di frontiera, ampia e in divenire, rispettivamente sul giustificato motivo oggettivo di demansionamento e sui controlli del datore c.d. difensivi del datore a tutela dell'azienda condotti senza "nulla osta" o accordo sindacale preventivi.

Infine va rilevato che, per i nuovi assunti a tempo indeterminato, le nuove regole di gestione flessibile della forza lavoro andranno calate in un contesto in cui tramonta la tutela reale contro l'uso illegittimo del licenziamento, riecheggiando un ritorno al noto passato *ante* Statuto dei lavoratori.

Anche la novità di un «compenso orario minimo» legale (nuova lett. g) per lavoratori subordinati e collaboratori coordinati e continuativi, che potrebbe costituire una utile occasione di sperimentazione, appare declinato in modo a dir poco approssimativo, specie in relazione ai settori di operatività del salario minimo («solo nei settori non regolati dai contratti collettivi firmati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale»).

3. Il diritto del lavoro "cambia verso"?

Se il mondo del lavoro, la sua organizzazione e il suo mercato si stanno trasformando sotto le turbolente spinte della globalizzazione, del progresso tecnologico e della rivoluzione digitale, della perdurante crisi, nonché dell'andamento demografico, anche il diritto del lavoro (e la sua scienza) non

può non portarne i segni, compresi quelli di riforme troppo a lungo rinviate e ostacolate.

Se così è, il *Jobs Act*, seppur confusamente, si sintonizza sulla voglia di cambiamento del Paese alla ricerca dello sviluppo perduto, resta da capire quale sia la direzione di marcia impressa da questo Governo co-legislatore. Per linee essenziali e in termini problematici, ci si chiede in quali ambiti il diritto del lavoro, con la politica del Governo Renzi, cambia verso?

Per abbozzare una prima risposta voglio fare alcune riflessioni, riallacciandomi ad alcuni fili già usciti dalla matassa, in riferimento ad alcune coppie dialettiche: lavoro privato/lavoro pubblico, ordinamento nazionale/ordinamento sovranazionale, centro/periferia.

Per ora il diritto del lavoro non cambia verso per quanto concerne l'ambiguità circa l'applicabilità o meno del *Jobs Act* (e della l. n. 78/2014) anche al lavoro nel pubblico impiego c.d. privatizzato. Sul punto il *caos* regna come prima, anzi con maggiori tensioni e tentazioni di ritorno alla separazione tra lavoro privato e pubblico.

Invero il ddl S 1428-B dovrebbe viaggiare assieme al coevo ddl S 1577 di *Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche* (anticipato anche qui per i contenuti più urgenti, da un d.l. n. 90/2014, convertito dalla l. n. 114/2014)¹⁰, ma il manovratore non lo sa. Ad esempio, la lett. *h* (ora diventata *i*) del comma 9 dell'art. 1 del *Jobs Act* prevede una disciplina sugli strumenti della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro “a scavalco”, da estendere anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, senza tener conto che l'altra delega (S. 1577) disciplina la stessa materia ma con uno scopo ben diverso, di innovazione delle pubbliche amministrazioni.

Segnalo che in molte materie delegate dal *Jobs Act* è coinvolto anche il Ministro per la pubblica amministrazione, quindi nei decreti legislativi potrebbero esserci norme precise anche per il pubblico impiego oppure la Madia potrebbe essere coinvolta solo nella sua veste di Ministra per la semplificazione. In ogni caso, tale ambito manca nella parte della delega sulla semplificazione dei contratti (comma 7), confermando l'impressione che le esigenze occupazionali di base tra lavoro privato e pubblico siano del tutto differenti.

Quale emblema delle ambiguità e distorsioni, segnalo che dopo il *Jobs Act* potremmo trovarci con una versione addirittura tripla dell'art. 18 Stat. lav., con relative differenziazioni di trattamento contro il licenziamento illegittimo: *originaria* (versione 1970) per i pubblici impiegati privatizzati, *nuova*

¹⁰ Sul punto si veda la parte III del presente volume.

(versione 2012) per i lavoratori già occupati e per le nuove assunzioni non a tempo indeterminato, *nuovissima* (versione 2014) per le nuove assunzioni a tempo indeterminato (e forse solo del settore privato?). Sicché per superare un dualismo del mercato del lavoro, si crea l'anomalia di un art. 18 quale novello cerbero a tre teste.

Rilevo che, nel complesso del *Jobs Act*, stona la debolissima rilevanza alla dimensione sovranazionale: solo un rapido e generico cenno nel comma 7 dell'art. 1 («coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali»); stona in un testo che parla *in primis* all'Europa, ma probabilmente il Governo Renzi lo fa avendo in mente le criticità e le complicazioni del sistema lavoristico italiano. O forse l'obiettivo è molto più ambizioso: riformare il mercato del lavoro italiano per acquisire la patente di credibilità per combattere la grande battaglia di un cambiamento delle politiche e dello stesso contesto europeo e globale in cui operano le imprese (v. *supra*).

La scommessa di restituire alla politica la “riconquista” di una visione di futuro ricca di potenzialità (svincolata dalle nostalgie del nostro “piccolo mondo antico”) se ed in quanto dotata di reali capacità di azione richiede, secondo una linea di “buon governo”, azioni rapide (v. *supra*), flessibili e autonome, nel senso di caratterizzate da un riequilibrio tra responsabilità e poteri effettivi, con un ruolo forte e qualificato di uno Stato innovatore¹¹.

Da qui la linea di cambiamento più evidente data dalla frattura che si è creata sul fronte del rapporto tra il centro e la periferia, con una diffidenza dei vertici nei confronti dei corpi sociali intermedi sia *sociali* (sindacati e organizzazioni datoriali) sia *istituzionali* (regioni e province) che potrebbe essere interpretata anche come esigenza di semplificazione e di rapporto diretto tra politica e popolo (da qui il menzionato riferimento a «cittadini e imprese»).

Per quanto riguarda la diffidenza nei confronti di Regioni e Province rinvio cennati *test* e ai puntuali commenti alla delega in materia di servizi per il lavoro, mentre voglio intervenire con alcuni rilievi sul rapporto con le parti sociali.

In questa fase di passaggio verso un nuovo significato di “democrazia maggioritaria” e di trasformazioni economico-tecnologiche non è più tempo né di concertazione con i tradizionali gruppi di interessi organizzati (sindacati e organizzazioni datoriali), né di contrapposizioni di “classe sociale” nel senso tradizionale di riferimento, neppure sui temi tradizionali del diritto delle relazioni industriali.

¹¹ D'obbligo il rinvio al saggio di M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore. Sfatate il mito del pubblico contro il privato*, Laterza, 2013.

Sul punto l'impressione è che il dogma della “*semplificazione*” (citato ben 12 volte nel testo della legge-delega) includa, anche per ragioni di mercato elettorale, una strategia di scrematura dei corpi intermedi (c.d. “dis-intermediazione”) quali gli attori sociali ed in particolare i sindacati, per parlare direttamente ai lavoratori, anche nella loro veste di (auspicati) consumatori (come confermano le manovre finanziarie sul bonus di 80 euro e sull'anticipo del trattamento di fine rapporto).

Questo compito pare facilitato (in termini di consenso politico) dai noti difetti di rappresentanza (frammentata, rissosa e costosa) e di inadeguatezza degli strumenti di azione accumulati nel corso degli ultimi decenni dalle organizzazioni sindacali, nonché dall'affievolimento della loro capacità di mitigare le pulsioni sociali, consentendo se non una “pace sociale” almeno una dialettica ordinata e rispettosa di alcuni valori. Da qui l'allentamento di una leva importante per l'efficacia e la governance delle riforme, quella del consenso che in passato era garantito dalla prassi della concertazione sociale.

Spulciando fra le righe del disegno di legge-delega si individuano soltanto quattro riferimenti espliciti al ruolo delle parti sociali:

- nel comma 2, lett. *a*, n. 3, l'utilizzo della riduzione dell'orario di lavoro in via prioritaria rispetto alla cassa integrazione guadagni è affidata a non meglio precisate “possibilità contrattuali” (anche individuali? per esempio trasformazione dal full-time al part-time) che paiono aggiungersi ad un rilancio dei contratti di solidarietà, anche di tipo espansivo (n. 8 dello stesso comma), forse rivedendo il loro *appeal* che ora è dato dall'assenza di un massimale all'indennità;
- nella lett. *d* del comma 4, per la definizione delle linee di indirizzo generali dell'azione dell'Agenzia nazionale per l'occupazione, si contempla un coinvolgimento generico «delle parti sociali» che potrebbero includere pure associazioni di natura non sindacale (per esempio quelle degli invalidi) coinvolte nelle questioni del collocamento; mentre le parti sociali non “partecipano” all'Agenzia *ex* lett. *c* dello stesso comma;
- nella lett. *d* (ora *e*) del comma 7, gli accordi con le organizzazioni sindacali «comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria» sono richiamati soltanto per individuare – con la «contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello» – eventuali «ulteriori ipotesi» di variazione delle mansioni;
- nella lett. *f* (ora *g*) del comma 7, sull'introduzione del «compenso orario minimo», è prevista una «consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Finita l'epoca della concertazione sociale, può forse per il sindacato ripartire una nuova era dell'azione. Pare proprio che i sindacati, esclusi dal tavolo nazionale dello scambio politico, vengano spinti a riportare il baricentro della loro azione sindacale nella periferia dei luoghi di lavoro, con possibili ricadute verso il basso anche dei livelli di contrattazione collettiva in un'ottica di prossimità dell'attività di negoziazione, con il permanente dubbio di quale sia l'interlocutore sindacale. E qui risalta il grande assente della riforma *in itinere* (anche tenendo conto del documento iniziale di *Jobs Act*): la revisione dell'art. 19 Stat. lav. Ma l'attuale clima di contrapposizione tra Governo e sindacati rende difficile immaginare una regolazione per via legale (ad imitazione della felice gestazione della l. n. 146/1990) delle regole sulla rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro.

Inoltre appare significativa la circostanza che il *Jobs Act* non riapra la delega, ormai scaduta, della riforma Fornero (art. 4, comma 62, l. n. 92/2012)¹² sulla partecipazione dei lavoratori nell'impresa che avrebbe potuto consentire ai lavoratori nuove forme e modi di far sentire la propria voce per affrontare le sfide nei contesti di un mondo del lavoro in rapida e imprevedibile trasformazione.

Anche sul versante imprenditoriale, la politica del Governo Renzi sembra voler parlare direttamente con gli imprenditori e le imprenditrici, in sintonia con le indicazioni della Commissione europea nel *Piano di azione Imprenditorialità 2020* che indica nell'imprenditorialità una delle vie prioritarie per ridurre la disoccupazione e uscire dalla crisi¹³.

Qui affiora un'altra traiettoria di cambiamento della politica del lavoro del Governo Renzi data dalla maggiore attenzione del legislatore nei confronti delle esigenze duttili e indeterminate dell'organizzazione aziendale post-fordista e di una realtà produttiva sempre più plurale che mescola strutture con caratteristiche vecchie e nuove.

Gli studi di organizzazione aziendale segnalano che il mondo dell'imprenditorialità è attraversato da trasformazioni epocali, con inevitabili ricadute sulla condizione e forse sul ruolo degli stessi lavoratori. Su versante delle imprese, negli ultimi anni, stanno emergendo quantomeno tre tipi di

¹² Tuttavia l'eredità di quella norma è stata raccolta da un disegno di legge *bipartisan*, il [ddl n. 1051/2013](#) presentato al Senato, in [www.pietroichino.it](#).

¹³ Cfr. il [Piano d'azione imprenditorialità 2020. Rilanciare lo spirito imprenditoriale in Europa](#), 9 gennaio 2013, COM(2012)795 final, che intende favorire la formazione imprenditoriale, l'ambiente favorevole alla imprenditorialità e la cultura dell'imprenditorialità.

innovatori: le c.d. “*start-up*”, i c.d. *makers* e gli artigiani digitali¹⁴. Qui basti segnalare che l’elemento comune del fenomeno è dato da una nuova centralità dell’uomo/produttore/consumatore che nella gestione delle risorse umane viaggia quindi nella direzione di una maggiore ‘proattività’ richiesta al lavoratore, incoraggiato a suggerire idee, sperimentare, addirittura farsi imprenditore. Nel gergo aziendalistico, si parla spesso di *intra-preneur*, ossia di un soggetto che diventa imprenditore in un’azienda strutturata e non sua, avviando progetti, assumendosi rischi, ma trovando il modo di valorizzare il suo stesso talento.

Se così è, la sfida è quella di tenere assieme, al massimo possibile, le ragioni della competitività e quelle dei diritti; ed è una sfida con la quale il Governo Renzi vorrebbe misurarsi, anche se impressiona la circostanza che la leva chiave della produttività sia menzionata solo di striscio nel contesto dell’impiego dei relativi premi nell’ambito delle misure di conciliazione tra lavoro e cura familiare (lett. *d* del comma 9).

A conti fatti, l’aumento della flessibilità strutturale delle imprese è perseguita anche con la tecnica della semplificazione perseguendo una agevolazione delle condizioni d’uso dei poteri datoriali di amministrazione dei rapporti di lavoro, ma si sa anche le regole semplici possono risultare piuttosto complicate da realizzare.

Tra le pieghe del *Jobs Act* pare affiorare una forma di risposta che vorrebbe essere positiva (e non solo difensiva) rispetto al contesto di recessione produttiva e ai vincoli finanziari che mettono la politica di fronte a dilemmi e a scelte tragiche, nonché alle criticità del cambiamento del mondo reale che nega ogni stabilità, alla turbolenza dei processi di globalizzazione, del progresso tecnologico e della rivoluzione digitale che, nel contesto della crisi, rendono il mercato del lavoro sempre più complesso, difficile e imprevedibile. Tale risposta prende le forme di una manovra a tenaglia che riconduce alla nota formula comunitaria di c.d. *flexi-security*: per un verso, il ridimensionamento dei diritti conquistati nel rapporto di lavoro, con la solita tecnica delle flessibilità in entrata e in uscita, nonché la novità della flessibilità gestionale; per l’altro, la riduzione delle condizioni di disegualianza, dello scarto di sicurezza con tensioni verso la universalità del sistema di garanzie nel mercato del lavoro, con le politiche attive e passive del lavoro.

¹⁴ Sul punto consiglio la lettura di R. LUNA, *Cambiamo tutto! La rivoluzione degli innovatori*, Laterza, 2013; C. ANDERSON, *Makers. Il ritorno dei produttori. Per una nuova rivoluzione industriale*, Rizzoli, 2013; S. MICELLI, *Futuro artigiano. L’innovazione nelle mani degli italiani*, Marsilio, 2011; R. WUNDERER, *Employees as “co-intrapreneurs” – a transformation concept*, in *Leadership & Organization Development Journal*, 2001, vol. 22, n. 5, 193.

Il tutto, in una fase di *austerity*, con il solito tragico dilemma delle risorse necessarie a costruire una rete solida e larga di tutele nel mercato del lavoro, per cui la tenuta effettiva della scommessa del *Jobs Act* è in larga parte rinviata alla partita che si giocherà con l'approvazione della legge di stabilità che dovrebbe stanziare le risorse finanziarie occorrenti.

La maggior parte dei pilastri dell'impianto del *Jobs Act*, infatti, richiede risorse economiche, come riconosce lo stesso legislatore collegando espressamente la delega «alla manovra di finanza pubblica». Con qualche misura di autofinanziamento data dalla c.d. «clausola di invarianza finanziaria» con il richiamo a ipotesi di compensazione tra effetti di risparmio e voci di maggior spesa, cioè a equivalenze finanziarie interne al sistema (che andrebbero valutate sotto il profilo dell'allineamento temporale, dato che in prima battuta anche risparmiare costa!), nonché a una «diversa allocazione delle ordinarie risorse umane, finanziarie e strumentali, allo stato in dotazione» (comma 12).

A conti fatti, il cuore della manovra, seppur con qualche intermittenza, sembra voler ridurre la linea di divisione, di squilibrio e di diseguaglianza di protezione tra gli stessi lavoratori subordinati e tra questi e i non subordinati, tra inclusi nel sistema di protezione e esclusi da esso, tra lavoratori privilegiati e figure (in crescita) escluse dalle garanzie conquistate nell'età dell'oro degli anni '70, tra chi gode dei diritti del passato e chi ne rimane escluso favorendo processi di emarginazione e accumulo di tensioni sociali e politiche. Linea di separazione, questa, che statistiche alla mano attraversa anche le generazioni e i generi (da qui la riflessione finale del § 4).

La prima impressione è che la politica del Governo Renzi nell'immaginare un futuro diverso persegua una sorta di *spalmatura* in orizzontale dei diritti con strati sì allargati, ma resi più sottili: vuole riempire i *vuoti* di tutele ingiustificati ed ingiustificabili, ma per farlo nel contesto del mondo reale opera riducendo i *pieni*, con il tragico dilemma di rendere compatibili diritti nuovi e vecchi con le risorse che un Paese produce e con la sua posizione all'interno del mondo globalizzato¹⁵.

4. La scelta delle parole per dirlo

Se così è, per chiudere vorrei avanzare una proposta operativa per coltivare e rappresentare l'esigenza di «cambiare verso» all'intera società, con

¹⁵ Su questi temi spunti interessanti nell'agile volume di F. CASSANO, *Senza il vento della storia. La sinistra nell'era del cambiamento*, Laterza, 2014.

un'operazione culturale, l'uso della lingua di genere, che ha alcuni pregi: è una riforma strutturale a costo zero; è un cambiamento che in apparenza complica la forma delle regole, ma di fatto cambia la sostanza delle cose, arricchisce la flessibilità semantica della lingua ed è semplice da realizzare.

Stando alle analisi sociologiche e linguistiche, il linguaggio, specie quello giuridico con i suoi valori e disvalori, è un possente strumento di potere. Pertanto, e la storia della nostra avvocatura lo conferma, la lingua «è anche uno strumento di attribuzione o di negazione di diritti»¹⁶. Quindi la visione di un mondo (anche del lavoro) in trasformazione e la sua percezione dipende pure dalla scelta delle parole per dirlo.

Da qui l'importanza che il linguaggio giuridico – che è specialistico e piuttosto complesso – sia non solo tecnicamente chiaro (per evitare ambiguità), adeguatamente generale (per adattarsi al cambiamento), sufficientemente preciso (per non alimentare eccessive incertezze), comprensibile (scontando la possibile asimmetria del lettore non specialista), ma anche specchio del nostro tempo. E il nostro tempo, che è di crisi e di cambiamento, potrebbe mostrare l'emersione di un nuovo paradigma come tempo delle donne¹⁷, come pare segnalare l'accresciuto ruolo nella politica italiana.

Imitando consolidate esperienze straniere, dei Paesi sia anglofoni sia tedescofoni, sulla via del cambiamento della realtà sociale, il nostro linguaggio giuridico dovrebbe incrociare la lingua di genere. Per costruire una visione non “andro-centrica” del mondo del lavoro, i testi giuridici devono imparare a parlare a entrambi i generi.

Per rendere visibile la presenza femminile nei vari aspetti della vita quotidiana basta applicare ai testi giuridici le regole classiche della grammatica italiana¹⁸, a partire dai testi normativi. Non sarebbe esagerato pretendere dal legislatore

¹⁶ Così G. ALPA, *Prefazione* a S. CAVAGNOLI, *Linguaggio giuridico e lingua di genere: una simbiosi possibile*, Edizioni dell'Orso, 2013, XI. Sul ruolo fondamentale delle parole nel diritto rinvio, per tutti, a due agili manuali: P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, 2003; F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Giuffrè, 2007.

¹⁷ Cfr. A. TOURAINE, *Il mondo è delle donne*, Il Saggiatore, 2009.

¹⁸ In base ai lavori di A. SABATINI v. le *Raccomandazioni per uno uso non sessista della lingua*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1986 e *Il sessismo nella lingua italiana*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Commissione nazionale per la parità e le pari opportunità tra uomo e donna, 1987. Cfr., da ultimo, oltre a S. CAVAGNOLI, *op. cit.*, F. FUSCO, *La lingua e il femminile nella lessicografia italiana. Tra stereotipi e (in)visibilità*, Edizioni dell'Orso, 2012; C. ROBUSTELLI, *Pari trattamento linguistico di uomo e donna, coerenza terminologica e linguaggio giuridico*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura della legge*, Camera dei Deputati, 2012, 181. Più in generale sul linguaggio giuridico si veda, per tutti, B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Einaudi, 2001.

(specie ora che è aumentata la presenza femminile nel Parlamento e nel Governo del nostro Paese), per far capire la profondità del cambiamento in atto, lo sforzo (minimale) di un superamento del tradizionale linguaggio maschile inclusivo (o non marcato) a favore di un corretto utilizzo della lingua di genere al fine di confezionare norme formalmente non discriminatorie sul piano linguistico e più aderenti alla nuova realtà sociale e alla sensibilità collettiva.

Il problema del linguaggio giuridico di genere, a prima vista, può apparire solo formale, ma ha una rilevanza sociale che ridonda nel sostanziale laddove l'uso di una terminologia costantemente ed indifferentemente declinata al "maschile neutro" tende ad oscurare e a negare il valore e il ruolo della figura femminile nell'ambito professionale e lavorativo. Per una verifica empirica delle difficoltà dell'operazione di *drafting* normativo ho chiesto alla collega e linguista Fusco, di declinare il testo della legge-delega tenendo conto del rispetto e della parità dei generi¹⁹. Si scoprono così alcune consuetudini

¹⁹ A titolo esemplificativo, allego le correzioni suggerite per i commi 8 e 9 dell'art. 1 del ddl S 1428-B che si occupano di una materia tipicamente declinata in un contesto di genere: «la tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro».

«8. Allo scopo di garantire adeguato sostegno alle cure parentali, attraverso misure volte a tutelare la maternità delle lavoratrici e favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro per la generalità dei lavoratori **e delle lavoratrici**, il Governo è delegato ad adottare, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto, per i profili di rispettiva competenza, con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e l'aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità e le forme di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

9. Nell'esercizio della delega di cui al comma 8 il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

- a) ricognizione delle categorie di lavoratrici beneficiarie dell'indennità di maternità, nella prospettiva di estendere, eventualmente anche in modo graduale, tale prestazione a tutte le categorie di **donne** lavoratrici;
- b) garanzia, per le lavoratrici madri parasubordinate, del diritto alla prestazione assistenziale anche in caso di mancato versamento dei contributi da parte del **datore/datrice** di lavoro;
- c) introduzione del *tax credit*, quale incentivo al lavoro femminile, per le **donne** lavoratrici, anche autonome, con figli minori o disabili non autosufficienti e che si trovino al di sotto di una determinata soglia di reddito individuale complessivo, e armonizzazione del regime delle detrazioni per il coniuge a carico;
- d) incentivazione di accordi collettivi volti a favorire la flessibilità dell'orario lavorativo e dell'impiego di premi di produttività, al fine di favorire la conciliazione tra l'esercizio delle responsabilità genitoriali e dell'assistenza alle persone non autosufficienti e l'attività lavorativa, anche attraverso il ricorso al telelavoro;

interessanti: per esempio, la lavoratrice è spesso accompagnata dalla precisazione che è donna (vedi già l'art. 37 Cost.), invece per il lavoratore non si precisa mai che si tratta di uomo; il datore o l'imprenditore, centro di attribuzione di poteri, è sempre un "maschile neutro", mentre esiste anche la datrice o l'imprenditrice, anzi pare che le aziende guidate da donne siano fra quelle che resistono meglio alla crisi²⁰.

Questo esercizio, inconsueto ma semplice, di coniugazione (anche) al femminile delle regole conferma la sensazione che si tratterebbe di un importante cambiamento giuridico, sociale, culturale, storico e per di più strumento, unico a oggi, veramente a costo zero per aumentare l'accoglimento delle riforme.

e) eventuale riconoscimento, compatibilmente con il diritto ai riposi settimanali ed alle ferie annuali retribuite, della possibilità di cessione fra **lavoratori/lavoratrici** dipendenti **dello/a stesso/a datore/datrice** di lavoro di tutti o parte dei giorni di riposo aggiuntivi spettanti in base al contratto collettivo nazionale in favore **del/della lavoratore/lavoratrice** genitore di figlio minore che necessita di presenza fisica e cure costanti per le particolari condizioni di salute;

f) integrazione dell'offerta di servizi per le cure parentali forniti dalle aziende e dai fondi o enti bilaterali nel sistema pubblico-privato dei servizi alla persona in coordinamento con gli enti locali titolari delle funzioni amministrative, anche mediante la promozione dell'utilizzo ottimale di tali servizi da parte **dei/delle lavoratori/lavoratrici e dei/delle cittadini/e** residenti nel territorio in cui sono attivi;

g) ricognizione delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, ai fini di poterne valutare la revisione per garantire una maggiore flessibilità dei relativi congedi obbligatori e parentali, favorendo le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, anche tenuto conto della funzionalità organizzativa all'interno delle imprese;

h) introduzione di congedi dedicati alle donne inserite nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere debitamente certificati dai servizi sociali del comune di residenza;

i) estensione dei principi di cui al presente comma, in quanto compatibili e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con riferimento al riconoscimento della possibilità di fruizione dei congedi parentali in modo frazionato e alle misure organizzative finalizzate al rafforzamento degli strumenti di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro;

l) semplificazione e razionalizzazione degli organismi, delle competenze e dei fondi operanti in materia di parità e pari opportunità nel lavoro e riordino delle procedure connesse alla promozione di azioni positive di competenza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ferme restando le funzioni della Presidenza del Consiglio dei ministri in materia di parità e pari opportunità».

²⁰ Così i dati dell'[8° Osservatorio Confartigianato Donne Impresa sull'Imprenditoria Femminile Artigiana in Italia](#) del 2011, significativamente intitolato *Donne che resistono*, presentati alla *XIII Convention Donne Impresa*.

Parte III
SESSIONE 3:
il d.l. n. 90/2014 coordinato
con la l. di conversione n. 114/2014
Misure urgenti per la semplificazione
e la trasparenza amministrativa
e per l'efficienza degli uffici giudiziari
e il ddl S 1577
Riorganizzazione
delle amministrazioni pubbliche

Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma

di Franca Borgogelli

1. Premessa

Il commento delle disposizioni contenute nel disegno di legge-delega sulla *Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche* relative alla valutazione e alla responsabilità della dirigenza (art. 10, comma 1, lett. *h* e *i*, ddl S 1577) deve necessariamente iniziare da una – seppur estremamente sintetica – disamina della disciplina vigente: per considerare se le novità prospettate rispondono alle esigenze di riforma, ma anche, per quanto concerne il profilo delle responsabilità, per comprendere se e a quali condizioni una riforma sia opportuna. Infatti, mentre non ci sono dubbi in ordine alla necessità di una modifica del sistema di valutazione – peraltro già avviata dal d.l. n. 90/2014 (convertito dalla l. n. 114/2014) – per quanto concerne la riforma della disciplina delle responsabilità non sembra sempre presente (in particolare nel contesto del percorso parlamentare)¹ la consapevolezza della sua rilevanza e complessità.

¹ È significativa l'opinione espressa da Pietro Ichino nel contesto dei lavori della Commissione Lavoro e previdenza sociale del Senato sul ddl S 1577, anche con riguardo alla sua modifica "in corso d'opera". Nella versione originaria della *Newsletter Pietro Ichino*, 20 ottobre 2014, n. 316, si poteva leggere il testo della sua relazione sul disegno di legge-delega in materia di amministrazioni pubbliche che avrebbe presentato alla Commissione Lavoro il giorno successivo, 21 ottobre. Con riferimento alla lett. *i* dell'art. 10 affermava che «non è immediatamente chiara la ragion d'essere» di un riordino della disciplina delle responsabilità dirigenziale e disciplinare. A suo parere «la responsabilità dirigenziale che scatta, indipendentemente da colpa in senso stretto, per il fatto oggettivo del mancato raggiungimento degli obiettivi, appare già compiutamente, correttamente e incisivamente definita nell'articolo 21 del Testo unico (d.lgs. n. 165/2001): non si vede dunque il motivo per un riordino

A mio parere la revisione della regolazione della materia, che appare confusa e problematica, è necessaria per restituire (*rectius* dare) coerenza al sistema nonché rilevante per le sue ripercussioni sulla complessiva definizione della disciplina della dirigenza pubblica. Non si tratta infatti solo di una questione di “implementazione effettiva” delle norme vigenti², rimaste in larga misura inapplicata, superabile con “grida” e “auspici”: se è indubbio che il rimedio non può essere individuato nella moltiplicazione delle norme o nella ripetizione dei precetti (che hanno sin qui piuttosto “aggravato” la situazione)³, è altresì necessario verificare se la causa dell’ineffettività delle norme non risieda proprio nella loro formulazione tecnica o nel modello regolativo adottato e se in una loro modifica possa essere (finalmente) individuata una valida soluzione.

legislativo di questa materia. Quanto alla responsabilità disciplinare, anch’essa appare correttamente definita dalla legislazione vigente e non si vedono motivi apprezzabili per limitarla, né per ribadire il principio della imputabilità al prestatore della mancanza contestata, che è del tutto ovvio anche a legislazione invariata». Concludeva sul punto chiedendo alla Commissione di merito di valutare l’opportunità «di espungere la disposizione relativa al riordino della disciplina della responsabilità dirigenziale e della responsabilità disciplinare del dirigente». Peraltro nella versione definitiva della sua relazione del 21 ottobre (a cui si accede ora dalla medesima *Newsletter*) si limita a chiedere di chiarire meglio lo scopo del riordino della disciplina, aggiungendo, con riguardo alla responsabilità dirigenziale, che «non è superfluo chiarire che essa deve essere estesa ai casi di mancato raggiungimento degli obiettivi imputabile a scelte gestionali e decisioni tecnico-discrezionali del dirigente in sé legittime, prive di profili di illogicità e irrazionalità, escludendo in tali ipotesi la responsabilità per danno erariale» (su quest’ultimo aspetto si veda infra, § 4.2, nota 21).

² Nella *Newsletter* citata alla nota precedente Ichino precisava: «In questa materia il solo problema sembra essere semmai quello dell’implementazione effettiva delle norme vigenti, che – soprattutto per quel che riguarda la responsabilità dirigenziale – vengono applicate in modo troppo limitato». È da sottolineare come la limitata applicazione delle norme abbia lasciato il dibattito teorico sui profili esegetici privo del supporto dell’applicazione giurisprudenziale.

³ Per valutazioni di carattere generale si rinvia in particolare a V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, 2013, 269 ss., ove è svolta una analisi critica delle scelte di politica legislativa che hanno minato la coerenza interna del paradigma regolativo della riforma degli anni Novanta del Novecento, ispirata al binomio autonomia-responsabilità. E dove si evidenziano le conseguenze negative sulla gestione concreta delle pubbliche amministrazioni del prevalere della tendenza della legislazione a rioccupare gli spazi entro i quali il binomio avrebbe dovuto essere attivato, con abbondanza di previsioni di contenuto puntuale e circoscritto, volto a produrre effetti nel breve periodo, dando risposte estemporanee a problematiche che avrebbero avuto bisogno di risposte di sistema.

2. Il quadro normativo

La correlazione autonomia/valutazione/responsabilità è alla base del modello regolativo assunto dalla riforma della dirigenza pubblica attuata sul finire degli anni '90 del novecento: è determinante per assicurare un "virtuoso" rapporto tra sfera politica e sfera gestionale e connota il profilo manageriale della dirigenza che il modello presuppone. In particolare⁴, la valutazione assume un rilievo centrale al fine di garantire il difficile e delicato equilibrio tra fiducia e professionalità, nonché il bilanciamento e il controllo tra poteri (specialmente rilevante con la privatizzazione della dirigenza); la configurazione della responsabilità dirigenziale rappresenta il riconoscimento del nuovo ruolo gestionale attribuito alla dirigenza pubblica e assicura che venga effettivamente svolto. Con essa non si giudica il mero rispetto delle norme, ma la capacità di realizzare gli obiettivi; non si intende introdurre uno strumento punitivo, ma fornire un meccanismo correttivo dell'organizzazione pubblica, per permettere una migliore allocazione delle risorse e garantire risultati di qualità. La responsabilità disciplinare della dirigenza è per contro marginalizzata, rinviata dalla legge alle scelte della contrattazione collettiva⁵. Agli esiti insoddisfacenti della riforma degli anni '90, nonché degli interventi successivi "in controtendenza", in ispecie la l. n.145/2002 – che alterano il modello introducendo elementi di incoerenza anziché correggerne i difetti evidenziati dall'implementazione – avrebbe dovuto dare una risposta la

⁴ Significativa al riguardo l'analisi svolta da B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito, la tragedia della valutazione e la riforma del pubblico impiego*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Bononia University Press, 2012, 251 ss., ove tra l'altro si osserva che «La tensione tra principio democratico e principio del merito è una variante della tensione tra il principio della responsabilità ministeriale e quello di imparzialità, che è abbastanza evidente nel confronto tra gli articoli 95 e 97 della Costituzione: da un lato, l'amministrazione inserita nel circuito rappresentativo e, quindi, assoggettata ai politici; dall'altro, l'amministrazione al servizio dei cittadini e, quindi, al riparo da interferenze politiche. Sull'equilibrio dei due principi ha inciso la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, che ha assimilato la dirigenza pubblica a quella privata e, quindi, ha fornito argomenti a favore del suo assoggettamento alla politica» (256). Sulla responsabilità come principio organizzativo fondamentale nella costruzione di una amministrazione di risultato si veda C. SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, 2012, spec. 187 ss.

⁵ I contratti collettivi della dirigenza precedenti ai rinnovi del quadriennio 2006-2009 accolgono il rinvio disposto dall'art. 21, d.lgs. n. 165/2001, limitandosi, con formule consonanti, a escludere la possibilità di sanzioni disciplinari conservative e a prevedere, regolandone anche la procedura, il licenziamento con preavviso e per giusta causa, escludendo la reintegra nel caso di invalidità del licenziamento.

riforma del 2009. Tuttavia il suo bilancio è negativo: non si elabora un nuovo coerente modello di regolazione della dirigenza, ma si costruisce un sistema di regole rigidamente e puntualmente legificate, in contraddizione con il paradigma originario di contrattualizzazione e privatizzazione.

Si attribuisce opportuno rilievo alla valutazione, ma, legificando uno strumento di gestione manageriale, si dà luogo a un meccanismo rigido, complesso, farraginoso. Se prima di fatto la valutazione era sostanzialmente ignorata, ora si prospetta il rischio di quella che è stata chiamata «la tragedia della valutazione», ovvero che «lo sforzo» venga «indirizzato non verso il più efficace svolgimento delle funzioni pubbliche, ma verso la migliore valutazione»⁶.

Si impongono per legge quei comportamenti datoriali che il paradigma privatistico voleva autonomi, flessibili e adattivi, e che i dirigenti non avevano assunto, e si elabora un corredo di sanzioni, alterando il precedente sistema regolativo delle responsabilità senza peraltro renderlo più efficace. Discrasie si riscontrano anche nel raccordo tra la disciplina delle conseguenze della responsabilità manageriale e quella relativa all'attribuzione e al rinnovo degli incarichi.

Alcuni dei pareri resi al Senato sul ddl S 1577 offrono al riguardo esempi emblematici degli esiti insoddisfacenti della riforma del 2009.

Per quanto concerne la valutazione, nella Relazione 2014 della Corte dei Conti sul coordinamento della finanza pubblica (riportata in appendice al parere reso dalla Corte in Senato sul ddl S 1577) si legge: «Particolari criticità permangono nell'assetto ordinamentale della dirigenza pubblica amministrativa. A fronte di una sostenuta dinamica retributiva non è mai entrato a regime un idoneo sistema di valutazione della capacità manageriale, presupposto per la corresponsione della cosiddetta retribuzione di risultato». La Corte dei Conti evidenzia criticamente, in generale la impropria puntuale regolazione per legge, in particolare la dimensione soprattutto individuale della valutazione e il mal regolato collegamento tra valutazione e affidamento di incarico.

Con riguardo alla responsabilità dirigenziale, è significativo ciò che afferma il Presidente del Comitato dei garanti per la dirigenza pubblica (*ex art. 22, d.lgs. n. 165/2001*) nell'audizione in Senato sul ddl S 1577: «il ruolo del Comitato è stato sostanzialmente ignorato dalle pubbliche amministrazioni non essendo ipotizzabile che, in tanti anni di operatività, per un certo periodo addirittura vincolante, non si siano presentate al Comitato occasioni per l'esercizio delle

⁶ B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 251-252.

proprie funzioni. Le indicazioni acquisite sulla mancata utilizzazione [...] dell'organismo da parte delle Amministrazioni obbligate non posso indurre a credere che non si siano verificate situazioni per l'attivazione di procedimenti nei confronti di dirigenti – che peraltro non risulta abbiano mai protestato per la violazione, se tale è stata – potendosi piuttosto ritenere che i provvedimenti di revoca degli incarichi siano stati elusivamente adottati, avvalendosi anche, con relativa sistematicità, di quelle disposizioni in sé corrette, emanate per consentire processi di riorganizzazione dei servizi con correlata previsione di automatica decadenza dall'incarico dei dirigenti preposti, ovviando così alla necessità/dovere di valutare il loro operato e i risultati da essi raggiunti». Si prospetta il dubbio che si siano «così mascherate forme abusive di sostanziale spoliazione del ruolo dei dirigenti stessi, compromettendone fortemente l'indipendenza»; ma anche, si può aggiungere, che in tal modo si sia evitato di sanzionare esplicitamente, lasciandone traccia nel curriculum, i risultati negativi della valutazione.

3. La regolazione delle responsabilità

Le innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 150/2009 e dai successivi interventi legislativi, come si è già osservato, hanno inciso negativamente sul rilievo e sul significato che la responsabilità dirigenziale assumeva nel paradigma della riforma del 1998, così come sulla sua distinzione rispetto alla responsabilità disciplinare, coerente con quel paradigma. Il quadro normativo che si configura oggi è caratterizzato: dall'imposizione di comportamenti manageriali, e comandi specifici, con norme legislative puntuali che hanno trasformato i poteri in obblighi corredati di sanzioni, in particolare costringendo il dirigente pubblico «ad assumere la doppia veste di (forzato) titolare e di soggetto passivo del recente attivismo disciplinare»⁷; dall'espansione delle fattispecie di responsabilità disciplinare, disposta dalla legge e di seguito adottata “con entusiasmo” dalla contrattazione collettiva⁸;

⁷ Così P. TULLINI, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2014, n. 229, 7.

⁸ Per l'analisi critica dell'ampia e articolata regolamentazione delle responsabilità dirigenziale e disciplinare contenuta nei contratti collettivi del quadriennio 2006-2009, da cui emerge più confusione che distinzione tra le due responsabilità, si rinvia a F. BORGOGELLI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in *RGL*, 2010, n. 4, I, 662 ss.

dall'introduzione di forme di responsabilità di incerto inquadramento⁹; dall'affollarsi, anche nei provvedimenti successivi al d.lgs. n. 150/2009, da ultimo nel d.l. n. 90/2014, di non sempre preclari rinvii alla responsabilità dirigenziale, che per di più determinano sovente il sovrapporsi di responsabilità e sanzioni¹⁰.

Accentua la confusione l'utilizzo dello strumento della decurtazione della retribuzione di risultato per sanzionare fattispecie di responsabilità sia disciplinare sia dirigenziale. Anche la *vexata quaestio* in ordine alla configurazione soggettiva od oggettiva della responsabilità dirigenziale anziché risolversi si complica, confondendosi sovente i piani: da un lato si accentuano i profili soggettivi della responsabilità manageriale, dall'altro si configurano in termini di responsabilità disciplinare condotte anche omissive riconducibili all'attività organizzativa/manageriale. Il mescolarsi dei presupposti accentua le perplessità sull'opzione interpretativa che ascrive alla responsabilità dirigenziale il carattere oggettivo e a quella disciplinare la connotazione soggettiva¹¹.

Non è dunque più possibile distinguere nettamente tra le due responsabilità facendo riferimento, da un lato a una valenza correttiva, con riguardo a condotte gestorie non conformi agli obiettivi di buon andamento e imparzialità, dall'altro a una valenza punitiva per singoli inadempimenti o comportamenti omissivi o violazioni di norme. Restano solo le differenze sul piano procedurale – in particolare il collegamento della responsabilità

⁹ In particolare, ma non solo, la fattispecie di cui all'art. 21, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 165/2001.

¹⁰ In questa sede ci si limita ad elencare alcune delle disposizioni che contengono riferimenti alla responsabilità dirigenziale introdotte a partire dal 2009: art. 36, d.lgs. n. 165/2001; art. 7, l. n. 69/2009; artt. 1 e 12, l. n. 190/2012; art. 43, d.lgs. n. 33/2013; art. 17, d.l. n. 90/2014 (convertito dalla l. n.114/2014). Per il quadro e le analisi di tali disposizioni si veda in particolare, tra i commenti più recenti: A. BOSCATI, *Responsabilità dirigenziale, trattamento economico*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico. Commentario al D.Lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato Lavoro"*, Ipsoa, 2011, 236 ss.; S. MAINARDI, G. NICOSIA, *Poteri, area del debito esigibile e responsabilità dei dirigenti pubblici*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2013, 815 ss.; A. VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in *DLRI*, 2013, n. 137, 67 ss.; P. TULLINI, *op. cit.*, 18; con riferimento specifico alla violazione delle regole sui contratti non standard, cfr. V. PINTO, *op. cit.*, 84 ss. e *passim*; F. BORGOGELLI, *Il lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013, 520 ss.

¹¹ Si condivide al riguardo la riflessione critica di P. TULLINI, *op. cit.*, 20, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sulla letteratura in materia; si veda *infra*, § 4.2, con riferimento al ddl S 1577.

manageriale al sistema di valutazione e al parere, divenuto non vincolante, del Comitato dei garanti – ma non sembrano sufficienti a fondare una difformità sul piano sostanziale e concettuale¹². Si aggiunga che il d.lgs. n. 150/2009 ha ridotto le differenze per quanto concerne i percorsi e le garanzie relative all'applicazione delle misure sanzionatorie (contestazione, contraddittorio, proporzionalità).

Non è possibile in questa sede approfondire i profili problematici richiamati; questi accenni dovrebbero peraltro essere sufficienti a dare un segno della complessità della materia e a evidenziare la necessità di porre ordine nel sistema.

4. Le linee di riforma prospettate nel ddl S 1577

L'analisi dei principi e dei criteri direttivi della delega, contenuti nel primo comma dell'art. 10 del disegno di legge, per i profili della valutazione e della responsabilità è volta a comprendere se si prospetta un "riordino" che consenta di superare i limiti della disciplina vigente e quale linea di politica del diritto sia sottesa a questo nuovo intervento legislativo. Ovviamente la stretta interrelazione tra i profili specifici qui considerati e gli altri aspetti della disciplina della dirigenza oggetto della riforma (in particolare la regolazione del sistema degli incarichi) condiziona la risposta; sarà tuttavia possibile ricondurre alcuni elementi caratterizzanti che si riscontrano con riguardo ai profili specifici presi in esame alle linee di fondo che connotano più in generale il disegno di *Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche* per quanto concerne la figura del dirigente pubblico.

4.1. Le disposizioni sulla valutazione

La «semplificazione del processo di valutazione» è il primo "compito" assegnato al legislatore delegato «con riferimento alla valutazione dei risultati» (art. 10, comma 1, lett. *h*). Si tratta di un obiettivo pienamente condivisibile, alla luce dell'esperienza applicativa e delle analisi critiche del sistema vigente. Qualche dubbio sorge con riguardo al significato preciso da attribuire in questo caso al termine, ovvero se è da intendere come prescrizione

¹² Le analisi su questo aspetto sono troppo numerose perché possano essere qui richiamate. Ci si limita a rinviare, anche per il ventaglio di valutazioni difformi, alle riflessioni di Mainardi e Nicosia, Boscati, Borgogelli, Viscomi, Tullini, citate *retro*, nota 10.

di un intervento volto alla flessibilizzazione delle procedure, piuttosto che a una riduzione del grado di legificazione oppure più drasticamente a una delegificazione¹³. Ci si interroga altresì sul rapporto tra questa direttiva rivolta al futuro legislatore delegato e quanto il legislatore ha già disposto all'art. 19 del d.l. n. 90/2014 (convertito dalla l. n. 114/2014), accompagnando il trasferimento al Dipartimento della funzione pubblica delle funzioni in materia di misurazione e valutazione della performance da ultimo attribuite all'Autorità nazionale anticorruzione (comma 9, art. 19) con la previsione di un riordino di tali funzioni affidato a un Regolamento (da emanare entro 180 giorni). Nel dettare le norme a cui il Regolamento dovrà attenersi si indica al primo punto (comma 10, lett. *a*, art. 19) la «revisione e semplificazione degli adempimenti a carico delle amministrazioni pubbliche, al fine di valorizzare le premialità nella valutazione della performance, organizzativa e individuale».

Se il primo dettato pecca di qualche vaghezza, il successivo, che impone di dare «rilievo» agli esiti della valutazione «per il conferimento dei successivi incarichi dirigenziali»¹⁴, per quanto anch'esso pienamente condivisibile, risulta scarsamente innovativo rispetto alla disciplina vigente (ai sensi dell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, «ai fini del conferimento dell'incarico si tiene conto [...] dei risultati conseguiti in precedenza e della relativa valutazione»). Peraltro il peso specifico di questo criterio potrebbe essere ridotto dall'importanza attribuita, per il conferimento degli incarichi, all'interscambio di esperienze pubblico/privato e a quelle maturate all'estero (si vedano i criteri indicati all'art. 10, comma 1, lett. *e*, ddl S 1577).

Certamente è una opportuna correzione la «revisione delle fasce di merito», eccessivamente “massificanti”; appare altresì positivo il principio di «definizione dell'oggetto della valutazione con riferimento ai risultati conseguiti dalla struttura della quale il dirigente è responsabile, coerenti con gli obiettivi dell'amministrazione, ai comportamenti organizzativi e all'impatto finale degli interventi attivati». È da apprezzare in particolare il superamento della dimensione meramente individuale dell'oggetto della valutazione, da molti auspicata, anche se è stato messo in rilievo – con

¹³ Si veda B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, il quale dopo aver affermato che il ciclo della performance nel d.lgs. n. 150/2001 è definito in modo analitico, sulla base di un modello condivisibile, osserva: «Rimane però il dubbio che sia stato opportuno definirlo in un atto avente valore di legge. Il rischio è che questa disciplina, oltre a irrigidire un modello che potrebbe non applicarsi con la stessa facilità a tutte le amministrazioni, si presti a un'applicazione strumentalmente pignola o apra la strada al contenzioso» (259).

¹⁴ Correlatamente, il rilievo della valutazione ottenuta dal dirigente nei precedenti incarichi ricoperti è indicata alla lett. *e* dell'art. 10, comma 1, ddl S 1577, tra i criteri per il conferimento dell'incarico.

riguardo ai vari rinvii alla valutazione contenuti in diverse disposizioni del disegno di legge – come si registrino in più parti sovrapposizioni e confusioni nell’indicazione della dimensione collettiva di riferimento, che si auspica vengano ricomposte dai decreti delegati¹⁵. Si deve tuttavia ricordare che già all’art. 5, comma 11, del d.l. n. 95/2012 (convertito dalla l. n.135/2012) si affermava che «le amministrazioni, ai fini dell’attribuzione del trattamento accessorio collegato alla performance individuale sulla base di criteri di selettività e riconoscimento del merito, valutano la performance del personale dirigenziale in relazione: a) al raggiungimento degli obiettivi individuali e relativi all’unità organizzativa di diretta responsabilità nonché al contributo assicurato alla performance complessiva dell’amministrazione». Si tratta di una norma di complessa applicazione – in particolare, ma non solo, nelle amministrazioni polifunzionali quali le regioni – per quanto concerne il riferimento alla *performance complessiva dell’amministrazione*: soprattutto in considerazione della difficoltà di trovare un indicatore analogo ai dati di bilancio delle imprese private, in base al quale misurare tale *performance*.

Non è nuova neppure la richiesta di «marcata differenziazione delle valutazioni dei dirigenti e dei dipendenti quale criterio di valutazione»: era già uno degli obiettivi della riforma Brunetta (si veda l’art. 9, d.lgs. n. 150/2009), ribadito dall’art. 5, comma 11, d.l. n. 95/2012, alla lett. *b*, ove si fa riferimento «alla capacità di valutazione differenziata dei propri collaboratori, tenuto conto delle diverse performance degli stessi». È lecito chiedersi se ripetere ulteriormente il criterio sia sufficiente a garantirne l’applicazione.

Per quanto concerne i «principi di merito, differenziazione, semplificazione delle procedure, misurabilità e comparabilità degli indicatori di risultato» su cui dovranno basare il proprio sistema di valutazione «le amministrazioni regionali e locali e degli enti pubblici nazionali» – che potranno così adeguare e differenziare le metodologie in ragione delle proprie specificità¹⁶ – si nota come alcuni riferimenti paiano piuttosto vaghi e imprecisi se rapportati all’effettivo, concreto funzionamento del sistema valutativo. In particolare, il criterio della “misurabilità”, che è quantitativo, andrebbe integrato con un richiamo anche alla qualità¹⁷, mentre per quello della comparazione dovrà

¹⁵ Si rinvia a A. BOSCATI, [La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?](#), Working Paper CSDL E “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 228, 66, per una critica puntuale con riguardo alle conseguenze della valutazione.

¹⁶ Ivi, 56.

¹⁷ Peraltro in tal senso si veda l’emendamento presentato dai Senatori Lanzillotta, Maran, Ichino: «Al comma 1, lettera h), dopo le parole: “indicatori di risultato” inserire le seguenti: “sul piano quantitativo e qualitativo”» (proposta di modifica n. 10.192 al ddl S 1577).

essere specificato se e come possa essere applicato a situazioni diverse (considerate in particolare le peculiarità delle amministrazioni locali).

Qualche interrogativo e qualche perplessità, ad una analisi rapportata alle prassi della valutazione, suscita anche il criterio della «valutazione dei servizi e dei prodotti in base a standard di qualità oggettivi». Si deve infatti tener conto del fatto che gli standard non possono essere oggettivi, perché dipendono dal contesto: non è realisticamente ipotizzabile una valutazione assolutamente oggettiva, tale cioè che possa ripetersi simile, da chiunque operata e rispetto a qualunque situazione concreta. Al più si può esprimere una valutazione inter-soggettiva, incrociando fra loro punti di vista diversi, espressi da portatori di interessi differenti, e dall'affiancamento e dall'incrocio di diverse valutazioni soggettive può emergere oggettività. Ci si può altresì chiedere quali criteri vadano utilizzati per la «comparabilità tra amministrazioni omologhe» e che rilievo possano assumere le differenze di contesto. Si tratta dunque di parole che dovranno essere riempite di significati più precisi.

Un principio che merita particolare attenzione è quello della garanzia di «autonomia dei valutatori». Si può concordare con l'auspicio che il legislatore provveda a eliminare le criticità emerse nel sistema vigente¹⁸, ma è necessario un approfondimento, perché non è chiaro se si intenda solo rafforzare l'autonomia dei valutatori o piuttosto cambiare alla radice tale sistema. Infatti, da un lato non è facilmente individuabile l'alternativa all'attuale nomina degli OIV da parte degli organi del vertice politico, considerando che sovrintendono alla correttezza del processo valutativo interno alle amministrazioni, dall'altro la previsione di una nomina dall'esterno potrebbe implicare il passaggio (*rectius* il ritorno) a un controllo esterno e la modifica complessiva del sistema attuale.

¹⁸ Così A. BOSCATI, [*La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*](#), cit., 67, ove tra l'altro esprime l'auspicio che venga garantita «l'autonomia di giudizio a partire dall'autonomia di posizione e di nomina» e «che il soggetto valutatore non possa essere diretta espressione dell'organo politico». Si vedano altresì al riguardo le proposte di modifica presentate al Senato: n. 10.193, dei Senatori Bianco, De Biasi, Padua, per sostituire al comma 1, lett. *h*, le parole «autonomia dei valutatori» con «autonomia e indipendenza dei valutatori dai soggetti che li hanno nominati»; n. 10.194, dei Senatori Bertorotta, Crimi, per aggiungere alla medesima lettera, dopo la parola «autonomia» le parole «neutralità e terzietà».

4.2. Le disposizioni sulla responsabilità

Per quanto concerne le responsabilità dei dirigenti, la delega (art. 10, comma 1, lett. *i*) prescrive il «riordino delle disposizioni legislative relative alle ipotesi di responsabilità dirigenziale o disciplinare», in tal modo riconoscendo l'esigenza di una ricostruzione sistematica della materia. Ma le due sole indicazioni circa i criteri a cui dovrà attenersi il legislatore delegato nell'effettuare il «riordino» – la «limitazione della responsabilità dirigenziale alle ipotesi di cui all'art. 21 d.lgs. 165»; la «limitazione della responsabilità disciplinare ai comportamenti effettivamente imputabili ai dirigenti stessi» – non sono di facile interpretazione: sollevano dubbi piuttosto che dare indicazione chiare e mostrano scarsa consapevolezza delle problematiche sottese alla materia.

In merito alla responsabilità dirigenziale, si osserva come la formulazione letterale della disposizione – «la limitazione [...] alle ipotesi di cui all'art. 21 d.lgs. 165» – condurrebbe ad individuare nell'art. 21 la cornice che definisce i contorni della figura giuridica della responsabilità dirigenziale, in senso sia esclusivo sia inclusivo. Da un lato ne conseguirebbe l'esclusione di tutte le fattispecie diverse da quelle indicate nell'art. 21 (mancato raggiungimento degli obiettivi, inosservanza delle direttive, violazione del dovere di vigilanza), ponendo di conseguenza in dubbio la sorte delle disposizioni, contenute nel d.lgs. n. 150/2009 e in numerosi altri provvedimenti legislativi, che riconducono alla responsabilità dirigenziale «di cui all'art. 21» i più vari comportamenti contrastanti con i propri precetti. D'altro lato, in senso inclusivo, si configurerebbe una «presa di posizione» sul controverso inquadramento della violazione del dovere di vigilanza di cui al comma 1-*bis* dell'art. 21, e dunque una sorta di interpretazione autentica volta ad affermare la sua appartenenza all'alveo della responsabilità dirigenziale, respingendo le perplessità sollevate in dottrina circa la sua qualificazione sostanziale¹⁹.

Quanto al criterio – apparentemente pleonastico – dettato per la responsabilità disciplinare, ovvero la sua «limitazione [...] ai comportamenti effettivamente imputabili ai dirigenti stessi», è stata prospettata, per quanto problematicamente, una «possibile lettura *a contrario*», volta ad attribuire alla responsabilità dirigenziale «(ovvero “l'altra forma” di responsabilità) valore anche come responsabilità oggettiva, quale effetto del “solo” mancato

¹⁹ Non potendo dar qui conto in modo compiuto del dibattito in materia, si rinvia, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, a P. TULLINI, *op. cit.*, 17 ss.; S. MAINARDI, G. NICOSIA, *op. cit.*, 815 ss.; A. BOSCATI, *Responsabilità dirigenziale, trattamento economico*, cit., 236 ss.; F. BORGOGELLI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale*, cit., 664 ss.

raggiungimento degli obiettivi»; non senza peraltro far notare che il mancato raggiungimento degli obiettivi può essere anche un effetto non riconducibile all'operato del dirigente²⁰. Una lettura che sembra trovare conferma nel percorso parlamentare²¹, ma che suscita perplessità.

È del tutto evidente dunque che traspare assai poca chiarezza in ordine ai criteri del riordino: si configura incerto il significato che il legislatore attribuisce al termine e quali siano le linee che dovrà seguire l'intervento di sistemazione dalla materia; non vengono fornite indicazioni sufficienti per risolvere i numerosi problemi esegetici posti dall'attuale disciplina, i quali coinvolgono questioni di fondo di rilievo sia teorico sia pratico/applicativo²².

Non contribuiscono a chiarire il quadro normativo prospettato dal ddl S 1577 alcuni principi di delega, rilevanti per la regolazione delle conseguenze dell'accertamento di responsabilità dirigenziale sulla disciplina degli incarichi, contenute in altre parti del primo comma dell'art. 10²³. Alla lett. *f*, in ordine alla durata degli incarichi, si dispone la «definizione di presupposti oggettivi per la revoca in relazione al mancato raggiungimento degli obiettivi, e della relativa procedura». Alla lett. *n*, nell'ambito della peculiare disciplina disposta

²⁰ È l'ipotesi interpretativa problematicamente prospettata da A. BOSCATI, [La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?](#), cit., 68-69. Per il dibattito sulla questione della configurabilità in termini oggettivi della responsabilità dirigenziale si veda P. TULLINI, *op. cit.*, 20 ss.; A. VISCOMI, *op. cit.*, 68; G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011, 148 ss.; A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, ES, 2009, 142 ss.; M. ESPOSITO, *La responsabilità dirigenziale: il buon andamento dei pubblici uffici tra politica ed amministrazione*, in AA.VV., *La dirigenza*, Utet, 2009, 246; S.B. CARUSO, [Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità \(Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane\)](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2010, n. 104, 29.

²¹ Si veda *retro*, nota 1, con riguardo all'opinione espressa da Ichino. Si veda altresì la proposta integrativa contenuta nella sua relazione alla Commissione Lavoro del Senato (da questa accolta nel parere approvato il 22 ottobre 2014) nonché nell'emendamento n. 10.195 presentato dai Senatori Ichino, Maran, Lanzillotta: «Al comma 1, lettera i), dopo le parole: "responsabilità dirigenziale o disciplinare dei dirigenti" inserire le seguenti: "e ridefinizione del rapporto tra responsabilità dirigenziale e responsabilità amministrativo-contabile" e dopo le parole: "decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165" inserire le seguenti: "e sua estensione ai casi di mancato raggiungimento degli obiettivi imputabile a scelte gestionali e decisioni tecnico-discrezionali del dirigente in sé legittime, prive di profili di illogicità e irrazionalità, escludendo in tali ipotesi la responsabilità per danno erariale"».

²² Per la loro illustrazione si rinvia a S. MAINARDI, G. NICOSIA, *op. cit.*, 832 ss.

²³ Si rinvia all'analisi svolta da A. VISCOMI, *Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali. Brevi note introduttive*, in *LPA*, 2014, n. 1, 1 ss., e da A. BOSCATI, [La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?](#), cit., 54 ss.

per il Servizio Sanitario nazionale, con riguardo al direttore generale si afferma che deve essere prevista la decadenza dall'incarico, e la possibilità di reinserimento solo all'esito di una nuova selezione, per i casi «di mancato raggiungimento degli obiettivi accertato decorsi 24 mesi dalla nomina o di gravi e comprovati motivi o di grave disavanzo o di manifesta violazione di leggi o regolamenti o del principio di buon andamento e imparzialità»; per il direttore amministrativo e il direttore sanitario la decadenza dall'incarico deve essere prevista in caso di «manifesta violazione di leggi o regolamenti e del principio di buon andamento e imparzialità».

Particolare rilievo assumono i principi di delega in ordine alla costituzione della Commissione per la dirigenza statale (lett. *b*, n. 1), alla sua composizione e ai suoi compiti: tra questi si comprende, oltre la verifica del rispetto dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi e dell'effettiva adozione e l'effettivo utilizzo dei sistemi di valutazione al fine del conferimento e della mancata conferma degli incarichi, anche l'attribuzione delle funzioni del Comitato dei Garanti di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 165/2001.

5. Osservazioni critiche

L'esame dei principi e dei criteri direttivi contenuti nel disegno di legge-delega con riguardo ai profili della valutazione e della responsabilità della dirigenza è stato condotto con l'obiettivo, da un lato di verificare le possibilità di superamento dei limiti e delle incongruenze della disciplina vigente, sia sul piano tecnico-giuridico sia su quello sistemico, dall'altro di individuare le correlazioni con i temi sottesi alla definizione della figura del dirigente pubblico, per comprendere se la delega indichi un nuovo e più soddisfacente modello regolativo.

Con riguardo al primo dei profili di riflessione, in generale si osserva che non pare delinearsi un superamento dei problemi che la riforma Brunetta e i provvedimenti legislativi successivi hanno posto o non hanno risolto. Pur scontando l'ineliminabile genericità dei criteri direttivi, dalle disposizioni della delega traspare sovente una «confusa vaghezza»²⁴; peraltro quando i principi si connotano in modo più specifico non sempre paiono indicare linee di soluzione coerenti e adeguate alle problematiche del quadro regolativo attuale e dei contesti con cui la riforma interagisce (e talvolta si limitano a ricalcare la disciplina vigente).

²⁴ Così A. VISCOMI, *Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali. Brevi note introduttive*, cit., 2.

In particolare, per quanto concerne la disciplina della responsabilità la formulazione dei principi e dei criteri direttivi non sembra rapportarsi in modo idoneo, sul piano tecnico-giuridico e sistemico, alla complessità dei problemi e delle loro implicazioni in ordine alla disciplina della dirigenza. In altri termini, la direttiva per il riordino della disciplina dovrebbe essere accompagnata da indicazioni meno vaghe e contraddittorie: i criptici riferimenti ad aspetti problematici oggetto di interpretazioni difformi non sembrano un modo idoneo per indicare al legislatore delegato le linee di intervento.

Per quanto concerne la valutazione, è da approvare la direttiva per una modifica del sistema attuale volta alla semplificazione e al superamento della dimensione meramente individuale, nonché al miglioramento del collegamento tra valutazione e affidamento degli incarichi. Ma ad un esame puntuale ci si avvede che poche sono le differenze rispetto alle regole vigenti: non si riscontrano novità significative che inducano a ritenere che effettivamente possano essere superate le criticità del sistema emerse nelle prassi applicative e si garantisca l'instaurazione di una relazione corretta tra obiettivi strategici, obiettivi operativi, valutazione dell'efficacia delle performance organizzative e individuali. Soprattutto non si intravede la possibilità che venga assicurata una precisa indicazione degli obiettivi strategici e degli obiettivi operativi: un punto essenziale, che ha sin qui inficiato la possibilità di una effettiva valutazione, condizionando negativamente sia il sistema di attribuzione degli incarichi sia l'individuazione delle responsabilità della dirigenza (data la stretta correlazione tra i due profili).

Con riguardo alle indicazioni che emergono in ordine al paradigma regolativo della dirigenza delineato dalla legge-delega, si riscontrano elementi di continuità con la riforma Brunetta e la legislazione successiva – ovvero con il modello centralistico e rigido – ma con accentuazione della subordinazione al potere politico. È indubbio che sia necessario il superamento del metodo attuale: la proliferazione di disposizioni legislative, oltre a ridurre drasticamente la possibilità per la dirigenza di esercitare i poteri e di applicare metodi manageriali, «contribuisce in modo decisivo a deresponsabilizzare gli organi di indirizzo politico-amministrativo rispetto alla necessità di tradurre le proprie scelte in termini di programmazione strategica e di definizione degli obiettivi e dei risultati da raggiungere»²⁵. Ma se la riforma Brunetta aveva posto i dirigenti sotto la tutela della legge²⁶, ora si profila – considerando

²⁵ Cfr. V. PINTO, *op. cit.*, 289.

²⁶ Per l'analisi di quel modello regolativo, non potendo dar qui conto della letteratura in tema, si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici, a F. BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza*

complessivamente le direttive della delega, in ordine al sistema di reclutamento, alla disciplina degli incarichi e alla regolazione della valutazione e della responsabilità dirigenziale che incide sulla loro sorte – una subordinazione al potere esecutivo.

In altri termini, si configura la possibilità che la dirigenza pubblica, anziché riconquistare l'autonomia attribuitale nel modello originario della riforma degli anni 1990 e ingabbiata nel reticolo di regole legislative costruito dalla riforma Brunetta e accentuato dalla legislazione successiva, finisca con l'essere pervasivamente condizionata dalla politica. E che, d'altro lato, la liberazione della politica dagli eccessivi vincoli legislativi attuali²⁷ consenta la ricostruzione del legame di subordinazione tra politica e dirigenza che la riforma avviata nel 1992 aveva inteso spezzare, portando come risultato la conquista di maggiore libertà nel condizionare la dirigenza. Ovvero che alla "liberazione" dai lacci e laccioli delle attuali regole legislative legalistico/burocratiche e ragionieristiche/contabili²⁸ consegua non la restituzione di autonomia organizzativa e gestionale alla dirigenza pubblica, ma la possibilità per il vertice politico di costruire intorno ad essa una nuova gabbia funzionale alle proprie esigenze.

Si auspica che dopo il completamento dell'*iter* parlamentare della legge-delega e l'emanazione dei decreti delegati questa lettura possa essere smentita.

pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Jovene, 2011, vol. III, 1541 ss.; M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, in NLCC, 2011, n. 5; C. SPINELLI, *op. cit.*, spec. 187 ss.

²⁷ Una liberazione necessaria, se si considera ciò che consegue alla «straordinaria importanza che i vincoli "esterni" assumono in conseguenza dell'invasione legislativa»: si «deresponsabilizzano» gli organi di indirizzo politico-amministrativo nei confronti della programmazione e, «in una sorta di retro-azione perversa, proprio questa incapacità programmatica e la conseguente impossibilità di assegnare ai dirigenti obiettivi concreti e puntuali, esalta in questi ultimi la cultura del mero adempimento normativo e dell'indifferenza ai risultati, a scapito, ad esempio, della maturazione delle competenze dirigenziali necessarie per una credibile pianificazione operativa delle attività» (V. PINTO, *op. cit.*, 289-290).

²⁸ Si veda ancora al riguardo l'analisi critica di V. PINTO, *op. cit.*, sul punto 286.

Il disegno di legge-delega per il riordino delle società pubbliche: principi e criteri direttivi per la semplificazione e il rafforzamento dei vincoli pubblici vigenti in materia di personale

di Pasquale Chieco

1. Società pubbliche, categorie di aggregazione e principi direttivi generali: gli artt. 8 e 12 del disegno di legge-delega

Le partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche costituiscono un «oggetto definito» (*ex art. 76 Cost.*) del ddl S 1577 (di seguito disegno di legge) in materia di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, il quale struttura la delega al Governo secondo i principi e criteri direttivi stabiliti negli artt. 12, 14 e 15.

A queste disposizioni “centrali” va tuttavia aggiunto il disposto dell’art. 8 che, nell’introdurre talune definizioni al fine di (pre)stabilire gli ambiti applicativi di future disposizioni normative destinate alle pubbliche amministrazioni, incide sulla disciplina delle partecipazioni azionarie della PA in due modi.

In primo luogo, suddivide le società pubbliche in due “aggregazioni definitorie” costruite in modo tale da individuare le società che gestiscono attività strumentali come quelle più vicine alla condivisione della regolamentazione destinata alle PA¹. Si tratta di un indirizzo che, come

¹ In particolare, «le società a partecipazione pubblica che svolgono attività strumentali per conto di amministrazioni pubbliche o funzioni amministrative esternalizzate» sono incluse tra i «soggetti di rilievo pubblico» (del quale fanno parte anche tutte le amministrazioni pubbliche, le aziende e gli enti pubblici economici, gli altri enti che gestiscono forme di

vedremo, viene confermato dai principi dettati dalla delega in materia di governance e di rapporti tra società e socio pubblico.

In secondo luogo, l'art. 8 prescrive che la delega debba essere esercitata stabilendo gli ambiti di applicazione delle norme in materia di PA senza più ricorrere all'elenco delle pubbliche amministrazioni redatto dall'Istat ai sensi dell'art. 1, comma 3, l. 31 dicembre 2009, n. 196, che avrà esclusivamente valore statistico. Si tratta di una scelta certamente opportuna perché impone di fare piazza pulita di un criterio (quello della presenza nell'elenco Istat), già utilizzato dal legislatore per individuare e selezionare i soggetti "pubblici" destinatari di alcuni effetti regolativi in materia di personale, che ha dato luogo a notevoli incertezze (e conseguenti contenziosi) circa l'effettiva portata dell'inserimento o meno nell'elenco².

Venendo, allora, ai principi e criteri direttivi dell'art. 12, va anzitutto rilevato che essi hanno portata molto generale in quanto sono dettati per un grappolo di oggetti che include, oltre alle partecipazioni azionarie delle pubbliche amministrazioni e i servizi pubblici locali, anche il lavoro alle dipendenze della PA «e connessi profili di organizzazione amministrativa» (art. 12, comma 1, lett. a).

Si tratta, in effetti, di una strana commistione già di per sé esplicativa del fatto che i principi dettati dall'art. 12 hanno una portata generalissima perché suscettibile definire la delega legislativa spaziando indifferentemente dalla regolamentazione di alcuni soggetti (società pubbliche e aziende che

previdenza obbligatorie, le fondazioni e gli altri soggetti la cui attività è finanziata in modo maggioritario dalle amministrazioni pubbliche: comma 1, lett. f), mentre «i gestori di servizi pubblici [e] le società a partecipazione pubblica che operano in regime di concorrenza, con esclusione di quelle quotate in mercati regolamentati», sono inclusi tra gli «organismi privati di interesse pubblico» (del quale fanno parte anche le scuole paritarie, le università non statali, le istituzioni non statali dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica, i soggetti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, le federazioni sportive, i consorzi a cui aderiscono amministrazioni pubbliche e soggetti privati, i soggetti comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo: comma 1, lett. g). L'intento del legislatore delegante è quello di poter includere nell'ambito di applicazione di future leggi (facendo riferimento ai «soggetti di rilievo pubblico») accanto a tutte le PA anche le società pubbliche che gestiscono attività strumentali con esclusione di tutte le altre (collocate tra gli «organismi privati di interesse pubblico») destinate a una regolamentazione tendenzialmente non condivisa con quella delle PA.

² In proposito, la Corte dei Conti, nella relazione presentata in sede di audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul ddl S 1577, ha inoltre osservato, richiamando alcune pronunce delle sezioni regionali, che «il mero riferimento all'elenco ISTAT ai fini di una automatica applicazione di vincoli e obblighi in materia di revisione della spesa e di equilibri di bilancio costituisce un criterio che potrebbe produrre effetti distorsivi».

gestiscono servizi pubblici locali) alla disciplina di una specifica materia (i rapporti di lavoro con le PA).

In particolare, l'esercizio della delega deve essere preordinato all'elaborazione di un testo unico delle disposizioni (anche) in materia di partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche con l'obiettivo di coordinare, in termini formali e sostanziali, il «testo delle disposizioni legislative vigenti», risolvendo antinomie («in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia») e indicando esplicitamente le norme abrogate (fatta salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 15 disp. prel. c.c.)³.

Il tutto apportando «soltanto» le modifiche necessarie ad assicurare la coerenza giuridica, logica e sistematica della raccolta normativa e la semplificazione del linguaggio.

Queste indicazioni generali (e comuni) contrassegnano, quindi, quello che appare come l'obiettivo strutturale della delega legislativa consistente nella raccolta in un unico *corpus* normativo delle disposizioni in materia di partecipazioni azionarie della PA contenutisticamente definito dai *principi e criteri direttivi* indicati nel successivo art. 14 (al quale espressamente rinvia il comma 3 dell'art. 12).

In altri termini, il rapporto tra l'art. 12 (redazione di un Testo Unico) e gli artt. 14 e 15 (riordino delle discipline delle società pubbliche e dei servizi pubblici essenziali) si dispone lungo la linea che distingue il contenitore dal contenuto giustificando, così, la genericità e, per certi versi, la stessa indeterminatezza dei criteri ricordati.

Coerenza sistematica e semplicità di linguaggio, infatti, ove dovessero governare i contenuti della delega risulterebbero decisamente insufficienti a (pre)orientare l'azione di disboscamento e razionalizzazione del Governo con riferimento a una disciplina contrassegnata da una molteplicità di disposizioni la cui incoerenza è frutto, non solo di sciatteria legislativa, ma anche di «scelte» regolative oggettivamente diverse (si veda oltre).

In realtà, a leggerlo più attentamente, l'art. 12 sembra prospettare un principio capace di indicare al legislatore delegato (non solo come ma anche) in quale direzione di marcia disporre la sistemazione e la razionalizzazione delle molte disposizioni in materia, non di rado diversamente orientate.

Il riferimento è alla lett. c e, quindi, alla risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia,

³ Ai fini dell'esercizio della delega vi è altresì un ulteriore criterio (lett. e) che potremmo definire procedimentale in quanto mirante all'«aggiornamento delle procedure, prevedendo la più estesa e ottimale utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, anche nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa».

con conseguente esplicita indicazione delle norme abrogate alla luce dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile.

Se, infatti, in un quadro fortemente frastagliato e diversificato come quello in questione, i principi dell'ordinamento e le discipline generali della materia risultano indicatori "pluridirezionali" pressoché inutilizzabili, una capacità ben più selettiva sembra avere per il legislatore delegato il principio che impone di seguire, nella risoluzione delle antinomie, il criterio cronologico e, ancor più, quello di specialità, specie alla luce delle più puntuali indicazioni per il riordino delle società pubbliche contenute negli artt. 14 e 15 del disegno di legge.

2. L'art. 14 e il riordino della governance delle società pubbliche

L'art. 14 specifica (in aggiunta a quelli "strutturali" enunciati nel primo comma e nel precedente art. 12) i principi e i criteri che dal punto di vista più strettamente contenutistico devono caratterizzare la sistemazione della disciplina delle società pubbliche; non senza ribadire, quasi ossessivamente, che tale sistemazione è adottata «al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina e la semplificazione normativa»⁴ (comma 1).

Tra questi, gli indirizzi al legislatore delegato direttamente attinenti ai rapporti di lavoro sono contenuti nella lett. *e*.

Tuttavia, l'analisi di questa parte del disegno di delega rischia di essere poco "leggibile" se non la si colloca entro le coordinate del riordino delle regole di *governance* delle società pubbliche e dei rapporti tra esse e il socio pubblico.

E a proposito di tali coordinate, un primo punto di riferimento viene introdotto dalla lett. *a* dell'art. 14 lì dove stabilisce che nel testo unico deve trovare spazio una distinzione tra i diversi tipi di società «in relazione alle attività svolte e agli interessi pubblici di riferimento». Con l'ulteriore importante precisazione che, a valle, la disciplina che scandirà i connotati propri e differenziali di ciascuna tipologia societaria dovrà essere espressione del «principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica».

In tal modo, stabilito il principio secondo cui la disciplina delle società pubbliche dovrà essere diversificata in ragione dell'oggetto sociale e non di

⁴ Ulteriormente specificato con riferimento alla necessità che chiarezza e semplificazione vengano seguite «con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori».

dati estrinseci (come spesso sin qui avvenuto)⁵, il legislatore delegante ne dispone l'attuazione sulla base di un criterio-guida basato sulla maggiore o sulla minore diversità rispetto alla regolamentazione privatistica⁶. Ciò significa, che vi dovrà essere una continuità necessaria e proporzionale tra il tasso di coinvolgimento nell'oggetto sociale degli interessi pubblici e il tasso di diversità della disciplina "speciale" rispetto a quella di diritto comune⁷. Con una conseguenza, necessaria, prescritta dalla successiva lett. *f* che impone di eliminare sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici «ispirati alle medesime esigenze di disciplina e di controllo»⁸.

Il principio che le deroghe alla disciplina privatistica devono essere proporzionali alle attività e agli interessi pubblici delle società partecipate, peraltro, deve essere immediatamente rapportato a un'importante distinzione

⁵ Come ad esempio l'appartenenza della società allo Stato o alle amministrazioni locali; l'iscrizione o meno della società all'elenco Istat *ex art.* 3, comma 1, l. 31 dicembre 2009, n. 196, previsto ad esempio dall'art. 9, comma 29, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122; il raggiungimento o meno di una certa quota – come il 90% – del bilancio per effetto degli affidamenti diretti, già previsto dall'art. 4, comma 1, d.l. n. 95/2012, convertito dalla l. n. 135/2012.

⁶ Per l'affermazione che è operando attraverso le regole privatistiche, e, quindi, attraverso la via statutaria o pattizia, che occorre perseguire l'obiettivo di autolimitare convenientemente la capacità organizzativa e funzionale delle società a partecipazione pubblica, cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2010, 49. È evidente, tuttavia, che il legislatore, specie nel corso di questi ultimi anni, ha inteso e intende costruire una rete di regole che limitano l'azione delle società partecipate con vincoli e limiti legali imposti in via diretta ovvero onerando il socio pubblico di imporli: in proposito, per ulteriori riferimenti, si veda M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, *ivi*, 7 ss.

⁷ Si richiama, in questo modo, una tassonomia delle società pubbliche fondata sulla diversa intensità nel perseguimento di interessi pubblici e, in particolare, sull'oscillazione tra il polo dei servizi pubblici e, all'opposto, quello delle attività economico-impresariali, pur se di rilevanza pubblica: cfr. C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Giappichelli, 2011, 4 ss. Tuttavia, come si vedrà, il legislatore delegante individua in maniera ancora più intensa la connotazione del polo a rilevanza pubblica che connota alcune tipologie di società partecipate dalle PA.

⁸ In proposito, basti pensare all'ingorgo che per le società *in house* si determina fra le funzioni e le competenze del socio pubblico nell'esercizio del c.d. "controllo analogo" e quelle poste in capo al Consiglio di amministrazione dal Codice civile e, in tema di controlli, al Collegio sindacale, o ancora alle molteplici sovrapposizioni tra attività, prescrizioni e organismi della normativa anticorruzione (*ex l. n. 190/2012*) e disciplina della responsabilità amministrativa delle imprese per reati commessi da amministratori e dipendenti (d.lgs. n. 231/2001). Per un'analisi più dettagliata di questa problematica si veda F. LUCIANI, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *RDCComm*, 2012, n. 4, 743 ss.

che lo stesso art. 14 introduce tra due tipologie di società implementando direttamente, così, i principi e criteri sin qui analizzati.

Ci riferiamo alla distinzione tra le «società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative» e le «società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale» di cui, rispettivamente, alle lett. *b* e *c* dell'art. 14.

3. Le tipologie societarie dell'art. 14 in relazione alle definizioni generali dell'art. 8

Prima, però, di scendere nell'analisi della distinzione da ultimo ricordata è opportuno sottolineare che le due tipologie societarie oggetto della disciplina dell'art. 14 rientrano altresì nelle definizioni generali contenute nell'art. 8 del disegno di legge (si veda § 1).

Si tratta, in particolare, di definizioni dettate, come si è detto, per consentire la successiva individuazione dei destinatari di norme offrendo al legislatore futuro la possibilità di scegliere l'ambito di applicazione (ad esempio in ragione dello scopo perseguito) tra “famiglie” di soggetti ritenuti simili o, comunque, assimilabili. L'obiettivo, evidentemente, è quello di evitare il fenomeno, sino a oggi ampiamente diffuso (anche) in materia, della determinazione occasionale e/o impropria degli ambiti di applicazione ogniquale volta il legislatore decida di intervenire sulle società pubbliche.

Ebbene, con riferimento al primo dei due tipi individuati dall'art. 14 (società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative), l'art. 8 (lett. *f*) lo riconduce all'aggregato dei «soggetti di rilievo pubblico» tra i quali si ritrovano «le società a partecipazione pubblica che svolgono attività strumentali per conto di amministrazioni pubbliche o funzioni amministrative esternalizzate» che sono assimilate alle aziende ed enti pubblici economici, o che gestiscono forme di previdenza obbligatorie, alle fondazioni e agli altri soggetti «la cui attività è finanziata in modo maggioritario dalle amministrazioni pubbliche».

Ora, tralasciando il dato a dir poco curioso delle persistenti diversità che, nonostante tale tipizzazione definitoria, si ritrovano nello stesso testo del disegno di legge, il connotato aggregante che emerge da questa definizione è, quindi, quello di riferirsi a soggetti (di diversa tipologia) che svolgono attività (di varia natura e caratteristiche) con risorse provenienti, in modo maggioritario, dalla finanza pubblica e, quindi, dai contribuenti.

Si tratta di un connotato che è già stato utilizzato dal legislatore in alcune definizioni “occasionalmente” di società per la gestione di servizi strumentali e funzioni amministrative⁹ in affiancamento agli altri elementi caratterizzanti di questo tipo di società (costituti dalla tipologia di attività e dalla partecipazione maggioritaria al capitale di un’amministrazione pubblica) e che, da domani, diventerà elemento “necessario” per rientrare nella categoria generale dei «soggetti di rilievo pubblico» e, quindi, nell’ambito di applicazione della futura legislazione ad essi riferita, con effetti da verificare con attenzione¹⁰.

Per ciò che concerne, invece, la seconda tipologia societaria oggetto della distinzione introdotta dall’art. 14 («società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale»), essa sembra riconducibile agli «organismi privati di interesse pubblico» di cui alla lett. g dell’art. 8 che (sempre «al fine dell’individuazione dell’ambito di applicazione delle disposizioni normative che vi facciano espresso riferimento») aggrega i gestori di servizi pubblici oltre ad altri soggetti piuttosto diversi tra loro¹¹.

A differenza, della precedente classe di soggetti, per quelli elencati e aggregati nella lett. g, la lettera della norma non sembra individuare un minimo comune denominatore, neppure, forse, nel riferimento finale all’obbligo del rispetto “comunque” dei «principi del procedimento amministrativo» che, preso alla

⁹ Il riferimento è all’art. 4 del d.l. n. 95/2012, convertito dalla l. n. 135/2012, che, con riferimento alle «società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell’intero fatturato» (comma 1), stabiliva una rigida disciplina destinata al personale in termini di vincoli assunzionali e di tetti al trattamento economico dei singoli dipendenti, oggetto dei commi 9, 10 e 11 (poi abrogati dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147).

¹⁰ Se, infatti, gli altri elementi caratterizzanti di questo tipo di società sono di natura stabile e predefinita (come il possesso da parte di una PA della maggioranza del capitale sociale ovvero la natura strumentale dell’attività svolta, ecc.) altrettanto non può dirsi per il finanziamento pubblico che, in alcuni settori (ad esempio centrali pubbliche di committenza) ovvero in alcuni momenti della vita sociale, potrebbe non essere la principale entrata della società, mettendo così in discussione la sua appartenenza al “tipo” come definito dal legislatore (con effetti disapplicativi della normativa).

¹¹ Tra gli «organismi privati di interesse pubblico» rientrano altresì «le società a partecipazione pubblica che operano in regime di concorrenza, con esclusione di quelle quotate in mercati regolamentati, le scuole paritarie, le università non statali e le istituzioni non statali dell’alta formazione artistica, musicale e coreutica, i soggetti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, le federazioni sportive, i consorzi a cui aderiscono amministrazioni pubbliche e i soggetti privati, i soggetti comunque tenuti al rispetto di principi del procedimento amministrativo».

lettera, sembra connotare non la classe dei soggetti (già) elencati ma un ulteriore soggetto della classe¹².

In ogni caso, quello che preme qui evidenziare è che la definizione con finalità aggregante della lett. g dell'art. 8 è in grado di mettere insieme le società che gestiscono sia «servizi pubblici di interesse economico generale» oggetto della disciplina dell'art. 14 sia «servizi pubblici locali» regolamentati nel successivo art. 15 che, a sua volta, delega il Governo a definire «i criteri per l'individuazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» (lett. b).

Il quadro, non del tutto lineare, che ne esce è che, pur appartenendo allo stesso cluster definito dall'art. 8, lett. g, le società che gestiscono servizi pubblici «di interesse economico generale» dell'art. 14 e quelle che gestiscono servizi pubblici «locali di rilevanza economica» dell'art. 15 sono destinatarie già nel disegno di legge-delega di una diversa delega e, quindi, di discipline tendenzialmente diverse (dalla governance, ai rapporti con il socio, alle modalità di organizzazione dei servizi e loro affidamento, ecc.) nonostante la sovrapposibilità dei rispettivi oggetti sociali¹³. Con una diversità che potrebbe investire anche la regolamentazione della disciplina dei rapporti di lavoro (si veda *infra*) rischiando di introdurre una frantumazione che, negli ultimi tempi sembrava superata. Sul punto, tuttavia, torneremo più approfonditamente in sede di analisi dei rapporti tra art. 14 e art. 15 della delega (si veda § 6).

4. Principi e criteri direttivi per il riordino delle due tipologie societarie previste dall'art. 14

Come si è anticipato, l'art. 14 del disegno di legge, dopo avere introdotto quale principio generale di disciplina (differenziata) delle società pubbliche quello che lega, secondo un rapporto di proporzionalità, la misura crescente delle deroghe alla “ordinaria” disciplina privatistica alla misura crescente dell'attività e degli interessi pubblici perseguiti dalle società, delimita

¹² Il dubbio nasce dall'osservazione che la norma, pur introducendo questo elemento in chiusura del disposto normativo, è formulata in modo tale da potere essere intesa (piuttosto che in termini di tipizzazione di un elemento comune) quale espressione dell'intento di individuare una ulteriore e autonoma categoria di soggetti (tra quelli rientranti nella classe) caratterizzati proprio dall'essere «comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

¹³ Nel diritto europeo, infatti, la formula dei *servizi pubblici di rilevanza economica* equivale a quella dei *servizi di interesse economico generale* attraverso i quali si promuove la coesione sociale e territoriale nell'Unione europea, oggetto del protocollo n. 26 allegato al TFUE: cfr. F. LUCIANI, *op. cit.*, 741.

ulteriormente la regolamentazione delegata al Governo introducendo una precisa distinzione tra due tipologie societarie al fine di (pre)determinarne una diversa regolamentazione già nella delega.

Così, con riferimento alle *società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale* (lett. *c*) il legislatore delegato dovrà individuare «criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico ed evitare effetti distorsivi sulla concorrenza»¹⁴. Ciò significa che le deroghe alla disciplina privatistica (lett. *a*) dovranno essere specificamente orientate a introdurre vincoli, condizioni e controlli miranti ad assicurare che l'attività di queste società non si svolga in modo tale da violare la libera concorrenza che, evidentemente, è una condizione di contesto utile per l'ottimale gestione dei servizi pubblici di interesse economico. Non a caso, il rispetto della disciplina dell'Unione europea in materia di concorrenza costituisce il principio fondamentale che il legislatore delegante detta all'art. 15, lett. *c*, con riferimento ai servizi pubblici a rilevanza economica, questa volta, “locali” (si veda § 5).

Un approccio completamente diverso si osserva per le *società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative*, in relazione alle quali il legislatore delegato dovrà definire «i criteri di scelta tra modello societario e modello dell'amministrazione autonoma o criteri per l'internalizzazione» (lett. *b*).

Le caratteristiche di queste società strumentali, c.d. *in house*, sono quindi tanto prossime alle pubbliche amministrazioni “proprietarie” da consentire loro, nel nuovo assetto della disciplina delegata, di passare (per effetto di una scelta) da una governance espressione del “modello societario” a una riconducibile al “modello amministrazione autonoma” fino all'estremo di una soluzione “organizzativa” di vera e propria internalizzazione della gestione del servizio o della funzione.

Proprio la contiguità tra assetti organizzativi e gestionali in apparenza così diversi porta a ritenere che, in particolare, il modello societario delle *società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative* si confermerà (tra i modelli societari “usati” dalle PA) quello più fortemente inciso dalle deroghe alla disciplina privatistica (lett. *a*) in quanto riferito a una realtà organizzativa e funzionale (in termini di attività e di perseguimento di interessi pubblici) astrattamente suscettibile di assumere i connotati di un'amministrazione

¹⁴ Gli effetti distorsivi della concorrenza, precisa il disegno di delega, andranno evitati “anche” intervenendo sulla disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti nonché sulle forme di controllo della gestione e della qualità dei servizi (lett. *c*).

autonoma ovvero di “scompare” quale entità giuridica autonoma per essere assorbita dall’amministrazione pubblica.

Qui, peraltro, si affacciano questioni tipicamente lavoristiche come quella che concerne l’internalizzazione del personale della società partecipata quale conseguenza della scelta di dell’ente controllante di svolgere al proprio interno i servizi o le funzioni amministrative in precedenza (esternalizzati e) affidati alla società medesima; o ancora la questione, in parte analoga, del personale della società partecipata nel caso di passaggio dei servizi e/o delle funzioni a un’amministrazione autonoma (sempre nell’esercizio delle opzioni elencate nella lett. *b*).

Sul punto, la delega non precisa nulla anche perché i principi generali dell’art. 14 che collegano articolazione tipologica delle società e relativa “disciplina” (alla luce del ricordato criterio di proporzionalità) sembrano investire tutti i possibili contenuti regolativi (a cominciare da quelli aventi a oggetto la governance delle diverse tipologie societarie), con esclusione proprio di quelli concernenti i rapporti di lavoro (si veda *infra*).

La disciplina del personale, infatti, non risulta formalmente assoggettata *ex art.* 14 a una regolamentazione variabile (*alias*, a deroghe più o meno rilevanti rispetto alla disciplina privatistica) in ragione del tasso di interessi pubblici espressi dall’attività della società di appartenenza. Ciò, anche perché le questioni del personale sono oggetto di un ulteriore e specifico principio enunciato alla lett. *e* dall’art. 14 che, a sua volta (si veda *infra*), è declinato senza alcuna considerazione del modello di governance della società pubblica datrice di lavoro e delle sue possibili variazioni tipologiche (*ex* lett. *a*, *b* e *c* dell’art. 14).

Tuttavia, proprio l’estraneità – rispetto al contenuto della delega sulla disciplina del personale della lett. *e* – delle problematiche concernenti i lavoratori addetti ad attività soggette a possibili processi *latu sensu* di ripubblicizzazione di servizi o funzioni prima esternalizzati, ci induce a richiamare la necessità (prima ancora che l’opportunità) di una integrazione della delega contenuta nell’art. 14, lett. *b*.

Occorre, infatti, delegare il Governo a disciplinare, oltre ai criteri di scelta tra i diversi modelli di governance, anche gli effetti di tale scelte (ove determinino una modificazione del modello in atto ovvero una internalizzazione) con riferimento ai rapporti di lavoro in atto.

In proposito, la delega dovrà tenere conto di due elementi tra loro strettamente collegati.

Il primo è costituito dalla ripetuta affermazione da parte delle sezioni di controllo della Corte dei Conti dell’inapplicabilità, automatica e generalizzata,

del principio di continuità del contratto di lavoro previsto dell'art. 2112 c.c. nel caso di (re)internalizzazione in una pubblica amministrazione di attività in precedenza affidate all'esterno (ancorché a società pubbliche). Ciò in quanto l'applicazione del principio e, quindi, il passaggio dei lavoratori opererebbe soltanto per il personale già assunto con procedure concorsuali in modo da assicurare il rispetto dell'art. 97 Cost.¹⁵.

Il secondo elemento riviene dalle sentenze con le quali la Corte costituzionale ha pronunciato l'incostituzionalità per violazione dell'art. 97 Cost. delle norme regionali che, all'esito di processi di internalizzazione, consentivano (in vario modo) il "passaggio" all'interno di una pubblica amministrazione dei dipendenti di un organismo "privato" (già titolare delle attività e/o delle funzioni internalizzate). Si tratta di pronunce che, pur se riferite a leggi regionali e non nazionali, affermano il primato del concorso pubblico nell'accesso all'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni lasciando margini molti stretti per modalità di accesso diverse¹⁶.

A quest'ultimo proposito si è affermato, infatti, che le deroghe all'accesso con concorso pubblico devono essere delimitate in modo rigoroso «potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle; con la conseguenza che va esclusa la legittimità di arbitrarie restrizioni alla

¹⁵ Cfr., da ultimo, delibera C. Conti 3 febbraio 2012, n. 4, e anche C. Conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, delibera 10 novembre 2009, n. 987, le quali sollevano altresì la questione, tutt'affatto che secondaria, che il passaggio del personale determina un incremento, ordinariamente insostenibile, della spesa del personale dell'amministrazione che internalizza. Per ulteriori riferimenti M.G. MURRONE, *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente pubblico torni a svolgere attività prima trasferite?*, in *LPA*, 2009, n. 3-4, 660 ss.; S. BELLUMAT, *"Internalizzazione" di un'azienda in crisi nella pubblica amministrazione tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *ADL*, 2010, n. 4-5, II, 911 ss., nonché, più di recente, M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Giappichelli, 2012, 163 ss.; M. GIACONI, F. SCARPELLI, *Trasferimento di attività nelle pubbliche amministrazioni e rapporti di lavoro*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, 373 ss. Tralasciamo in questa sede i dubbi che questa posizione solleva sia con riferimento alla giurisprudenza comunitaria sull'applicabilità dell'art. 2112 c.c. alle pubbliche amministrazioni che in relazione alla ritenuta inapplicabilità alla fattispecie della re-internalizzazione dell'art. 31, d.lgs. n. 165/2001 (la cui applicazione viene limitata alle ipotesi di esternalizzazione): per riferimenti P. CHIECO, *I contratti di lavoro dei dipendenti pubblici alla prova dei processi di privatizzazione ed esternalizzazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, tomo I, 267 ss.; S. BELLOMO, *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali*, in AA.VV., *Innovazione tecnologica, esternalizzazione dei servizi e professionalità*, speciale n. 1 di *LG*, 2010, n. 11, 52 ss.

¹⁶ Cfr., da ultimo, C. cost. 21 maggio 2014, n. 134; C. cost. 11 ottobre 2012, n. 226.

partecipazione alle procedure selettive, dovendosi riconoscere al concorso pubblico un ambito di applicazione ampio, tale da non includere soltanto le ipotesi di assunzione di soggetti precedentemente estranei alle pubbliche amministrazioni, ma anche i casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio e quelli di trasformazione di rapporti non di ruolo, e non instaurati dall'origine mediante concorso, in rapporti di ruolo»¹⁷.

5. Principi e criteri direttivi del disegno di legge specificamente concernenti la disciplina del personale delle società pubbliche

Come si è anticipato, la disciplina da dettare in materia di personale delle società partecipate è oggetto del principio di cui alla lett. *e* dell'art. 14 che delega il Governo a procedere alla «razionalizzazione e rafforzamento dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi». In proposito, balza evidente che il legislatore delegante chiede al Governo non soltanto di procedere a un'attività di razionalizzazione dell'esistente (secondo l'impianto che contraddistingue, come si è visto, tutta la legge-delega) ma di andare oltre, «rafforzando» i criteri pubblicistici in talune specifiche materie. Il senso di questo mandato è ulteriormente chiarito dall'assenza, nella concreta configurazione e nella successiva attuazione di tali criteri, di qualsiasi riferimento alle diverse tipologie di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche.

Posto, infatti, che i «criteri pubblicistici» in materia altro non sono che «deroghe» alla corrispondente disciplina privatistica che dovrebbe informare l'azione di soggetti costituiti in forma societaria, nella lett. *e* dell'art. 14 non si rintraccia alcun criterio di proporzionalità comparabile con quello previsto nella lett. *a* del medesimo articolo, con riferimento (come si è visto) alla disciplina della governance e dei rapporti tra società e socio pubblico.

La scelta del legislatore delegante è, quindi, di imporre a *tutte* le tipologie di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche i medesimi criteri pubblicistici in materia di reclutamento, assunzioni e politiche retributive (oltre che acquisti). Scelta che è, essa stessa, espressione della dichiarata volontà del legislatore di procedere (non solo alla razionalizzazione ma, ancor più) al rafforzamento nell'applicazione di tali criteri posto che essi, nell'attuale

¹⁷ Così, C. cost. 13 settembre 2012, n. 217.

disciplina, variano per ampiezza e per intensità, in ragione delle diverse tipologie di società partecipate.

Vi è infatti che, tra le «società a partecipazione pubblica totale o di controllo»¹⁸, ve sono alcune – connotate dall’essere inserite nell’elenco Istat (*ex art. 1, comma 3, l. 31 dicembre 2009, n. 196*)¹⁹ – soggette soltanto all’adeguamento delle politiche assunzionali ai limiti posti agli enti pubblici di riferimento; altre – connotate dalla loro natura “locale”²⁰ – che debbono invece attenersi al principio di riduzione dei costi del personale contenendo gli oneri contrattuali e le assunzioni, sulla base di un atto di indirizzo dell’ente controllante ovvero, con specifico riferimento al contenimento degli oneri contrattuali, mediante *recepimento* in sede di contrattazione di secondo livello; altre ancora – definite *società affidatarie in house*²¹ – tenute ad applicare direttamente criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell’art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, oltre che a rispettare i vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabilite secondo le modalità, innanzi ricordate, definite dall’art. 18, comma 2-*bis*, cit.

L’applicazione a questa variegata normativa del principio di razionalizzazione in direzione del rafforzamento dei criteri pubblicistici orienta, quindi, l’intervento del legislatore delegato verso le declinazioni capaci di tradurre in termini “rafforzati” e, quindi, più stringenti i vincoli in materia di reclutamento e di assunzioni ovvero le limitazioni sul versante delle politiche retributive.

Senza peraltro escludere un innalzamento dei vincoli e dei limiti quale ulteriore modalità di traduzione normativa del rafforzamento dei criteri in questione.

¹⁸ Si tratta della formula più diffusa per designare le società pubbliche diverse da quelle di gestione dei servizi pubblici locali ma non unica (si veda *infra*).

¹⁹ Il riferimento è alle previsioni dell’art. 9, comma 29, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122.

²⁰ Il riferimento alla ultima formulazione (variata 3 volte nel corso di pochi mesi nel 2014) dell’art. 18, comma 2-*bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 (come sostituito, da ultimo, dalla l. 23 giugno 2014, n. 66, di conversione del d.l. 24 aprile 2014, n. 66), che fa oggi riferimento alle «società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo».

²¹ Il riferimento è alle previsioni dell’art. 3-*bis*, comma 6, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con l. 14 settembre 2011, n. 148, così come modificato dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147, che all’art. 1, comma 550, ha disposto che le modifiche si applicano alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell’elenco di cui all’art. 1, comma 3, della l. 31 dicembre 2009, n. 196, con esclusione degli intermediari finanziari di cui all’art. 106 del TU bancario, nonché delle società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e loro controllate.

Certo, va detto, questa direttrice di azione si pone in controtendenza rispetto ai più recenti interventi dello stesso Parlamento che ha in discussione la legge-delega qui commentata.

Infatti, senza in alcun modo ripercorre in questa sede i molteplici, contorti e, non di rado, contraddittori interventi legislativi in materia, va quantomeno segnalato che il diritto vigente non presenta più le prescrizioni che avevano maggiormente innalzato nei confronti delle società pubbliche i vincoli in materia di assunzioni e di contenimento della spesa del personale²².

In ogni caso, che la volontà del legislatore delegante sia quella di una nuova stretta sulle società pubbliche emerge altresì dalla significativa e specifica indicazione contenuta nella lett. e dell'art. 14 lì dove finalizza il principio di razionalizzazione e di rafforzamento dei criteri pubblicistici al «contenimento dei costi», vero e proprio super-criterio nella costruzione delle politiche statali sull'impiego pubblico e, specificamente, sulla spesa per il personale delle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche²³.

Insomma, non è azzardato leggere in questi drivers, accanto agli obiettivi di razionalizzazione e semplificazione (assolutamente necessari) della disciplina in materia, da raccogliere e coordinare in un unico testo normativo, anche l'intendimento di innalzare nuovamente i vincoli e i limiti pubblicistici al fine di (ulteriormente) contenere la spesa per il personale.

²² Infatti, pur partendo dalla necessità di superare vere e proprie contraddizioni via via emerse nella rete dei provvedimenti in materia (spesso, come si è detto, segnati da ambiti di applicazione sempre diversi, definiti volta per volta) l'attuale formulazione dell'art. 18, comma 2-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 (come modificato dalla l. 23 giugno 2014, n. 66, si veda sopra, testo e nota 21), è ben diversa da quella previgente che imponeva direttamente in capo alle società l'applicazione dei divieti e limitazioni alle assunzioni di personale in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante. Ed ancora più incisivi erano i vincoli posti dai commi 9, 10 e 11 dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135 (abrogati dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147, comma 562, lett. a), che imponeva alle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni «che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento» dell'intero fatturato di applicare le disposizioni limitative in materia di assunzioni di personale, di rispettare precisi limiti nei contratti flessibili e di collaborazione autonoma, di rispettare un tetto alla retribuzione individuale dei lavoratori stabilito in modo tale che il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, ivi compreso quello accessorio, non potesse superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011.

²³ Sull'inversione di tendenza (rispetto al passato) e l'avvio di questo processo sia consentito il rinvio a P. CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, 265 ss.

Queste considerazioni trovano ulteriore conferma nell'osservazione che nella lett. e in esame sembra non esservi spazio (a differenza di quanto avvenuto sino ad oggi)²⁴ per una differenziazione tra società partecipate dallo Stato e partecipate dalle amministrazioni locali nell'applicazione dei criteri pubblicistici in materia di reclutamento, assunzioni e politiche retributive²⁵.

Tuttavia, ferme rimanendo le direttrici in favore delle standardizzazione della disciplina, sembra ragionevole ritenere che la concreta traduzione salvaguarderà il criterio, presente nella legislazione degli ultimi anni, che prevede l'applicazione alla società partecipata dei medesimi vincoli assunzionali e retributivi imposti all'ente pubblico controllante, posto che tali vincoli (ad esempio percentuali del *turn over* ammissibile) variano in ragione proprio della tipologia dell'ente pubblico (comune, provincia, regione, azienda sanitaria, Stato, ecc.).

In ogni caso, in materia di assunzioni e di costi del personale delle società partecipate, l'art. 14 del disegno di legge sembra mettere in discussione una modalità di attuazione di tali vincoli che si era affermata negli interventi legislativi più recenti.

Il riferimento è all'attuale formulazione all'art. 18, comma 2-*bis*²⁶, che, dopo avere stabilito in capo all'ente locale controllante di adottare un *atto di indirizzo* contenente i criteri e le modalità di attuazione del contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale delle società controllate,

²⁴ L'art. 18, comma 2-*bis*, nella sua ultima formulazione, delimita l'ambito di applicazione alle società a partecipazione pubblica *locale*; analogamente il comma 6 dell'art. 3-*bis*, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14 novembre 2011, n. 148, pur riferendosi genericamente alle società affidatarie *in house* contiene una disciplina che espressamente ribalta sulle società i vincoli posti in capo all'*ente locale controllante*, così delimitando l'ambito oggettivo di applicazione alle sole società *in house* controllate dagli enti locali.

²⁵ Negli stessi termini la Corte dei Conti in sede di audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul ddl S 1577.

²⁶ Ex l. 23 giugno 2016, n. 66, che ha opportunamente modificato la precedente formulazione della disciplina contenente il rinvio alla contrattazione collettiva, introdotta (qualche mese prima) con l'art. 1, comma 557, l. 27 dicembre 2013, n. 147, foriera di gravi incertezze in ordine alla concreta applicazione dei vincoli "legali" condizionati alla sottoscrizione (tutt'altro che scontata) di un contratto collettivo di secondo livello. Con la formulazione dell'art. 18, comma 2-*bis*, voluta dalla l. n. 147/2013, infatti, la prescritta applicazione degli obblighi di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria posti a carico delle amministrazioni locali controllanti avveniva «su atto di indirizzo dell'ente controllante, nella contrattazione di secondo livello» chiamata testualmente a stabilire «la concreta applicazione dei citati vincoli alla retribuzione individuale e alla retribuzione accessoria, fermo restando il contratto nazionale di lavoro vigente alla data di entrata in vigore della presente disposizione».

precisa che queste ultime «adottano tali indirizzi con propri provvedimenti e, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, gli stessi vengono recepiti in sede di contrattazione di secondo livello».

In tal modo, la specifica determinazione dei vincoli assunzionali e del contenimento dei costi del personale viene affidata all'ente controllante e, con specifico riferimento alla riduzione degli oneri contrattuali, alla contrattazione collettiva di II livello, chiamata a "recepire" gli indirizzi dell'ente controllante, secondo un meccanismo che risulta piuttosto lontano dai principi e criteri della legge-delega. Piuttosto che andare nella direzione della standardizzazione *ex lege* dei vincoli pubblici, il meccanismo dell'art. 18, comma 2-*bis*, infatti, consente una estrema variabilità nell'implementazione di quei vincoli frutto delle "scelte" di ciascun ente locale controllante, ulteriormente articolabili in riferimento al "settore" nel quale opera la società partecipata.

Ebbene, se fosse corretta la lettura in termini d'incompatibilità di questo modello (di attuazione dei vincoli pubblici) con i principi del disegno di legge, la scelta così operata sarebbe, a mio parere, del tutto condivisibile in quanto verrebbe eliminato un meccanismo decisamente criticabile; e non solo per il rischio, tutt'altro che marginale, di consentire anche operazioni strumentali (come ad esempio l'omessa adozione dell'atto di indirizzo ovvero la sua adozione con contenuti laschi) da parte di enti locali che hanno utilizzato – e provano a continuare ad utilizzare – le proprie società partecipate per realizzare politiche assunzionali e/o retributive "espansive" per finalità magari legate a interessi clientelari.

I gravi limiti del comma 2-*bis* dell'art. 18, infatti, risiedono anche nella parte in cui prevede quello che appare come un obbligo (non a trattare ma) a contrarre in capo a società e organizzazioni sindacali che, proprio per il fatto di riguardare una materia ostica come il contenimento degli oneri contrattuali, da regolare, per giunta, in *recepimento* dell'indirizzo dell'ente locale controllante, affida di fatto alle rappresentanze sindacali aziendali e alle organizzazioni sindacali di categoria un potere di veto destinato a tradursi in un possibile blocco della concreta attuazione delle misure di contenimento dei trattamenti collettivi.

In conclusione, va rilevato che la lett. *e* in esame nulla dice in ordine agli altri istituti oggetto di specifiche discipline dettate alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni (specie nella legislazione più recente)²⁷ che,

²⁷ Si veda l'art. 3, commi 7-*bis* e 7-*ter*, del d.l. 31 marzo 2013, n. 101, convertito con modificazioni dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125, in materia di trattamento dei dirigenti nonché i commi 563-568 della l. 27 dicembre 2013, n. 147, in materia di mobilità del personale.

tuttavia, potranno essere certamente riprese, razionalizzate e semplificate ai sensi dell'art. 12 del disegno di legge.

6. La disciplina del personale delle società che gestiscono servizi pubblici locali

Come si è già osservato, a differenza delle società che gestiscono servizi pubblici «di interesse economico generale», destinatarie dei principi e dei criteri dettati dall'art. 14 del disegno di legge-delega, le società per la gestione dei «servizi pubblici *locali*» sono sottoposte alla disciplina del successivo art. 15 che si premura, anzitutto, di delegare il Governo a definire i criteri per individuare tra i servizi, quelli aventi «rilevanza economica» (art. 15, lett. *b*) e, perciò, rientranti nella competenza del legislatore nazionale²⁸.

È con riferimento a questi ultimi, infatti, che il disegno di legge confeziona i diversi e dettagliati criteri (dalla governance ai controlli; dai rapporti con il socio alle modalità di organizzazione dei servizi e loro affidamento sino alla definizione dei regimi tariffari) dettati, peraltro, avendo quale riferimento fondamentale quel principio di salvaguardia della concorrenza (in coerenza della disciplina europea: art. 15, lett. *c*, valevole, come si è visto, anche per la gestione dei servizi pubblici «di interesse economico generale» (art. 14, lett. *c*)²⁹.

Ebbene, il confronto tra le disposizioni riguardanti le società che gestiscono servizi pubblici contenute nell'art. 14 (dedicate a quelle di interesse economico generale) e nell'art. 15 (dedicate a quelle di rilevanza economica locale) emerge come, di fatto, venga riprodotta la distinzione tra gestori (di servizi pubblici) nazionali e locali al fine di differenziare la delega e, tendenzialmente, la disciplina che ne deriverà.

Con l'ulteriore rilievo che questa diversità sembra investire anche la disciplina dei rapporti di lavoro, oggetto di espressa delega nell'art. 14 ma non nel successivo art. 15.

²⁸ I servizi pubblici non aventi rilevanza economica rientrano, infatti, nella competenza regolativa delle Regioni o degli stessi enti locali: cfr. H. BONURA, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzativa degli enti locali* (commento a C. Stato 23 ottobre 2012, n. 5409), in *GDA*, 2013, n. 4, 398 ss., ed ivi per ulteriori riferimenti.

²⁹ Molto critica nei confronti della distinzione, proposta negli artt. 14 e 15 del disegno di legge, tra servizi pubblici di rilevanza economica generale e locale, è la Corte dei Conti, in sede di audizione sul disegno di legge la quale, a conferma della sovrapposibilità tra le due nozioni, richiama C. cost. n. 325/2010.

Tuttavia, questa prima impressione deve essere a mio parere superata da una più attenta lettura del disegno di legge.

Se, infatti, nell'art. 15 non c'è alcun oggetto che direttamente o indirettamente³⁰ chiami in causa il personale nella delega per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali, a diverse conclusioni deve giungersi in relazione all'art. 14. Il suo comma 1, infatti, nel dettare i principi e criteri direttivi – e tra questi quelli specificamente concernenti il personale (lett. *e*) – riferisce l'ambito di applicazione della delega al riordino della disciplina delle *partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche*, con una definizione tanto ampia da ricomprendere anche le società che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Se questa conclusione è corretta, ne deriva che la (speciale) disciplina per il personale di queste società sarà la stessa dettata in attuazione dell'art. 14, lett. *e*, del disegno di legge (si veda § 4).

³⁰ Invero, le uniche disposizioni che fanno riferimento in senso lato alla gestione delle società di servizi pubblici locali, suscettibili perciò di evocare anche la gestione dei rapporti di lavoro, sono però contenute nella lett. *c*.

Modelli e strumenti per la mobilità interna del lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative

di Marco Esposito

1. I temi della mobilità nel lavoro pubblico: le incolmate distanze tra progetto legislativo ideale e resa operativa reale

L'organica riforma con cui si è proceduto a contrattualizzare i rapporti di lavoro della maggior parte dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, avviata nel 1992 con la l. n. 421/1992 e rimaneggiata più volte nel corso del tempo, ha sempre dedicato agli istituti della mobilità del personale un'attenzione specifica e importante. Gli istituti della mobilità, in effetti, sono stati al centro di tanti interventi normativi e progetti legislativi anche prima di tale riforma, tanto da poter dire che l'area della mobilità rappresenta da sempre uno snodo regolativo e organizzativo essenziale nonché strategico per le amministrazioni pubbliche. Peraltro, poi, va sin d'ora notato che i diversi innesti specifici sulla materia – successivi alla contrattualizzazione degli anni '90 e compresi i più recenti – risultano ancor più frequenti e disarticolati di quelli che, in generale, hanno nel tempo messo mano a un processo di manutenzione della riforma originaria sopra richiamata: processo già, nel suo insieme, non certo lineare.

L'attenzione rivolta al tema poggia su una risalente consapevolezza – comprovata solo in parte da puntuali rilevazioni quantitative e rilievi oggettivi, mai comunque sufficientemente discussi in sedi pubbliche – di una diffusa e radicata irrazionalità organizzativa in ordine alla distribuzione del personale: sia all'interno della medesima amministrazione (specie sul versante

geografico-territoriale) sia tra le diverse amministrazioni. Non vi è riforma dell'impiego pubblico, pertanto, che abbia eluso le questioni della mobilità dei dipendenti e molti sono stati i tentativi di porvi mano in modo risolutivo.

Anche l'attuale compagine governativa vi è ritornata sopra con buona intenzione, ma le prime disposizioni legislative fanno pensare a innovazioni che, pur di rilievo, non agiscono sulla razionalità complessiva del sistema. Per vero, in alcuni casi, siamo di fronte a specificazioni o puntualizzazioni che evidenziano prassi e condotte già possibili – a mio avviso – sulla scorta di un'applicazione rigorosa e sensata del quadro normativo previgente. Ciò non supera quindi ma conferma, e anzi ne è forse precisa conseguenza, il tendenziale carattere “ineffettivo” delle disposizioni normative inerenti ai fenomeni e agli istituti della mobilità dei lavoratori pubblici¹.

Le ragioni di questa criticità affondano in un passato non troppo remoto. In effetti, nell'elenco delle garanzie accessorie legate alla condizione di *status* riconosciuta ai pubblici impiegati, prima della contrattualizzazione del loro rapporto di lavoro, la tendenziale e, in pratica, sostanziale inamovibilità per ragioni organizzative si collocava tra quelle più resistenti al cambiamento, ma, al contempo, tra le meno evidenti ovvero, meglio, tra le più opache².

Va detto che sul piano generale non sono mai mancate precipue indicazioni legislative in materia; già a partire dal Testo unico dell'impiego civile statale (d.P.R. n. 3/1957) che, all'art. 32, contemplava il *trasferimento per esigenze di servizio*. Il provvedimento al tempo regolato risultava circondato da una rete protettiva e di *benefits* tali – anche avuto riguardo alla considerazione di circostanze personali del lavoratore – che non stupisce lo scarso rilievo casistico-giurisprudenziale assegnato, nei repertori di tutti i tempi, a quell'articolo: a testimonianza di un ricorso allo stesso davvero poco significativo. Ancora più evidente è, poi, la considerazione del tema nella c.d. “legge-quadro” del 1983 (l. n. 93/1983), dove da un lato la “mobilità” si rinviene tra le materie di competenza degli accordi sindacali – per l'esattezza, «i criteri per l'attuazione della mobilità del personale, *nel rispetto delle inamovibilità previste dalla legge*» (art. 3; corsivo dell'A., *ndr*) – e, dall'altro, si sancisce l'espressa regola per cui, a parità di qualifica, fosse fatta valere per

¹ Cfr. a tal proposito le osservazioni di S. MAINARDI, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, tomo II, 713 ss.; cfr. anche G. D'ALESSIO, D. BOLOGNINO, *La mobilità del personale pubblico*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2013, 225 ss.

² Si tratta di aspetti messi bene in evidenza da M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, 1978.

i dipendenti la “piena mobilità” all’interno di ciascuna amministrazione o fra amministrazioni dello stesso ente.

Se, però, i principi della legge-quadro rimanevano ancora molto legati alla vecchia concezione del rapporto di servizio del dipendente pubblico, risultando a tratti contraddittori, non può dirsi lo stesso per alcuni sviluppi successivi.

Nella seconda metà degli anni ‘80 si assiste, infatti, a un graduale ma significativo cambiamento di cultura politico-giuridica che sfocerà in tre specifici interventi normativi: l’art. 6 del d.P.R. n. 13/1986; l’art. 24 della l. 67/1988 e, infine, il noto d.P.C.M. n. 325/1988, con la sua organica disciplina delle *Procedure per l’attuazione del principio di mobilità nell’ambito delle amministrazioni pubbliche*. È in questa fase che la mobilità collettiva del personale pubblico comincia ad acquisire la sua identità di “fattispecie attrattiva”: di fattispecie, cioè, centrale e tendenzialmente polarizzante l’attenzione del legislatore. E il legislatore in tali anni delinea un modello di governo che, apparentemente abbandonato con il consolidarsi del processo di contrattualizzazione, è riaffiorato nei suoi tratti essenziali in una stagione più avanzata della legislazione sul lavoro pubblico.

A rileggere i provvedimenti di quel tempo³ è difficile, quindi, non rimanere scossi. Oggi, a trent’anni di distanza da quell’intensa stagione regolativa, lo sfondo organizzativo sembra lo stesso, fermo e identico; uno sfondo “immobile”, per ricorrere a un facile gioco terminologico. Così come il quadro normativo stesso non sembra avanzato, proponendosi oggi a tratti, nuovamente, un modello tendente alla centralizzazione del governo dei fenomeni della mobilità, in particolar modo di quella collettiva per esubero. Modello apparentemente razionale ma davvero complesso sul piano gestionale, a causa di problemi di ordine molto pratico.

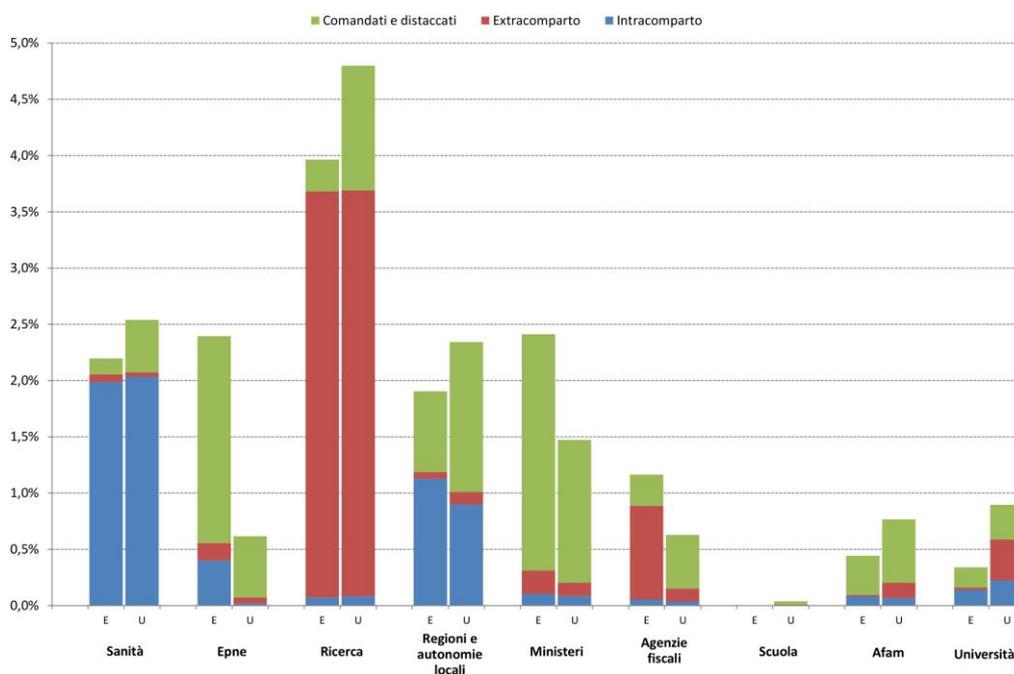
Questa criticità è testimoniata da indagini puntuali e molto utili: dell’Aran, anzitutto, che nel corso del 2013 e inizio 2014⁴ ha predisposto una serie di

³ Per una ricostruzione dei modelli e dell’evoluzione legislativa in materia, con uno sguardo cronologicamente prossimo alle riforme segnalate nel testo, si veda per tutti V. LUCIANI, *La mobilità del lavoro pubblico tra fonti unilaterali e procedure negoziali*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Lo spazio negoziale nella disciplina del lavoro pubblico*, Il Mulino, 1995, 221 ss.; V. LUCIANI, “Centralismo” e “garantismo” nella mobilità del lavoro pubblico, in F. CARINCI (a cura di), *I licenziamenti collettivi*, Utet, 1997, 130 ss.

⁴ ARAN, [Mobilità nella pubblica amministrazione](#), 2013. Ma si veda già Aran, [Le caratteristiche della mobilità nei comparti del pubblico impiego](#), Aran Occasional Paper, 2012, n. 1. Per una qualificata critica verso l’utilizzo inadeguato degli strumenti della mobilità si veda F. VERBARO, [Mobilità e gestione delle risorse umane nella pubblica amministrazione](#), in [Aran Newsletter, settembre-ottobre 2004, n. 5](#), 4 ss.

statistiche sui flussi di mobilità 2010/2011/2012 del personale pubblico e di *Forum PA*⁵, che ha rielaborato a sua volta quei dati. Entrambe le rilevazioni dimostrano la scarsa mobilità tra amministrazioni, anzitutto, dello stesso comparto ma anche di comparti diversi. Inoltre ancor più significativa è l'assenza, in queste indagini, di una quantificazione della mobilità interna alle amministrazioni. Il grafico che segue è davvero eloquente.

Mobilità in entrata e in uscita nei comparti contrattualizzati Aran 2012



Fonte: elaborazioni Aran su dati RGS-IGOP, aggiornati al 16 dicembre 2013

Entrando più nel dettaglio, due dati emergenti da quegli studi sembrano meritevoli di essere messi in rilievo, mettendo a parte ovviamente quanto già detto con riferimento alla penalizzante parzialità di una rappresentazione priva dei riferimenti sui flussi di mobilità interna. I dati sono i seguenti: a) l'assoluta prevalenza di mobilità volontarie, cioè attivate a domanda del lavoratore ovvero, se anche attivate su impulso dell'amministrazione, comunque fondate su un'esplicita manifestazione di volontà adesiva da parte del lavoratore; b) il ricorso ancora molto massiccio in alcuni comparti – in particolare nei Ministeri – a succedanei della mobilità definitiva, cioè a strumenti, quali il

⁵ FORUM PA, *I dipendenti pubblici sono troppi?*, maggio 2013. Si veda anche l'edizione 2014 del medesimo rapporto.

comando e il distacco, che sotto la veste di spostamenti temporanei finiscono con il sostanziale assegnazioni definitive, che aggirano di fatto la densa procedimentalizzazione del potere di trasferimento del datore di lavoro pubblico.

Da entrambi i dati è facile desumere alcuni tra i fondamentali problemi che contraddistinguono la resa in concreto ovverosia l'operatività della disciplina legale e contrattuale. Anzitutto una sostanziale ritrosia datoriale al governo unilaterale dei processi di mobilità; una vischiosità procedurale, talvolta di stampo vetero-pubblicistico; una programmazione statica e inadeguata, ben poco funzionale, dei flussi di mobilità: in sintesi, una latente abdicazione gestionale.

A tali fattori di freno non si può non aggiungere la robusta politica di tagli alla spesa pubblica che ha contraddistinto l'azione governativa degli ultimi anni. Essa, nel ridimensionare i costi complessivi per il personale pubblico, ha ovviamente eluso la questione degli inevitabili investimenti economici che una seria politica della mobilità impone; ciò in termini di incentivi e di sostegno ai trasferimenti del personale, anche, in un'ottica di funzionale riqualificazione del personale coinvolto nei possibili provvedimenti di riallocazione organizzativa. Vi è di più: nel 2011, con la l. n. 183/2011, il legislatore ha addirittura operato un radicale sfoltoimento delle diverse indennità previste in caso di trasferimenti, sia legali sia contrattuali.

Il fatto più eclatante e contraddittorio è nell'intenzione di far discendere da quei tagli processi di mobilità dalle fattezze, nei propositi, "bibliche": basti pensare che nel biennio 2011/2012, già a valle di pregresse restrizioni, sono stati prescritti tagli lineari davvero rilevanti alle dotazioni organiche di quasi tutte le amministrazioni pubbliche e le politiche per la redistribuzione dei contingenti di lavoratori pubblici sono assurte a capitolo specifico degli interventi per la riduzione del debito pubblico italiano. La disciplina del d.l. n. 95/2012 è intervenuta ampiamente e specificamente su questi aspetti, ma i risultati sono stati scarsi e poco pubblicizzati.

In linea di massima dunque, pur radicale e per tanti versi discutibile il punto di partenza, ci sarebbero stati molti presupposti per attivare innovative strategie di mobilità; addirittura ribaltando l'indiscutibile cifra di tante normative del passato, dove le esigenze di funzionalità delle organizzazioni pubbliche parevano spesso rimanere troppo sullo sfondo del dato normativo e delle conseguenti prassi applicative.

2. La mobilità volontaria tra amministrazioni diverse e quella c.d. collettiva: paradigmi utili ma non affatto esaustivi

Il problema è ovviamente complesso. Lo si è detto sopra; più che l'insufficienza del quadro regolativo in sé il fattore di maggiore criticità sembra una scarsa attitudine e volontà gestionale, unita ad un'avaria economico-finanziaria senza precedenti. Sia l'una sia l'altra finiscono per piegare su se stessa la regolamentazione di riferimento, oggettivamente non del tutto costruita secondo schemi sempre rispondenti ad una concezione ordinaria, funzionale e fisiologica degli strumenti della mobilità.

Ne è riprova il fatto che il nostro tema si polarizza, sul versante legislativo e contrattuale, su un complesso di istituti che trovano tutti collocazione nel capo III del titolo II del d.lgs. n. 165/2001 (*Uffici, piante organiche, mobilità e accessi*); collocazione che conferisce loro una precisa identità – la mobilità come strumento per così dire “interno” di copertura delle dotazioni organiche in concorrenza con le procedure di concorso, aperte all'esterno⁶ – estranea alla quale risulta, però, proprio il funzionamento della mobilità quale normale fase di gestione e organizzazione del rapporto di lavoro: salvo quanto si dirà tra breve alla luce della mini-riforma del 2014.

Nel detto capo ci si occupa anzitutto di un ampio ventaglio di vicende da attuarsi, a seconda dei casi, mediante: una mobilità inter-compartimentale (art. 29-*bis*); il passaggio diretto di dipendenti da un'amministrazione all'altra su domanda del dipendente interessato (art. 30); il passaggio temporaneo di dipendenti presso istituzioni internazionali, dell'Unione europea o di altri Stati (art. 32); il passaggio di dipendenti a soggetti pubblici o privati in conseguenza di trasferimento o conferimento di attività (art. 31). Nei successivi articoli dello stesso capo il legislatore regola poi in modo articolato e dettagliato una fattispecie di mobilità del tutto diversa, quella “collettiva” in caso di accertati “esuberanti”: una procedura autonoma finalizzata a gestire il personale dichiarato eccedente e collocato in disponibilità a seguito delle periodiche, obbligatorie ridefinizioni delle dotazioni organiche (artt. 33, 34 e 34-*bis*).

Due sono gli istituti cardine di questo capo, maggiormente studiati – non parimenti impiegati – vale a dire il passaggio diretto *ex art. 30*⁷ e la procedura

⁶ Cfr. in tema M. RANIERI, *Accesso al lavoro pubblico ed esperimento preventivo delle procedure di mobilità*, in *LPA*, 2013, n. 5, 757 ss., nonché M. D'APONTE, *Mobilità del pubblico dipendente e scorrimento delle graduatorie dei concorsi pubblici: le incertezze del legislatore e l'incubo ricorrente del contenimento della spesa pubblica*, in *LPA*, 2014, n. 1.

⁷ Fra i tanti studi sulla norma si segnalano, di seguito, i principali: F. BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze*

di mobilità *ex artt.* 33 ss.; i quali, pur entrambi centrali, sono in linea di principio svincolati l'uno dall'altro. Il passaggio diretto di un dipendente si può, infatti, realizzare a prescindere dalla sussistenza di un'eccedenza di personale, anche se – è opportuno ricordarlo – l'istituto è pur sempre uno strumento privilegiato di mobilità, comunque espressamente evocato, nel caso di gestione degli esuberanti, dall'art. 33, comma 6. In quest'ultima disposizione si contempla, tra l'altro, l'intervento della contrattazione collettiva per riassorbire i dipendenti dichiarati eccedenti attraverso una mobilità “fuori regione” verso un'altra amministrazione.

L'anomalia è nel fatto che, sul piano sistematico, pare che la mobilità su domanda e quella per esuberanti assorbano quasi per intero gli ambiti della mobilità⁸ o almeno che, concettualmente, la mobilità coincida quasi sempre con l'uscita del lavoratore dall'organico della sua amministrazione di appartenenza in direzione di una diversa, che presenta carenze di organico: ciò per motivi personali del lavoratore ovvero, al limite, per esigenze di conservazione dell'impiego ovvero, più in generale, dei livelli occupazionali.

delle pubbliche amministrazioni, Giappichelli, 2013, 449 ss.; P. COSMAI, *La mobilità nel pubblico impiego ante e post Brunetta*, in *LG*, 2010, n. 1, 56; L. FIORILLO, *Il trasferimento e la mobilità*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2014, 2736 ss.; G. LEONE, *La mobilità individuale e collettiva*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, 239 ss.; A. RICCOBONO, *La nuova disciplina della mobilità volontaria*, in M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo. D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135) (Spending Review)*, Cedam, 2013, 138 ss. Per alcune riflessioni “a caldo” e un inquadramento iniziale dell'istituto rinvio a M. ESPOSITO, *Art. 33. Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni)*, in *NLCC*, 1999, n. 5-6, 1242 ss.

⁸ Secondo gli estensori del *paper Aran* (2012) queste due sono le forme di mobilità prevalenti e assorbenti nel lavoro pubblico. Si legge del resto, in altro studio, che «solo impropriamente può parlarsi di *mobilità interna* con riguardo alle procedure di trasferimento intra-amministrazione. [...] la nozione di mobilità, in senso proprio e giuridico, riguarda esclusivamente il fenomeno della successione di distinti rapporti di lavoro alle dipendenze di diverse amministrazioni» (F. VERBARO, *La mobilità nella pubblica amministrazione*, 2004, 3-4, in www.aransicilia.it, sezione *Pubblicazioni e documenti*); la posizione, netta e opinabile, sembra rivista da questo stesso A., il quale, altrove, include espressamente tra le definizioni di mobilità «il passaggio diretto di dipendenti ad altro ufficio all'interno dell'amministrazione» (così F. VERBARO, *Mobilità e gestione delle risorse umane nella pubblica amministrazione*, cit., 4, sebbene appaia comunque curioso il termine “passaggio diretto” utilizzato per descrivere, almeno così sembrerebbe, il trasferimento interno).

Tutto dà l'impressione che l'ordinario esercizio del potere di trasferire rappresenti quasi una forma residuale di direzione del rapporto di lavoro.

A questo punto il discorso potrebbe anche diversificarsi; là dove è chiaro che, quando immaginiamo una diffusa applicazione del potere di modificare il luogo della prestazione di lavoro, stiamo pensando ad amministrazioni con articolazioni organizzative territoriali distribuite su più regioni, su un'intera regione o, almeno, su un ambito provinciale o metropolitano; viceversa nelle molte realtà amministrative tendenzialmente concentrate su una sola sede indubbiamente la problematica si pone con accenti diversi, di ben minor criticità. Di minor criticità e tuttavia, spesso, di eguale complicazione; perché – come vedremo tra breve – chiarire con puntualità le fonti e i contorni del potere di trasferimento è questione generale, spesso prescindente dalla dimensione materiale di un'amministrazione in quanto legata principalmente all'articolazione organizzativa di quest'ultima, alla sua strutturazione logistico-funzionale.

3. Il potere di trasferire delle pubbliche amministrazioni: fonti, raffronti diacronici e asimmetrie regolative

Il tema centrale da dispiegare diviene, allora, la disciplina della mobilità del personale all'interno delle unità operative di una singola amministrazione: quella vicenda che abbiamo sin qui richiamato appunto come "mobilità interna". Quando parliamo di *trasferimento* del lavoratore si dovrebbe considerare sempre quest'ultimo come principale ambito di riferimento funzionale. E non vi è dubbio che il potere di trasferire si possa – si dovrebbe sempre – realizzare anzitutto entro questo primo "girone" organizzativo, per diverse ragioni: le opportunità di una rilevazione e di una pianificazione dei fabbisogni di personale presumibilmente immediata e diretta ovvero sia più lineare; la possibilità di conservare e salvaguardare il patrimonio professionale del lavoratore nel dispiego di mansioni già inserite in un certo contesto organizzativo (la Prefettura di Napoli e quella di Torino seguono gli stessi procedimenti, tendenzialmente); una coerenza economico-finanziaria più stringente e favorita dall'interrelazione fra tre vicende organizzative primarie: carenze, eccedenze ed estinzioni riferibili ad un insieme strutturale tendenzialmente omogeneo. Detto con grande semplicità una razionale distribuzione interna potrebbe tante volte prevenire le stesse dichiarazioni di eccedenza.

Non vi può essere dubbio, del resto, che la funzionalità di un'amministrazione passi per la sua capacità, e la conseguente piena prerogativa, di distribuire razionalmente il personale alle proprie dipendenze.

Si tratta di un potere sostanziale e a testimoniarlo vi è la più evidente delle sponde normative, vale a dire la generale indicazione del licenziamento disciplinare (per giustificato motivo soggettivo, quindi con preavviso) quale reazione al diniego di osservare una disposizione di trasferimento. Si tratta di una regola sancita prima nei vari codici disciplinari dei diversi comparti pubblici e oggi, poi, a livello legislativo. L'art. 55-*quater*, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 165/2001 – introdotto nel 2009 – prevede, infatti, «l'*ingiustificato* rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio» come puntuale ipotesi di infrazione da sanzionarsi con il licenziamento.

Nella citata disposizione legislativa, invero, si potrebbe ricavare una specifica integrazione della disciplina della mobilità interna, pienamente in linea di continuità con quella regolata sin dal 1957 (il «trasferimento per esigenze di servizio»): il dato letterale non va eccessivamente sopravvalutato, certo, anche se l'art. 55-*quater* non ci parla sicuramente solo di licenziamento disciplinare. Da esso traiamo due importanti indicazioni: a) il trasferimento deve essere motivato, nel senso che trasparenti e oggettive devono risultare le sue ragioni; b) il lavoratore può opporvi un rifiuto giustificato.

Ma queste indicazioni rappresentano la sostanziale specificazione di una regola generale in tema di trasferimento o delimitano semplicemente il fatto disciplinare rilevante ai fini dell'applicazione del licenziamento? Il quesito rivela che in termini di principio abbiamo serie problematicità già per l'individuazione certa della primaria fonte regolatrice di riferimento; a fronte, paradossalmente, di quella che doveva invece presentarsi come un momento di semplificazione: ci si riferisce alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro. L'auspicio era che, riconducendo anche gli istituti della mobilità alla disciplina del rapporto di lavoro nell'impresa privata, si sfozzasse un aggregato molto complesso e variegato di regole – trasferimento di ufficio, trasferimento a domanda, trasferimento per incompatibilità ambientale, trasferimento compensativo, mobilità in senso stretto (quella collettiva) – portando tutto sotto l'egida della semplice regola base codicistica, alla stregua della quale «il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» (art. 2103 c.c.)⁹.

⁹ Si veda sull'art. 2103 c.c., anche in considerazione delle pertinenti notazioni sull'applicabilità della disciplina civilistica al lavoro pubblico, M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, Giuffrè, 1997.

Tal ch , fatta salva evidentemente – come nel privato – la possibilit  per la contrattazione collettiva di intervenire a integrare e arricchire i contenuti della scarna disposizione codicistica, l’unilaterale potest  di modificare il luogo della prestazione lavorativa sarebbe riconoscibile in capo all’amministrazione/datore di lavoro con l’unico limite legale della sussistenza di ragioni giustificatrici – dalle quali, ovviamente, discende l’esigenza di spostare uno o pi  lavoratori ben individuabili – insindacabili nel merito. Gli spostamenti che non comportassero modifiche dell’unit  produttiva sarebbero sottratti a tale vincolo di ragionevolezza, al patto di non sfociare in atti discriminatori o, comunque, non conformi alle clausole generali di correttezza e buona fede.

La misura, gli ambiti e i confini dell’unit  produttiva – ricostruibile come ambito organizzativo tendenzialmente autosufficiente, cio  come ambito idoneo allo svolgimento autonomo di fasi e cicli della generale attivit  svolta dal datore di lavoro – sono, poi, il portato della composizione strutturale e funzionale del processo produttivo posta in essere dallo stesso datore di lavoro: di guisa che la latitudine del potere di trasferimento risulta, alla fonte, in larga parte, seppur non esclusivamente, dipendente da opzioni unilaterali cui il lavoratore   giuridicamente sottoposto proprio in ragione del suo vincolo di subordinazione.

Malgrado le opacit  di fondo, che l’art. 2103 c.c. sia la fonte regolatrice delle vicende su cui stiamo riflettendo non dovrebbero esservi per  troppi dubbi: il trasferimento interno non   infatti regolato da norme speciali del d.lgs. n. 165/2001; l’art. 32 del TU del 1957   stato espressamente abrogato dal d.lgs. n. 80/1998; la rarissima giurisprudenza interessata della questione ad esso si riferisce; infine, la dottrina principale   concorde. E tuttavia, dando seguito alle riflessioni sopra esposte, pare che il legislatore abbia inteso implicitamente integrare il disposto civilistico, immettendo nel circuito regolativo del lavoro pubblico alcuni principi ulteriori; i quali, nel privato, sono oggetto di ricostruzione giurisprudenziale casistica oppure di integrazione contrattuale.

Ricondotti comunque all’art. 2103 c.c. nei problematici termini anzidetti i processi di mobilit  interna, il quadro di riferimento   stato a un certo punto arricchito da una disposizione che ha indubbiamente contribuito a rendere ancor pi  instabile l’orientamento interpretativo: e inevitabilmente, quindi, ha reso ulteriormente improbabile un sereno ricorso alle prerogative datoriali di modifica del luogo di lavoro. Su tale intervento normativo   il caso di

soffermarsi, sia perché ha rappresentato una (piuttosto misconosciuta)¹⁰ svolta di filosofia regolativa, sia perché risulta essere il precedente più vicino, non solo in termini cronologici ma anche analogici, all'attuale e vigente normativa; la quale logicamente la disposizione su cui ora andiamo a soffermarci ha espressamente abrogato. Ci si riferisce alla previsione per cui «i dipendenti delle amministrazioni pubbliche [...] su richiesta del datore di lavoro, sono tenuti ad effettuare la prestazione in luogo di lavoro e sede diversi sulla base di motivate esigenze, tecniche, organizzative e produttive con riferimento ai piani della performance o ai piani di razionalizzazione, secondo criteri ed ambiti regolati dalla contrattazione collettiva di comparto. Nelle more della disciplina contrattuale si fa riferimento ai criteri datoriali, oggetto di informativa preventiva, e il trasferimento è consentito in ambito del territorio regionale di riferimento; per il personale del Ministero dell'interno il trasferimento può essere disposto anche al di fuori del territorio regionale di riferimento. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» (art. 1, comma 29, d.l. n. 138/2011, abrogato dall'art. 4, comma 2, d.l. n. 90/2014).

Sin da subito la norma citata ha destato perplessità; di vario ordine¹¹. Ovviamente la questione principale è la relazione con l'art. 2013 c.c., dovendosi chiarire se – e in che misura – l'articolo del codice civile fosse rimpiazzato dalla sopraggiunta previsione. Previsione più ampia e più stretta, al contempo, rispetto alla norma civilistica quanto a riconoscimento degli ambiti del potere di trasferimento.

Previsione dai contorni più ristretti e riduttivi, dunque, là dove si pone un limite geografico al trasferimento del personale del tutto assente nella disciplina privatistica; ma anche perché si procedimentalizza non poco il provvedimento di trasferimento, in ogni caso rinviando alla contrattazione collettiva quella che potremmo definire la disciplina a regime.

Previsione più ampia, però, se la si guarda in una prospettiva funzionale e non meramente geografica, visto che il legislatore adopera termini diversi da quello di “unità produttiva”, non omogenei e molto più aperti (*luogo di lavoro* e *sede*), tanto da lasciar prefigurare una latitudine davvero estesa del potere, pur, ovviamente, nell'ambito dei confini sopra evidenziati. Una latitudine dove assume evidentemente valenza secondaria uno dei primi valori tutelati dall'art.

¹⁰ La disposizione è passata piuttosto sotto traccia. Vi accenna nell'immediatezza della sua proposizione, in una sintetica analisi sulla mobilità, V. LOSTORTO, [La mobilità nel settore pubblico](#), in [Osservatorio ADAPT Lavoro nelle pubbliche amministrazioni](#), 24. Si vedano però, in tempi successivi, gli studi citati nella seguente nota 11.

¹¹ Cfr. F. BASENGHI, *op. cit.*, 452, e L. FIORILLO, *op. cit.*, 2737.

2103 c.c.: vale a dire la salvaguardia dell'identità professionale del lavoratore, il quale potrebbe essere spostato nei contesti e nei luoghi più vari purché fossero evidenziate motivate esigenze in tal senso.

Così analizzato l'art. 1, comma 29, del d.l. n. 138/2011 sembrava davvero riscrivere la disciplina del trasferimento interno alla medesima amministrazione; la stessa ambivalenza messa sopra in luce testimonierebbe la ricerca di una sintesi che circoscrive – per evidenti ragioni di risparmio economico – l'ambito territoriale del potere (anche se la contrattazione collettiva vi potrebbe derogare), per estenderne, d'altro canto, il dispiego funzionale. Sennonché, almeno due argomentazioni potevano escludere il carattere generale della disposizione: la prima si ricavava dal tenore letterale dello stesso comma 29; la seconda discendeva dal combinato disposto di questa norma con l'art. 33, commi 5, 6 e 7, del d.lgs. n. 165/2001. Anzitutto la stessa dimensione geografica evocata dall'art. 1, comma 29, cit., il limite endo-regionale, lasciava intendere un'applicazione della disposizione limitata ad enti e amministrazioni strutturati su articolazioni territoriali differenziate: il riferimento alla possibile diversità di sede come nuova destinazione della prestazione lavorativa è univoco, ed è evidente che esso non possa valere per quelle amministrazioni (si pensi a piccoli enti locali; aziende ospedaliere; autorità amministrative) distribuite, nella generalità dei casi, su un'unica sede. Per quest'ultime, quindi, si doveva comunque ritenere precettivo l'art. 2103 c.c. Ma è la seconda argomentazione, probabilmente, a chiarire meglio il reale ambito di applicazione dell'art. 1, comma 29: e si tratta di un aspetto davvero rilevante e sorprendente. Bisogna partire dall'art. 33, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001, il quale prescrive, per le amministrazioni che rilevino eccedenze di personale, un puntuale iter procedurale da percorrere di conseguenza. Dopo aver dato comunicazione al Dipartimento della Funzione pubblica – o anche contestualmente a questa – è necessario informare le rappresentanze sindacali unitarie del personale e le OO.SS. firmatarie del contratto di comparto o area; trascorsi dieci giorni da tale informativa l'amministrazione procede, nell'ordine: a risolvere i contratti del personale che avesse maturato l'anzianità contributiva utile ai fini del pensionamento senza penalità (nel 2014: 41 anni e 6 mesi di anzianità contributiva, per le donne; 42 anni e sei mesi, per gli uomini); «a verificare la ricollocazione totale o parziale del personale in situazione di soprannumero o di eccedenza nell'ambito della stessa amministrazione, anche mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro o a contratti di solidarietà, ovvero presso altre amministrazioni, previo accordo con le stesse, comprese nell'ambito della regione tenuto anche conto di quanto previsto dall'articolo 1, comma 29, del

d.l. 138/2011 conv. con modificazioni, dalla legge 148/2011, n. 148» così come dell'ulteriore possibilità di incentivare passaggi diretti tra amministrazioni diverse *ex art. 30, d.lgs. n. 165/2001*, anche collocate fuori regione, sulla base degli eventuali accordi sindacali sulla mobilità previsti dal comma 6 dello stesso art. 33 (art. 33, comma 5, *d.lgs. n. 165/2001*). Dopo di che, trascorsi ulteriori 90 giorni dalla comunicazione, si procede al collocamento in disponibilità del personale «che non sia possibile impiegare diversamente nell'ambito della medesima amministrazione e che non possa essere ricollocato presso altre amministrazioni nell'ambito regionale, ovvero che non abbia preso servizio presso la diversa amministrazione secondo gli accordi di mobilità» (art. 33, comma 7).

Il legislatore ha trattato, quindi, in modo differenziato due situazioni ben precise: da un lato, accomuna e riunisce gli istituti della mobilità interna ed esterna – tra amministrazioni diverse – in ambito regionale; da un altro lato, invece, pone la mobilità extraregionale, solo quella esterna in tal caso, che evidentemente può essere rifiutata dal lavoratore: tale possibilità non è invece contemplata in entrambe le ipotesi di mobilità regionale. In pratica, combinando su un corretto assetto interpretativo l'art. 33, *d.lgs. n. 165/2001*, e l'art. 1, comma 29, *d.l. n. 138/2011*, appare chiaro che il legislatore aveva introdotto un'inedita forma di mobilità di ufficio tra amministrazioni diverse come possibile, sussidiaria misura in caso di accertati esuberi di personale; apparentemente senza intaccare in via diretta l'art. 2103 c.c.

Pertanto, al precipuo fine di gestire vicende di mobilità per eccedenza, si era prevista, allora, un'eccezionale estensione del potere di trasferimento la cui destinazione potenziale finiva con l'essere – entro un definito ambito geografico – l'insieme delle amministrazioni insistenti sullo stesso. Si tratta di un ampliamento davvero notevole del debito lavoristico, ragionevolmente sostenuto dalla finalità di evitare al lavoratore il collocamento in disponibilità e, quindi, in ultima battuta il licenziamento. L'allontanamento dalla disciplina del lavoro privato è, invero, più apparente che sostanziale, dal momento che la disciplina della mobilità *ex l. n. 223/1991* persegue finalità del tutto identiche. Peraltro, la concezione di una dilatazione della figura datoriale, in relazione proprio a vicende di mobilità del personale, pare ormai affermarsi – sempre come ipotesi eccezionale, ovviamente – anche nel lavoro privato: si veda l'art. 30, comma 4-*ter*, del *d.lgs. n. 276/2003*, come modificato nel 2013, dove si parla di codatorialità, con riferimento al possibile utilizzo cumulativo mediante distacco di personale all'interno di reti di imprese. Non dovrebbe, pertanto, ritenersi eccentrico che il legislatore, avuto riguardo all'assetto organizzativo delle amministrazioni pubbliche, abbia inteso raffigurare centri

di imputazione creditoria della prestazione di lavoro più estesi dell'ordinario, al fine di fronteggiare un'ingente squilibrio di spesa pubblica che ha effettivamente acuito ataviche disfunzioni e criticità gestionali.

4. Le novità dopo il d.l. n. 90/2014: primi nodi interpretativi

La linea di intervento inaugurata con l'art. 1, comma 29, sopra esaminato è stata valorizzata ed esplicitata dal d.l. n. 90/2014, che anche con maggiore nettezza persegue l'esplicito fine di ampliare il potere di trasferimento della amministrazioni pubbliche. Le novità si collocano, allora, in continuità con i ragionamenti sin qui sviluppati; per certi versi ne rappresentano la piena conferma. Nella prima parte dell'art. 4 del decreto-legge sopra citato¹², intitolato *Mobilità obbligatoria e volontaria*, si riscrivono, infatti, i primi 2 commi dell'art. 30 d.lgs. n. 165/2001 con un'originale e discutibile tecnica di sotto-paragrafazione, ripresa probabilmente dagli atti normativi eurounionisti.

Sul piano sistematico la scelta non è del tutto felice. L'art. 30 continua a porsi quale sede normativa attrattiva, pressoché esclusiva, della disciplina della mobilità, sebbene, viceversa, parte consistente delle novità riguardi in prima battuta i trasferimenti interni, a dispetto della rubrica dell'articolo che continua a riferirsi al «passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse».

Dopo la conversione del decreto-legge (ad opera della l. n. 114/2014), il testo del secondo comma dell'art. 30, d.lgs. n. 165/2001, oggi recita «i dipendenti possono essere trasferiti all'interno della stessa amministrazione o, previo accordo tra le amministrazioni interessate, in altra amministrazione, in sedi collocate nel territorio dello stesso comune ovvero a distanza non superiore a cinquanta chilometri dalla sede cui sono adibiti. Ai fini del presente comma non si applica il terzo periodo del primo comma dell'art. 2103 c.c.» (nuovo testo dell'art. 30, comma 2).

Nella sua versione originaria la formulazione era alquanto più introversa, procedendo a ridefinire la nozione di “*unità produttiva*”, ai sensi dell'art. 2103 c.c., alla stregua della quale le sedi delle amministrazioni pubbliche, collocate nel territorio dello stesso comune, avrebbero costituito “*medesima unità produttiva*”, così come quelle collocate a una distanza non superiore ai cinquanta chilometri dalla sede in cui il dipendente è adibito. Nei medesimi

¹² Un rapido e incidentale commento di questa disposizione è in M. D'APONTE, *op. cit.* Cfr. anche G. TOLVE, *Per i dipendenti pubblici una mobilità più semplice*, in *GPI*, 2014, n. 7-8, 27-30.

confini territoriali si consideravano “medesima unità produttiva” anche le sedi di altre amministrazioni.

La sostanza non è comunque cambiata dopo la conversione.

Il senso e la portata della nuova disposizione riguardano l’ampliamento del potere di modificare il luogo della prestazione di lavoro, rendendo in un primo “cerchio operativo” irrilevante – ai fini della legittimità e dell’eventuale sindacabilità del trasferimento – la sussistenza di specifiche e più analitiche giustificazioni a monte del provvedimento: le *comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive* prescritte dall’art. 2013 c.c. Ovviamente rimane la possibilità di invocare una possibile tutela antidiscriminatoria ovvero, facendo leva sulle clausole generali di correttezza e buona fede, di evidenziare un abuso di potere da parte dell’amministrazione o dell’ente datore di lavoro. Magra consolazione, potrebbe dirsi, presidio minimo, che non elude il rischio che la norma si presti ad un utilizzo troppo disinvolto, personalistico e arbitrario. Ma è anche vero che la riforma mira a rendere molto più fluido l’esercizio dirigenziale di un potere spesso paralizzato proprio da ventilate rivendicazioni antidiscriminatorie e la casistica rivela che nel contenzioso del pubblico impiego la dimostrazione dell’intento discriminatorio – considerato anche un sostegno sindacale più diffuso all’azione dei singoli rispetto al lavoro privato – può contare su indici probatori più diretti ed evidenti. In fin dei conti, dunque, il compromesso “costi/benefici” non sembra troppo squilibrato. Non va sottovalutato, in aggiunta, che la nuova disciplina già contempla alcune situazioni “a rischio discriminazione”, per le quali viene richiesto espressamente il consenso del lavoratore allo spostamento; si codifica, in pratica, una serie di giustificati rifiuti all’esecuzione dell’ordine di trasferimento (art. 30, comma 2, ultimo periodo, d.lgs. n. 165/2001)¹³.

D’altro canto è piuttosto evidente che il modello sotteso all’opzione legislativa è di matrice decisamente “direzionale”; vale a dire che si intravede il chiaro intento di rilanciare l’autonoma e unilaterale prerogativa gestionale datoriale nella speranza (l’ennesima) di recuperare efficienza e operatività dei processi amministrativi. Due almeno i corollari di questo assunto.

Da un lato lo snellimento procedurale della mobilità volontaria *ex art. 30*, comma 1, il cui iter risultava notevolmente appesantito dalla riforma del 2009 con – tra gli altri orpelli – quel sibillino intreccio tra i pareri delle dirigenze di

¹³ Le nuove disposizioni «si applicano ai dipendenti con figli di età inferiore a tre anni, che hanno diritto al congedo parentale, e ai soggetti di cui all’articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, *con il consenso degli stessi alla prestazione della propria attività lavorativa in un’altra sede*» (corsivo dell’A., ndr).

partenza e di arrivo¹⁴, dall'altro la norma che prescrive la nullità di «accordi, atti o clausole dei contratti collettivi in contrasto con le disposizioni di cui ai commi 1 e 2» (comma 2.2 del novellato art. 30, d.lgs. n. 165/2001). Norma dal carattere imperativo che sicuramente non renderà facile l'intervento della contrattazione collettiva, specie in considerazione del fatto che una cifra molto netta della nuova disciplina è nella valorizzazione prioritaria delle esigenze organizzative datoriali; tanto che lo stesso legislatore – vedi quanto riportato nel finale del precedente capoverso – ha codificato i casi in cui sorge la necessità del consenso del lavoratore: di guisa che anche ulteriori ipotesi di consenso potrebbero leggersi nel prisma sanzionatorio della nullità. In ogni caso la disposizione è destinata a superare, ad azzerare si potrebbe dire, alcuni profili discutibili delle varie discipline speciali di comparto, in tema di mobilità in generale, specie quelli riguardanti le modalità di partecipazione dell'amministrazione di partenza alla fattispecie della mobilità volontaria. Si pensi alla Sanità, dove per i dirigenti, e quasi analogamente per il personale di comparto, si prevede che il nulla osta possa essere sostituito dalla decorrenza di un periodo di preavviso; così come – in questo caso proprio con riferimento alla mobilità interna – il comparto Università, che pare considerare solo eventuale l'esercizio dello *ius variandi*, prescrivendo, difatti, per i trasferimenti l'attivazione di una procedura di valutazione comparativa ad evidenza pubblica su base volontaria.

5. *Segue: il “trasferimento esterno”*

Un aspetto su cui vale la pena di riflettere con maggiore attenzione è la riproposizione di una regola sulla mobilità di ufficio tra amministrazioni diverse. Si tratta della fattispecie che potremmo nominare “trasferimento esterno”.

A prescindere da problematiche di ordine pratico e da possibili problemi di ordine personale, lo spostamento verso una diversa amministrazione impatta indubbiamente in modo più radicale il vissuto di ciascun lavoratore. In pratica è molto più probabile che ad essere coinvolti siano diversi aspetti della dinamica professionale. Oltre all'eventuale modifica di inquadramento e di qualifica, in caso di passaggio da un comparto a un altro, pur nell'ambito di un

¹⁴ Molto critico il commento sulla revisione del 2009, proprio per questo aspetto, di M. ESPOSITO, R. SANTAGATA, *La mobilità del personale tra “autonomia negoziale” ed “evidenza pubblica”*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, ES, 2009, 337 ss.

medesimo comparto il cambio di contesto organizzativo sarà sempre sostanziale; non a caso la novella esplicitamente ha previsto che, in caso di passaggio diretto *ex art. 30*, comma 1, «l'amministrazione di destinazione provvede alla riqualificazione dei dipendenti la cui domanda di trasferimento è accolta, eventualmente avvalendosi, ove sia necessario predisporre percorsi specifici o settoriali di formazione, della Scuola nazionale dell'amministrazione» (art. 30, comma 1-*bis*). Stante la sostanziale analogia, per questa parte, tra il primo e il secondo comma del nuovo art. 30 è da supporre che un tale impegno debba valere anche in caso di esercizio del potere unilaterale di trasferimento: quando questo si eserciti tra amministrazioni diverse.

Quello segnalato è solo uno dei possibili profili di problematicità. In effetti la fattispecie del trasferimento esterno è piuttosto indefinita nella sua componente funzionale e tali sono anche i suoi presupposti. Nemmeno è esplicitato se sia necessaria – come nel caso del passaggio diretto *ex art. 30*, comma 1 – una carenza di organico nell'amministrazione di destinazione; anzi è facile desumere che quest'ipotesi non rappresenti il contesto operativo unico o ideale della disposizione di legge. Difatti sempre il novellato art. 30 prevede che «con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, previa consultazione con le confederazioni sindacali rappresentative e previa intesa, ove necessario, in sede di conferenza unificata di cui all'art. 8 d.lgs. 281/1997, n. 281, possono essere fissati criteri per realizzare i processi di cui al presente comma [*il comma 2 dell'art. 30*], anche con passaggi diretti di personale tra amministrazioni senza preventivo accordo, *per garantire l'esercizio delle funzioni istituzionali da parte delle amministrazioni che presentano carenze di organico*» (corsivi dell'A., *ndr*). Dunque la copertura di carenze di organico dell'amministrazione di destinazione pare semplicemente uno dei possibili ambiti di operatività della norma.

Non c'è dubbio che il legislatore abbia riposto nell'autonomia e, direi, nella creatività organizzativa delle amministrazioni una gran fiducia, ché l'elemento chiave della fattispecie in esame è di sicuro l'accordo tra le amministrazioni stesse. Accordo evidentemente deputato a prevedere e regolare gli aspetti specifici, strutturali e funzionali, nonché i contenuti di questa inedita – almeno sul piano operativo, stante l'ampia ineffettività dell'immediato precedente normativo: l'art. 1, comma 29, del d.l. n. 138/2011 (si veda *supra*, § 3) – forma di mobilità di ufficio. Non potrebbe nemmeno escludersi, in pratica, che il trasferimento di cui si parla non assuma sempre e comunque tutti i caratteri tradizionalmente riferiti all'istituto sì nominato, *in primis* la sua tendenziale

definitività; ch  il provvedimento qui regolato potrebbe anche assumersi temporaneo, sostanziando un nuova e speciale ipotesi di assegnazione temporanea presso diversa amministrazione in deroga alla regola che ormai richiede sempre il consenso del lavoratore temporaneamente assegnato.

L'ultima ipotesi   certo residuale e piuttosto improbabile – sebbene non escludibile a priori – ed   facile pronosticare che, ove la fattispecie trovasse accoglienza e diffusione, il suo campo ideale di applicazione risulter  quello gi  intravisto sullo sfondo dell'art. 1, comma 29, d.l. n. 138/2011, vale a dire la gestione degli esuberanti di personale. Non tanto l'esigenza di coprire carenze di organico quanto piuttosto quella, diversa e speculare, di consentire una mobilit  individuale di ufficio per accertato esubero sarebbe, quindi, alla base della previsione sul trasferimento esterno. E se cos  fosse, come quasi sicuramente  , uscirebbe viepi  comprovato che il legislatore ha inteso decisamente promuovere l'autonoma discrezionalità datoriale in materia di mobilit , *anche* nella gestione degli esuberanti, fornendo alle amministrazioni strumenti attivabili senza che si debba ricorrere necessariamente alle intese sindacali *ex art.* 33, d.lgs. n. 165/2001. Sotto tale prospettiva vi sarebbe, allora, una certa continuit  nella linea governativa attuale rispetto ad esperienze del recente passato.

6. Prospettive e considerazioni conclusive

Le disposizioni segnalate, nella loro complessit , sono ora affidate alla capacit  ed alla responsabilit  degli operatori: datori/amministrazioni, lavoratori e, in parte residuale, sindacati. Rischiamo anche in questo caso di trovarci dinanzi a una rivoluzione solo formale e cartacea, l'ultima in ordine di tempo nell'arco degli ultimi trenta e pi  anni?

  probabile, anche a prescindere dalla qualit  dell'intervento normativo purtroppo. Ancora troppi sono i fattori che impediscono un impiego fisiologico e ordinario della mobilit , e non   certo facile rovesciare approcci, finanche psicologici e antropologici, tanto radicati. Vi sono inoltre oggettive circostanze demografiche e sociali con cui fare i conti. Basti pensare – tanto per fare un esempio – all'et  media del personale pubblico e a quanto sia improbabile – su un piano di efficienza organizzativa e tenuto conto dei possibili costi – costringere nuclei familiari consolidati a uno stravolgimento della propria esistenza. Peraltro l'intervento analizzato non ha inciso sul ventre molle della materia, sul versante pi  critico e anche pi  praticato – si veda

supra, § 1 – cioè quello riguardante le assegnazioni temporanee nonché la pratica dei comandi e dei distacchi.

Tuttavia fa sperare il contesto più ampio in cui la nuova disciplina della mobilità si inserisce. Un contesto senza dubbio di prospettiva.

Anzitutto diversamente da quanto si era fatto in passato – nel 2011 sono state addirittura abrogate quasi tutte le disposizioni che riconoscevano trattamenti e indennizzi economici per il personale trasferito (art. 4, comma 44, l. n. 183/2011) – con un’articolata disposizione si stanziavano effettive risorse per coprire i possibili trasferimenti attivati dalle novità normative¹⁵; in secondo luogo si trattano in un’apparente prospettiva congiunta – si spera seria e consapevole – i temi della mobilità e quelli del «ricambio generazionale nelle pubbliche amministrazioni» (così nella rubrica dell’art. 1, d.l. n. 90/2014). Sempre guardando in un’ottica prospettica, poi, nel disegno di legge sulla riorganizzazione della pubblica amministrazione (ddl S 1577, presentato al Senato il 23 luglio 2014) si parla anche di intervenire – sebbene non si comprenda in che modo e misura¹⁶ – sulla disciplina delle dotazioni organiche, altro obiettivo freno ad una flessibile gestione della mobilità: si profila proprio il «progressivo superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni fermi restando i limiti di spesa *anche al fine di favorire i processi di mobilità*» (art. 13, comma 1, lett. g, ddl S 1577; corsivo dell’A., ndr).

¹⁵ «Al fine di favorire i processi di cui ai commi 1 e 2 [dell’art. 30, d.lgs. n. 165/2001], è istituito, nello stato di previsione del Ministero dell’economia e delle finanze, un fondo destinato al miglioramento dell’allocazione del personale presso le pubbliche amministrazioni, con una dotazione di 15 milioni di euro per l’anno 2014 e di 30 milioni di euro a decorrere dall’anno 2015, da attribuire alle amministrazioni destinatarie dei predetti processi. Al fondo confluiscono, altresì, le risorse corrispondenti al cinquanta per cento del trattamento economico spettante al personale trasferito mediante versamento all’entrata dello Stato da parte dell’amministrazione cedente e corrispondente riassegnazione al fondo ovvero mediante contestuale riduzione dei trasferimenti statali all’amministrazione cedente. I criteri di utilizzo e le modalità di gestione delle risorse del fondo sono stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze. In sede di prima applicazione, nell’assegnazione delle risorse vengono prioritariamente valutate le richieste finalizzate all’ottimale funzionamento degli uffici giudiziari che presentino rilevanti carenze di personale e conseguentemente alla piena applicazione della riforma delle province di cui alla legge 7 aprile 2014, n. 56. Le risorse sono assegnate alle amministrazioni di destinazione sino al momento di effettiva permanenza in servizio del personale oggetto delle procedure di cui ai commi 1 e 2» (art. 30, comma 2.3, d.lgs. n. 165/2001; si veda anche la tempistica delle attribuzioni nel successivo comma 2.4).

¹⁶ Un chiarimento sulla portata e sul significato di questa lettera del disegno di legge è già richiesto, in effetti, dalla Corte dei Conti nel documento deliberato il 9 ottobre 2014 per l’audizione in Senato – I Commissione permanente Affari costituzionali – sul ddl S 1577.

Dunque il Governo in carica pare disegnare e regolare una mobilità che guarda molto avanti, quasi destinata più alle generazioni future che a quelle attuali. E in effetti nuove generazioni che si aprono al mondo del lavoro saranno probabilmente più aperte ad accettare forme intelligenti e ragionevoli di mobilità. Ma questo non sarà possibile se non si faranno investimenti seri sulla qualità delle risorse umane nella pubblica amministrazione e se non si recupererà, anzitutto, una rinnovata etica valoriale del ruolo pubblico, della funzione democratica delle amministrazioni, idonea a conciliare le esigenze di efficienza degli uffici, la loro destinazione alle esigenze dei cittadini e la tutela delle persone, lavoratori ma non solo: senza questa miscela non ci si *muove* proprio da nessuna parte.

Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli

di Maurizio Ricci

1. Il *fil rouge* nelle politiche del lavoro al tempo della “crisi economica”

Che il diritto del lavoro sia tra i settori più sismici dell'intero ordinamento giuridico italiano è un dato acquisito ormai da decenni. Ma, negli ultimi anni, questo movimento tellurico ha assunto un ritmo così incalzante da mettere a dura prova qualsiasi edificio, anche quello costruito secondo le più solide misure antisismiche.

Il “lavoro” è la riforma per antonomasia e la “crisi economica” il suo terreno fertile. Dal 2008 a oggi, infatti, tutti i governi, che si sono avvicinati alla guida del Paese, non hanno resistito alla tentazione di varare interventi nel diritto del lavoro per provare, almeno nelle intenzioni palesate, a rimettere in moto il sistema economico nazionale. Ma il diritto da solo, come è noto, non crea occupazione!

E questo a partire dall'ultimo Governo Berlusconi che, nell'estate del 2011, quella in cui il vento della crisi sembrava aver raggiunto il suo massimo picco, ha varato uno degli interventi più invasivi nella contrattazione di secondo livello “in deroga” e dalla portata destrutturante l'intero diritto del lavoro¹,

¹ Art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011. Per un approfondimento del contesto in cui ha avuto origine l'intervento, tra gli altri, si rinvia a A. PERULLI, V. SPEZIALE, [L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro](#), Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2011, n. 132, e V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 479 ss.

passando per il Governo tecnico guidato da Mario Monti che, appena arrivato a Palazzo Chigi, ha modificato in maniera significativa la disciplina pensionistica² e quella del mercato del lavoro³, per arrivare, dopo lo stallo successivo alle elezioni politiche del 2013, al Governo Letta che, con il c.d. “decreto lavoro”⁴, ha aumentato la c.d. “flessibilità in entrata”, modificando la l. n. 92/2012, che ne aveva irrigidito la disciplina come “contrappeso” rispetto alla maggiore “flessibilità in uscita” con la modifica dell’art. 18 Stat. lav.

Protagonisti diversi, maggioranze parlamentari spesso simili, sostanzialmente stesso copione. Il *fil rouge* che lega le politiche del lavoro degli anni della crisi economica è il rilancio dell’occupazione attraverso l’alleggerimento dei diritti e delle tutele dei lavoratori⁵. Così si renderebbe meno pesante il costo del lavoro, aumenterebbe il gradimento degli investitori stranieri per l’Italia, si porrebbe un freno al fenomeno della delocalizzazione delle imprese italiane, sempre più attratte dalle “sirene” dei Paesi con livelli retributivi e di tutela dei lavoratori nettamente inferiori rispetto a quelli raggiunti alle nostre latitudini⁶.

² D.l. n. 201/2011, c.d. “decreto salva Italia”. Cfr. M. CINELLI, *La riforma delle pensioni del “Governo tecnico”. Appunti sull’art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *RIDL*, 2012, n. 2, I, 385 ss.; M. CINELLI, D. GAROFALO, G. TUCCI, “Esodati”, “salvaguardati”, “esclusi” nella riforma pensionistica Monti-Fornero, in *DLRI*, 2013, n. 139, 337 ss.

³ L. n. 92/2012, c.d. riforma Monti-Fornero. Cfr., *ex multis*, F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, suppl. a *DPL*, 2012, n. 33; M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, 2012; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012; A. ALLAMPRESE, I. CORRAINI, L. FASSINA (a cura di), *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la legge n. 92/2012*, Ediesse, 2012; P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013; M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013.

⁴ D.l. n. 76/2013, convertito dalla l. n. 99/2013. Cfr. M. MISCIONE, *I contratti di lavoro a termine 2013*, in AA.VV., “Pacchetto lavoro”: interventi urgenti per la promozione dell’occupazione, speciale di *LG*, 2013, n. 11, 12 ss.

⁵ Secondo una ricerca OECD, seppur datata (*OECD Employment Outlook 1999*, 1), sulla base di un’analisi comparata nei 27 Paesi economicamente allora più importanti nel mondo, era emersa l’inesistenza di un legame tra un minor o maggior grado di protezione nella legislazione sul lavoro e l’andamento dell’occupazione.

⁶ Per una critica di tale impostazione, basata sull’analisi dell’indicatore EPL (*Employment Protection Legislation*), elaborato dall’OECD, cfr. R. REALFONZO, *Deregolamentare per crescere? Epl, quota salari e occupazione*, in *RGL*, 2013, n. 3, I, 487 ss., e R. REALFONZO, [La favola dei superprotetti. Flessibilità del lavoro, dualismo e occupazione in Italia](#), in [Economia e Politica](#), 26 settembre 2014.

Una concezione del lavoro di stampo liberista, molto presente nelle istituzioni europee e internazionali e che in Italia ha fatto proseliti anche nella parte politica più vicina alle istanze del mondo del lavoro.

2. Il Governo Renzi alla prova del “lavoro”

È, questo, lo scenario nel quale si colloca l’azione del Governo Renzi. Appena insediato, infatti, il nuovo esecutivo ha indicato tra le sue priorità il “lavoro”. Abbandonata molto presto l’intenzione di provare a rimettere in moto l’economia con la predisposizione di una politica industriale prima che con la rivisitazione delle regole sul lavoro⁷, si è messo alacremente all’opera per riscrivere la normativa lavoristica all’insegna della flessibilità.

Così quella che avrebbe potuto essere la “svolta” in materia di crescita e occupazione si è trasformata in un’ulteriore modifica delle regole, in sostanziale linea di continuità con il processo di destrutturazione del diritto del lavoro dei governi precedenti⁸.

2.1. Il settore privato

Le misure del Governo Renzi nella riorganizzazione del lavoro nel settore privato si muovono lungo due direzioni: la prima, varata con d.l. n. 34/2014 (convertito dalla l. n. 78/2014), per flessibilizzare maggiormente il mercato del lavoro, e la seconda, affidata a un’ampia e generica legge-delega (ora l. 10 dicembre 2014, n. 183, c.d. *Jobs Act*), per modificare una pluralità di istituti regolanti il rapporto di lavoro.

La ricetta è quella della *flexicurity*⁹ di matrice europea, fondata sulla flessibilità nel rapporto di lavoro e sulla contestuale tutela del reddito e delle

⁷ In questo senso si veda F. CARINCI, [Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro](#), Working Paper ADAPT, 15 ottobre 2014, n. 164, 1.

⁸ Cfr. V. BAVARO, [La politica del governo Renzi: rivoluzione o continuità?](#), in [Il Diario del Lavoro](#), 11 luglio 2014. Per un’analisi degli interventi normativi sul diritto del lavoro italiano all’interno dello scenario della crisi europea, cfr. S.B. CARUSO, [Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.INT, 2014, n. 111.

⁹ Sulla *flexicurity*, con differenti angolazioni, cfr. M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, n. 3-4, 441 ss., M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all’italiana” a confronto*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 527 ss., L. ZOPPOLI, [La flexicurity dell’Unione europea:](#)

opportunità di lavoro. La declinazione, però, è “all’italiana”, laddove il primo ingrediente appare preponderante rispetto al secondo. La scelta degli strumenti per la concretizzazione degli interventi, del resto, è funzionale a questa impostazione: la decretazione d’urgenza, d’immediata applicazione, per la flessibilizzazione del rapporto di lavoro (da utilizzare nei consessi europei a dimostrazione della volontà riformatrice del nuovo Governo) e la legge-delega, di futura e incerta trasformazione in decreti delegati, per la sicurezza.

Con il d.l. n. 34/2014 si sono introdotte modifiche molto incisive all’apprendistato e al contratto a termine, oltre ad alcune semplificazioni relative agli adempimenti sulla regolarità contributiva e sulla decontribuzione a favore dei datori di lavoro che stipulino contratti di solidarietà¹⁰.

Quanto al contratto di apprendistato, le novità più significative riguardano la semplificazione del contenuto del piano formativo (con un depotenziamento della funzione formativa della tipologia contrattuale), la riduzione del tetto di apprendisti stabilizzati (dal 50% al 20%) per l’assunzione di nuovi e il contenimento del costo della retribuzione.

In merito al contratto a tempo determinato (e, di conseguenza, a quello di somministrazione a tempo determinato), il decreto Poletti opera una “liberalizzazione” mediante la soppressione del principio di giustificazione causale (già scalfito con l’acausalità introdotta dalla l. n. 92/2012 per il primo

[appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2012, n. 141, G. LOY, *Oltre la flessicurezza*, in *RGL*, 2013, n. 3, I, 479 ss., M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Globalizzazione, flessicurezza e crisi economica*, ivi, 421 ss., nonché R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Un Requiem per la flessicurezza. Teoria e pratica del modello in alcuni paesi dell’Europa del Sud*, 503 ss., ivi.

¹⁰ Per un primo commento sul d.l. n. 34/2014, cfr. F. CARINCI, *op. cit.*; F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I. Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University Press, 2014; M. DE LUCA, [Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo \(prime riflessioni su Jobs act e dintorni\)](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 217; A. GARILLI, [Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 226; E. GRAGNOLI, *L’ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *LG*, 2014, n. 5, 429 ss.; E. GRAGNOLI, *Ulteriori novità sul contratto di lavoro a tempo determinato*, ivi, n. 6, 529 ss.; M. MAGNANI, [La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 212; M. MISCIONE, “Jobs Act” con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega, in *LG*, 2014, n. 4, 305 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 220; L. ZOPPOLI, [Il “riordino” dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 213.

contratto a termine di durata inferiore ai dodici mesi)¹¹, la previsione di un numero di proroghe pari a 5 e la monetizzazione della sanzione seguente al divieto del superamento del limite del 20% di lavoratori a termine rispetto al totale degli occupati.

Nella legge-delega¹², invece, dopo l'approvazione definitiva del 3 dicembre scorso in Senato, si prevede una molteplicità di «principi e criteri direttivi» per il raggiungimento dei risultati qui di seguito indicati:

- a) uniformare e universalizzare le tutele contro la disoccupazione involontaria attraverso la semplificazione delle procedure amministrative¹³;
- b) garantire la fruizione dei servizi essenziali in materia di politica attiva del lavoro su tutto il territorio nazionale, con l'istituzione di un'agenzia nazionale per l'occupazione partecipata da Stato, regioni e province autonome¹⁴;
- c) semplificare e razionalizzare le procedure di costituzione e gestione dei rapporti, anche attraverso il potenziamento dell'utilizzo dei canali telematici¹⁵;
- d) razionalizzare i contratti di lavoro vigenti, promuovere quello a tempo indeterminato, introdurre quello di lavoro a tutele crescenti, modificare la disciplina delle mansioni e dei controlli a distanza, introdurre il salario minimo nei settori non regolati da ccnl, estendere il ricorso al lavoro accessorio, istituire un'agenzia unica per le ispezioni del lavoro¹⁶;

¹¹ Sull'a-causalità del primo contratto a termine introdotta dalla l. n. 92/2012, cfr., *ex multis*, V. SPEZIALE, [La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2012, n. 153, 5 ss.; R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in P. CHIECO (a cura di), *op. cit.*, 75 ss.; V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, 19 ss. Anche in un'ottica comparativa, A. OLIVIERI, *Il contratto a tempo determinato in Italia e Spagna: razionalità e irrazionalità di sistema*, in *ADL*, 2013, n. 2, I, 285 ss.

¹² Per un primo commento sulla l. n. 183/2014, cfr. F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), [I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità](#), ADAPT University Press, 2015, 1, e, prima della sua definitiva approvazione, F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro](#), ADAPT University Press, 2014.

¹³ Art. 1, commi 1 e 2, l. n. 183/2014.

¹⁴ Art. 1, commi 3 e 4, l. n. 183/2014.

¹⁵ Art. 1, commi 5 e 6, l. n. 183/2014.

¹⁶ Art. 1, comma 7, l. n. 183/2014.

e) sostenere la genitorialità, mediante misure per tutelare la maternità e favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro per la genitorialità dei lavoratori¹⁷.

Senza entrare nel merito dei singoli obiettivi sottesi alla delega e nell'economia del lavoro, due considerazioni si impongono dopo una prima lettura del testo.

Innanzitutto emerge una certa genericità dell'oggetto, nonché dei principi e criteri direttivi della legge-delega, che potrebbe portare a esiti multiformi¹⁸ della decretazione delegata del Governo, a sua volta potenzialmente sindacabile dalla Corte costituzionale per «eccesso di delega»¹⁹. La Consulta, infatti, tornata abbastanza recentemente a pronunciarsi sul rapporto tra legge-delega e decreto delegato, ha ribadito come il sindacato di legittimità costituzionale «si espliciti attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli», comprendenti «le disposizioni che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla legge di delegazione, tenuto conto del contesto normativo in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità relative» e «le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega»²⁰. Con la fisiologica conseguenza, chiarita in una pronuncia dello scorso anno, che «il legislatore delegato può emanare norme che rappresentino un coerente sviluppo dei principi fissati dal delegante e, se del caso, anche un completamento delle scelte compiute con la delega, ma non può spingersi ad allargarne l'oggetto, fino a ricomprendervi materie che ne erano escluse»²¹. Perciò, sempre ad avviso della Consulta, «il test di raffronto con la norma delegante, cui soggiace la norma delegata, deve ritenersi avere esito negativo, quando quest'ultima intercetti un campo di interessi così connotato nell'ordinamento, da non poter essere assorbito in campi più ampi e generici, e da esigere, invece, di essere autonomamente individuato attraverso la delega»²².

Se l'istituto della delega legislativa nel nostro ordinamento ha avuto una progressiva e incalzante espansione, divenendo lo strumento per l'attuazione del programma di Governo, la Corte costituzionale, lungi dal sindacare la

¹⁷ Art. 1, commi 8 e 9, l. n. 183/2014.

¹⁸ F. SCARPELLI, *Le ambiguità della "semplificazione" nella delega Lavoro*, in *Nel Merito*, 29 settembre 2014.

¹⁹ P. ALLEVA, *La delega in bianco è incostituzionale*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, 8 ottobre 2014.

²⁰ C. cost. n. 50/2014, in www.cortecostituzionale.it.

²¹ C. cost. n. 219/2013, in www.cortecostituzionale.it.

²² *Ibidem*.

discrezionalità politica al suo ricorso, cerca di ricondurlo nell'alveo del dettato costituzionale. Si intende evitare che questo strumento, pur nella naturale elasticità del rapporto tra legge-delega e decreto delegato, sia allontanato dal disegno costituzionale, secondo il quale l'attribuzione della funzione legislativa al Governo ha carattere "eccezionale" rispetto alla sua "regolare" attribuzione al parlamento *ex art. 70 Cost.*²³.

Forse, proprio per il timore di un giudizio di incostituzionalità della Consulta²⁴ sulla decretazione delegata, il Governo è intervenuto prima dell'approvazione definitiva del testo con un emendamento sul punto più caldo dell'intervento normativo, quello sui licenziamenti individuali, per specificare principi e criteri direttivi che dovranno guidare il legislatore delegato²⁵.

La seconda considerazione si riferisce alle coperture economiche con le quali conseguire alcuni degli ambiziosi obiettivi della legge-delega (per esempio, per l'universalizzazione delle tutele in materia di disoccupazione involontaria o il sostegno alla genitorialità).

Pur comprensibile in virtù della perdurante crisi economico-finanziaria, purtroppo, però, una costante di ogni intervento riformatore degli ultimi anni è la disposizione per effetto della quale dagli interventi non derivino «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica», insieme con quella secondo cui, per gli adempimenti dei decreti attuativi della delega, le amministrazioni competenti sono tenute a provvedervi «attraverso una diversa allocazione delle ordinarie risorse umane, finanziarie e strumentali, allo stato in dotazioni alle medesime amministrazioni»²⁶. Una coperta, questa, fin troppo corta, che rischia di relegare nell'alveo di mere dichiarazioni di principio, senza alcuna effettiva applicazione, gli obiettivi contenuti nella delega o, nella migliore delle ipotesi, di depotenziarli in misura ampia.

²³ Cfr. per tutti L. PALADIN, *Decreto legislativo*, in *NDI*, 1960, vol. V, 293 ss., e A. CERRI, *Delega legislativa*, in *EGT*, 1989, 6 ss.

²⁴ Così, P. ALLEVA, [I licenziamenti nel Jobs Act e l'emendamento governativo](http://www.dirittisocialiecittadinanza.org), in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 20 novembre 2014.

²⁵ La formulazione della lett. c, comma 7, art. 1, l. n. 183/2014, adesso è la seguente: «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

(²⁶) Art. 1, comma 12, l. n. 183/2014.

Un primo, timido, cambio di rotta rispetto alle recenti riforme a costo zero²⁷ sembra essere fornito già dalla legge di stabilità 2014²⁸ che, con una norma non certo esaustiva, interviene anche in materia di servizi per l'impiego, stabilendo che per favorire il reinserimento lavorativo dei fruitori di ammortizzatori sociali, anche in regime di deroga, e di lavoratori in stato di disoccupazione²⁹, sia istituito un fondo per le politiche attive del lavoro presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con una dotazione iniziale, in realtà abbastanza esigua³⁰.

Tale fondo dovrà consentire non solo di migliorare le iniziative *tradizionali* finalizzate al potenziamento delle politiche attive del lavoro, ma anche quelle *sperimentali*, su base regionale (per esempio, il ricorso al contratto di ricollocazione). Quest'ultimo, almeno nell'ottica del legislatore, dovrebbe rappresentare un utile strumento per rendere meno artificiosa la c.d. condizionalità³¹ o, quanto meno, liberare da lacci e laccioli burocratici il "contratto"³² tra il lavoratore disoccupato o fruitore di ammortizzatore sociale, da un lato, e i centri per l'impiego, da un altro. Si insiste, però, su un istituto giuridico, al pari della condizionalità, sviluppatosi in un mercato del lavoro differente rispetto al nostro³³ e con il rischio di produrre gli stessi incerti

²⁷ V. FILÌ, *Politiche attive e servizi per l'impiego*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *op. cit.*, 192 ss.

²⁸ Cfr. art. 1, comma 215, l. n. 147/2013.

²⁹ Secondo la definizione *ex art. 1, comma 2, lett. c*, del d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni e integrazioni.

³⁰ Si prevede un finanziamento di 15 milioni di euro per l'anno 2014 e 20 milioni di euro per ciascuno degli anni 2015 e 2016.

³¹ Sia consentito rinviare al mio *I servizi per l'impiego: alcune osservazioni critiche dopo gli interventi legislativi dell'ultimo biennio*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, in corso di pubblicazione.

³² Sul tema e, più in generale, sulla risarcibilità in caso di "inadempimento", riferito alle strutture pubbliche, già M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione*, supplemento a *RGL*, 1999, n. 3, I, 25 ss. Si veda anche D. GAROFALO, *L'accertamento della disoccupazione*, in C. LAGALA (a cura di), *Part-time e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali. Atti della giornata di studio. Foggia, 5 dicembre 2003*, Giuffrè, 2004, 101, secondo il quale sussiste una tutela risarcitoria pur configurando la posizione dell'utente in termini di "interesse" comunque tutelato dall'art. 4, comma 1, Cost.

³³ Il riferimento è, ovviamente, ai Paesi del Nord-Europa. Sul più ampio tema della *flexsecurity* e delle diversità strutturali del nostro mercato del lavoro, F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, n. 6, 534 ss.; A. OLIVIERI, *Condizionalità ed effettività nella l. n. 92/2012*, in P. CHIECO (a cura di), *op. cit.*, 677.

risultati di quegli istituti caratterizzati dal mero scambio tra l'erogazione di una politica passiva e il concorso attivo dell'utente.

Dal punto di vista finanziario, il legislatore si è limitato a demandare l'eventuale reperimento di ulteriori risorse finanziarie ai fondi strutturali europei, attraverso un sistema premiale, che condiziona la ripartizione di tali risorse in base alle *performance* dei SpI, valutando l'effettività (qualitativa e quantitativa) delle prestazioni rese e dei risultati conseguiti dai soggetti eroganti i servizi³⁴.

La novità è apprezzabile, se non altro perché tenta di fronteggiare, almeno in parte, la scarsità di risorse finanziarie a disposizione delle strutture pubbliche preposte all'erogazione dei servizi. Tuttavia, non si sa come potrà funzionare questo sistema, in quanto le relative modalità di attuazione (per esempio, la valutazione di prestazioni e risultati), che dovranno tenere conto delle differenze territoriali, non sono state definite dalla legge, ma sono state demandate alla Conferenza unificata³⁵.

Per “rifondare” la disciplina dei SpI, oltre alle limitate risorse finanziarie investite in proposito³⁶, sarebbe opportuno intervenire proprio sulle criticità che ne hanno finora impedito l'effettivo funzionamento. Purtroppo i recenti interventi legislativi non sono andati in questa direzione; né sembra che anche il *Jobs Act*, al di là delle lodevoli intenzioni, potrà contribuire a invertire sensibilmente la rotta, attraverso il semplice potenziamento delle Agenzie private³⁷.

2.2. Il settore pubblico

La strategia dei “due tempi” è stata adottata dal Governo Renzi anche per modificare la disciplina del lavoro pubblico. La riforma della pubblica

³⁴ Art. 4, comma 34, l. n. 92/2012. Tale valutazione sarà possibile grazie al nuovo obbligo dei servizi competenti di inserire nella banca informatizzata i dati essenziali relativi alle azioni di politica attiva e di attivazione svolte nei confronti dei beneficiari di ammortizzatori sociali (per monitorare i servizi e le attività effettivamente erogate, art. 4, comma 36).

³⁵ Secondo il d.lgs. n. 281/1997, la Conferenza unificata è composta dalla Conferenza Stato-Regioni e dalla Conferenza Stato-Città-autonomie locali.

³⁶ Secondo i più recenti dati Eurostat, in Italia la spesa pubblica per i servizi sul mercato del lavoro è pari allo 0,03% del PIL, meno di 1/10 rispetto a Germania e Gran Bretagna, 1/8 della Francia e 1/3 della Spagna.

³⁷ Per tali considerazioni si veda A. OLIVIERI, *Inclusività e dinamicità: le parole d'ordine del nuovo mercato del lavoro per rafforzare il collegamento tra politiche attive e passive*, in corso di pubblicazione in AA.VV., *Scritti in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, cit.

amministrazione è diventata questione centrale nell'agenda dei recenti governi, soprattutto perché tale settore rappresenta l'ambito privilegiato delle politiche di contenimento della spesa pubblica. Un primo intervento è stato varato con il d.l. n. 90/2014 (convertito dalla l. n. 114/2014); un secondo è stato rimesso, con la presentazione a fine luglio di un disegno di legge-delega in Senato, ai tempi decisamente più lunghi dell'ordinario *iter* parlamentare.

Quanto al d.l. n. 90/2014, recante *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, è un intervento a mezza via tra il contenimento dei costi e il tentativo di inserire energie nuove all'interno della pubblica amministrazione.

In sintesi, è prevista innanzitutto l'abolizione dell'istituto del trattenimento in servizio³⁸. Nelle intenzioni del Governo, infatti, tale misura dovrebbe permettere l'inserimento dei giovani all'interno delle amministrazioni, anche grazie al parziale sblocco del turnover³⁹, ma, proprio perché tale sblocco è solo parziale, anche l'inserimento non potrà che essere di conseguenza limitato.

Tra le altre misure, è prevista la mobilità obbligatoria dei dipendenti pubblici in una medesima amministrazione o tra amministrazioni diverse in sedi collocate nel territorio dello stesso comune o distanti fino a cinquanta chilometri dalla sede in cui prestino la loro attività lavorativa⁴⁰. In sede di conversione, inoltre, è stata inserita una clausola di salvaguardia per i dipendenti con figli al di sotto di tre anni, per chi fruisca del congedo parentale o della normativa, di cui alla l. n. 104/1992: in questi casi, per il trasferimento ad altra sede, occorre il consenso degli stessi lavoratori.

Altra disposizione, inserita nel decreto e confermata in sede di conversione in legge, è quella con cui si dispone il taglio nella misura del 50% per ciascuna associazione sindacale dei distacchi, delle aspettative e dei permessi sindacali⁴¹.

³⁸ Art. 1, d.l. n. 90/2014.

³⁹ Art. 3, d.l. n. 90/2014. Come è noto, dal 2008, per effetto del d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008, si sono introdotti blocchi parziali per il *turnover* del personale. Tuttavia, spesso si è procrastinato nel tempo il ripristino delle assunzioni nella misura del 100%. A solo titolo esemplificativo, si può ricordare il caso del sistema universitario, in cui si era previsto il *turnover* al 100% nel 2016 (art. 14, comma 3, secondo periodo, d.l. n. 95/2012, con cui si è introdotto il comma 13-*bis* all'art. 66, d.l. n. 112/2008), poi rinviato al 2018 (l'art. 1, comma 460, l. n. 147/2013). Per una ricostruzione della problematica, sia permesso un rinvio al mio *Il reclutamento dei professori universitari a livello locale: vincoli finanziari e riparto di competenze tra gli organi collegiali*, in *LPA*, 2012, n. 2, 283 ss.

⁴⁰ Art. 4, d.l. n. 90/2014.

⁴¹ Art. 7, d.l. n. 90/2014.

Passando, invece, a una prima analisi del ddl S 1577, presentato dal Governo il 23 luglio scorso in Senato, è prevista una delega all'esecutivo per la revisione della disciplina sulla dirigenza pubblica e sulla valutazione della *performance* individuale e organizzativa dei pubblici uffici⁴². I principi e i criteri direttivi per l'esercizio della delega prevedono la definizione del sistema della dirigenza pubblica, articolata in ruoli unificati e coordinati, accomunati da procedure analoghe di reclutamento e requisiti omogenei di accesso, basati sul principio del merito e della formazione continua, nonché su quello della piena mobilità tra i ruoli e la valutazione dei risultati dei dirigenti.

Inoltre, le amministrazioni pubbliche, sempre senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, sono tenute ad adottare misure organizzative per estendere il telelavoro e incrementare i meccanismi di flessibilità dell'orario di lavoro. A tal fine, si stipuleranno convenzioni con asili nido e saranno introdotti, anche attraverso accordi con altre amministrazioni pubbliche, servizi di supporto alla genitorialità, aperti durante i periodi di chiusura scolastica⁴³.

Sono previsti, infine, principi e criteri direttivi per la delega sul riordino e la semplificazione della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e dei connessi profili di organizzazione amministrativa, comprendenti, tra l'altro: il riconoscimento nei concorsi pubblici della professionalità acquisita da chi abbia avuto rapporti di lavoro flessibile nelle amministrazioni pubbliche; l'accentramento dei concorsi per tutte le amministrazioni pubbliche e la revisione delle modalità di espletamento; l'introduzione di un sistema informativo nazionale, finalizzato alla formulazione di indirizzi generali e di parametri di riferimento, in grado di orientare la programmazione delle assunzioni; l'attribuzione all'Aran di compiti di supporto tecnico al Dipartimento della funzione pubblica nelle materie inerenti alla gestione del personale; la concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa; la definizione delle materie escluse dalla contrattazione integrativa; la rilevazione delle competenze dei lavoratori; la definizione di obiettivi di contenimento delle assunzioni, differenziati in base agli effettivi fabbisogni; il progressivo superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni, anche per facilitare i processi di mobilità, fermi restando i limiti di spesa⁴⁴.

⁴² Art. 10, ddl S 1577.

⁴³ Art. 11, ddl S 1577.

⁴⁴ Art. 13, ddl S 1577.

Il disegno di legge si chiude con un ultimo articolo, contenente l'immane clausola di invarianza finanziaria⁴⁵.

3. Alcune osservazioni conclusive

Analizzati brevemente gli interventi normativi operati con decretazione d'urgenza nel lavoro privato e pubblico e sottolineate alcune delle ipotesi di riforma contenute nella l. n. 183/2014 e nel ddl S 1577, si possono sviluppare prime osservazioni per rispondere al quesito se sia effettivamente possibile estendere le regole previste nel settore privato a quello pubblico e se si proceda lungo la strada indicata dal legislatore del 1992 per ricondurre, tra l'altro, sotto la disciplina del diritto civile i rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni⁴⁶.

La risposta è sostanzialmente negativa. Il d.l. n. 34/2014 (convertito dalla l. n. 78/2014), infatti, nella parte in cui inserisce l'acausalità totale del contratto a termine, non scalfisce l'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, recentemente modificato in senso più restrittivo⁴⁷, per effetto del quale il contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni è attivabile solo per esigenze di carattere temporaneo e urgente, da motivare dettagliatamente, pena la nullità del rapporto e la responsabilità erariale dei dirigenti che ne diano corso⁴⁸. L'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, infatti, si configura quale norma "speciale" rispetto a quella di diritto comune (introdotta dal "decreto Poletti") e, per quanto sancito dallo stesso Testo Unico del 2001⁴⁹, prevale su quest'ultima.

Il d.l. n. 34/2014, quindi, allontana ancora di più la disciplina del lavoro privato da quella del lavoro pubblico, accentuando il processo scaturito dalla scelta del legislatore del d.lgs. n. 276/2003 di escluderne l'applicazione al

⁴⁵ Art. 16, ddl S 1577.

⁴⁶ Art. 2, comma 1, lett. a, l. n. 421/1992.

⁴⁷ Art. 4, d.l. n. 101/2013, convertito dalla l. n. 125/2013. Sul punto, A. SARTORI, M. CORTI, *I decreti sulla pubblica amministrazione e sull'istruzione, l'università e la ricerca*, in *RIDL*, 2014, n. 1, III, 6.

⁴⁸ A conclusioni analoghe in merito all'inapplicabilità del contratto a termine "a-causale", introdotto dalla l. n. 92/2012, giunge C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in P. CHIECO (a cura di), *op. cit.*, 841.

⁴⁹ Art. 2, comma 2: «I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo».

lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni⁵⁰, salvo poi riservare al Ministro per la funzione pubblica il compito – rimasto inapplicato – di esaminare con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti pubblici i profili di armonizzazione delle due discipline «entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto», ai fini dell'eventuale predisposizione di interventi legislativi in materia⁵¹.

Un discorso a parte va sviluppato per la disciplina della durata del rapporto e delle proroghe.

Mancando su questo punto una disciplina “speciale” nel d.lgs. n. 165/2001, al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni potranno applicarsi le modifiche introdotte dal d.l. n. 34/2014. Ma se sul piano formale nulla osta a tale interpretazione, sul piano sostanziale essa si scontra con la *ratio* della disciplina più rigida del lavoro a termine nel lavoro pubblico. In altri termini, la disciplina delle proroghe introdotta dal d.l. n. 34/2014 permetterebbe alle pubbliche amministrazioni di *bypassare* l'impianto più rigoroso previsto dal d.lgs. n. 165/2001, consentendo di prorogare fino a trentasei mesi la durata di un contratto a termine motivato da un iniziale fabbisogno di pochi mesi.

In ogni caso va ricordato che, se il d.lgs. n. 368/2001 originariamente riguardava il settore sia privato sia pubblico privatizzato, in adesione alla finalità della riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni⁵² di creare un *unicum* del lavoro subordinato, con il trascorrere degli anni sono emerse sempre più le profonde differenze di contesto, riconducibili anche alla crisi economica. Se la flessibilità all'ingresso potrebbe consentire un incremento della domanda di lavoro nel settore privato secondo il legislatore degli ultimi anni, in quello pubblico, invece, esiste un problema opposto di eccedenza di personale, oltre alle spinte emergenti per stabilizzare quello assunto come precario⁵³.

Quanto alla l. n. 183/2014, essa non contiene alcun riferimento all'estensione *tout court* delle nuove regole sulle tipologie contrattuali al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni⁵⁴. Tale silenzio fa propendere per l'esclusione dell'applicazione dell'intervento riformatore al lavoro pubblico, perché il legislatore, se avesse voluto estenderne l'applicazione anche a questo settore, lo avrebbe detto espressamente, come, del resto, ha fatto in maniera

⁵⁰ Art. 1, comma 2: «Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale».

⁵¹ Art. 86, comma 8, d.lgs. n. 276/2003.

⁵² Cfr. l. n. 421/1992 e i successivi decreti legislativi di attuazione.

⁵³ F. CARINCI, *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, cit., 8.

⁵⁴ Di questo avviso A. GARILLI, *op. cit.*, 7.

circoscritta nella stessa legge. L'unico riferimento a tale estensione, infatti, è individuabile nella disposizione che, nel fissare «principi e criteri direttivi» della delega al Governo in materia di sostegno alla genitorialità, dispone l'«estensione dei principi di cui al presente c., in quanto compatibili e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con riferimento al riconoscimento della possibilità di fruizione dei congedi parentali in modo frazionato e alle misure organizzative finalizzate al rafforzamento degli strumenti di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro»⁵⁵.

Da segnalare, inoltre, a sostegno dell'accentuazione dei due binari paralleli sui quali sembrano viaggiare le discipline in materia di diritto del lavoro privato e pubblico privatizzato, la presenza all'interno del ddl S 1577 sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di una delega che, seppur rivolta a obiettivi diversi rispetto a quelli previsti nella legge-delega sul lavoro privato, si occupa in una sede diversa di sostegno alla genitorialità⁵⁶.

È, perciò, ragionevole escludere che su tale punto si possa aprire un dibattito in dottrina analogo a quello sviluppatosi all'indomani dell'approvazione della l. n. 92/2012 in merito all'applicazione o no della novella legislativa al lavoro pubblico⁵⁷.

In tale dibattito, particolare importanza ha avuto, e ancor di più è destinata ad averne alla luce delle possibili modifiche del Governo in sede di attuazione della delega contenuta nella l. n. 183/2014, la questione dell'applicazione dell'art. 18 Stat. lav. ai lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Se, da un lato, si è sostenuto che le modifiche in questione sarebbero senz'altro applicabili al lavoro pubblico in virtù del c.d. «rinvio mobile»⁵⁸, contenuto all'interno del T.U. del 2001⁵⁹, da un altro, si è ritenuto

⁵⁵ Art. 1, comma 9, lett. i, l. n. 183/2014.

⁵⁶ L. CALAFÀ, *La delega alla conciliazione dei genitori al tempo dell'austerità*, in F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 126 del [dattiloscritto](#).

⁵⁷ *Ex multis*, cfr. C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *LPA*, 2012, n. 5, 713 ss.; C. ROMEO, *Le nuove regole del diritto del lavoro tra incertezze e destrutturazione: privato e pubblico a confronto*, in *LG*, 2013, n. 6, 545 ss.; C. SPINELLI, *op. cit.*, 833 ss.

⁵⁸ Art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2011, ai sensi del quale «La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni e integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti».

⁵⁹ A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 ed il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, n. 6, 991 ss.; A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, 27; L. CAVALLARO, *L'art. 18 St. Lav. e il pubblico impiego: breve per (ora) storia di un equivoco*, in *LPA*, 2012, n. 6, 1019 ss.; L.

che tali modifiche non opererebbero per i lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, per i quali continuerebbe ad applicarsi la versione precedente alla riforma del 2012⁶⁰. Non è mancato, inoltre, chi ha sostenuto una tesi mediana per cui, in virtù delle peculiarità del settore pubblico, l'esclusione dell'applicazione sarebbe giustificata solamente per la tutela reale⁶¹.

Senza entrare in questa sede nella discussione, è innegabile che la tecnica normativa utilizzata presti il fianco a diverse e antitetiche interpretazioni sul punto⁶², atteso che, se una disposizione sancisce che le novità contenute nella legge Fornero debbano costituire «principi e criteri direttivi per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni»⁶³, un'altra rimanda al Ministro per la pubblica amministrazione la facoltà di individuare «gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina»⁶⁴ al lavoro pubblico. Ma, allo stesso tempo, l'intento del

CAVALLARO, *Perché il nuovo art. 18 St. Lav. si applica al pubblico impiego*, ivi, 2013, n. 6, 927 ss.; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, ivi, n. 1, 1 ss.; G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, 220 ss. In giurisprudenza si veda Trib. Perugia ord. 9 novembre 2012, in *LPA*, 2012, n. 6, 1119; Trib. Bari 14 gennaio 2013, in *RIDL*, 2013, n. 2, II, 410 ss., con nota di R. DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*; Trib. Perugia ord. 15 gennaio 2013, in *LPA*, 2012, n. 6, 1124; Trib. S. Maria Capua Vetere ord. 2 aprile 2013, in *GC*, 2013, I, 1253.

⁶⁰ F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LPA*, 2012, n. 2, 247 ss.; F. CARINCI, *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, ivi, 2013, n. 6, 913 ss.; A. PILATI, *Un problema in più per il nuovo art. 18 st. lav.: è applicabile anche al lavoro pubblico privatizzato?*, ivi, n. 2, 313 ss.; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero. Aggiornato al d.l. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. "pacchetto lavoro"*, Cacucci, 2013, 47 ss.; M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in *LPA*, 2013, n. 1, 191 ss.

⁶¹ Sull'applicabilità al lavoro pubblico della sola tutela reintegratoria forte si veda A. BOSCATI, *op. cit.*, 991 ss.; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, cit., 7 ss. Sull'applicabilità della tutela reale anche attenuata si veda A. OLIVIERI, *Licenziamento individuale e tutele nel lavoro pubblico dopo la l. n. 92/2012: una passeggiata nel bosco normativo*, in *LPA*, 2013, n. 2, 373 ss.

⁶² L. ZOPPOLI, [Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2013, n. 168, 5.

⁶³ Art. 1, comma 7, l. n. 92/2012.

⁶⁴ Art. 1, comma 8, l. n. 92/2012.

legislatore⁶⁵ è stato quello di escludere il lavoro pubblico dal campo di applicazione delle modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012.

Sembra perciò consolidarsi la tendenza del legislatore a muoversi su due direttrici differenti nella legislazione del lavoro privato e pubblico; in definitiva, finisce per cadere nel vuoto una delle due finalità della c.d. terza riforma nella disciplina del lavoro pubblico del 2009, già presente nella l. n. 421/1992: la convergenza del sistema pubblico verso quello privatistico⁶⁶.

Parlare di convergenza o di unicità dei rapporti di impiego tra settore privato e settore pubblico appare ormai sempre più contraddittorio rispetto agli stessi contenuti della l. n. 15/2009, nonché al progressivo processo di diversificazione degli ultimi anni, processo che ha sancito ormai l'esistenza di tre distinte tipologie di rapporto di lavoro.

Agli estremi si collocano i due rapporti di lavoro tradizionali: quello pubblico e quello privato in senso stretto. Al centro, invece, si colloca il rapporto alle dipendenze dalle pubbliche amministrazioni, un rapporto, questo, sempre meno privatizzato e sempre più caratterizzato dalla decontrattualizzazione, dalla rilegificazione nella disciplina del rapporto di lavoro e dal recupero di elementi tipici del rapporto pubblicistico per «enfaticamente autorità e controllo»⁶⁷: un vero e proprio *tertium genus*.

⁶⁵ Così F. CARINCI, *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, cit., 918.

⁶⁶ Art. 2, comma 1, lett. a, l. n. 15/2009.

⁶⁷ R. PESSI, *Ripensando alla riforma della pubblica amministrazione: manutenzione o restaurazione?*, in *MGL*, 2009, n. 5, 298.

Le problematiche del trattenimento in servizio (e dintorni)

di Carmelo Romeo

Non è revocabile in dubbio che l'*incipit* relativo alle nuove misure legislative, in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e introdotte per effetto dell'entrata in vigore del d.l. n. 90/2014 successivamente convertito con la l. n. 114/2014, sia specificamente rappresentato dall'abrogazione dell'istituto del c.d. *trattenimento in servizio*. Ed infatti, la norma in questione è quella contenuta proprio nel primo articolo della legge sopra indicata e ne costituisce un'importante architrave. Trattasi, a ben vedere, di una disposizione di sicuro effetto. E ciò per il lessico utilizzato nella stessa rubrica «disposizioni per il ricambio generazionale nelle pubbliche amministrazioni», ed anche per la sua pretenziosa e lungimirante enunciazione, atteso che sembrerebbe dare l'avvio – ma, l'uso del condizionale è d'obbligo – ad una definitiva (e radicale) soluzione del nodo gordiano che affligge le nuove assunzioni presso le pubbliche amministrazioni in Italia.

Tuttavia, a mio parere, non sembra che il titolo della norma – come si cercherà di evidenziare qui di seguito – corrisponda nei fatti ai suoi contenuti e, quindi, alla sua effettiva portata. Ancor più in particolare, mentre è certa l'operazione volta ad un ampliamento dell'ambito applicativo riguardante l'istituto della risoluzione unilaterale dei rapporti di lavoro con le PA nei confronti dei pubblici dipendenti in servizio che abbiano maturato i requisiti pensionistici, non è altrettanto certa la ricaduta sul piano dell'avvio dei nuovi reclutamenti. Nello specifico, poi, la norma non assicura affatto il tanto enfatizzato e pubblicizzato “*effetto staffetta*”, atteso che il programma governativo per le nuove assunzioni riguarda una percentuale di nuovi ingressi decisamente inferiore rispetto alla numerosa platea dei neo-pensionati. Non sembra, infatti,

che vi possa essere una corrispondenza numerica tra gli esodati dalle pubbliche amministrazioni e i reclutamenti in servizio, e ciò proprio a seguito dell'applicazione delle nuove regole.

Ed è proprio sotto tale profilo la prima censura che è possibile muovere alla norma qui in commento: la mancanza di basi statistiche che dimostrino la veridicità dell'assunto del ricambio generazionale e, quindi, la congruità dei proclami politici in tal senso. La verità è che la contropartita del ricambio, vale a dire la pre-condizione degli esodi stessi, finisce con l'essere l'unica e sola regola certa e decisamente concreta della riforma qui in argomento: cioè, il dato dell'evidente restringimento dei trattenimenti in servizio, oggi operativi solo nelle espresse e tassative eccezioni di cui alla norma stessa.

Si percepisce, dunque, l'assenza di un disegno complessivo e globale, volto a rivedere i lacci e laccioli che impediscono di fatto il reclutamento nell'organico delle amministrazioni centrali e territoriali. L'impressione complessiva è quella, quindi, di un intervento diretto in prevalenza a inibire ogni tentativo di prosecuzione dei rapporti di lavoro, con la revoca, dalla chiara valenza retroattiva, di tutti i trattenimenti in servizio disposti prima del 31 ottobre 2014, ma non ancora efficaci a tale data. Unica eccezione prevista, rispetto al collocamento obbligatorio in pensione alla data del 1° novembre 2014, è rappresentata dai dipendenti che non abbiano ancora raggiunto almeno 20 anni di contribuzione ai fini della messa in quiescenza.

Diversamente l'aspettativa che, sempre più con maggiore evidenza (e insistenza), traspare dall'immaginario collettivo è quella di voler cominciare a fare ordine nel confuso quadro politico/normativo/culturale che aleggia nel nostro Paese. L'evidenza è quella che si sia radicalizzato il processo di precarizzazione del pubblico impiego e che ci ha sino ad oggi condotto, fra l'altro, ad una situazione a dir poco paradossale: vincitori di concorsi pubblici che da anni sono ancora in attesa di essere chiamati ed un esercito variegato di precari che stanno ormai diventando l'asse portante di numerose amministrazioni pubbliche. Specialmente sotto quest'ultimo profilo, la verità è che la crisi economico-finanziaria ha mutato radicalmente la fisionomia del pubblico dipendente, oggi non più assistito dalla tradizionale tutela di un tempo, atteso che da anni manca un regolare canale di accesso. Si è, infatti, progressivamente sgretolato l'assetto dei privilegi e delle garanzie, e ciò soprattutto in ragione della crescente precarizzazione dell'intera area dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

Tuttavia, a prescindere dalle critiche e dai legittimi dubbi sulla concreta e complessiva operatività della riforma, è in questa sede il caso di rilevare che la

nuova disciplina in commento non prevede alcuna forma di mobilità obbligatoria – tranne quella entro i 50 chilometri –, né la via degli esuberanti, bensì un ricambio generazionale limitato che potrebbe sbloccare solo 15 mila posti di lavoro. Si tratta, per l'appunto, di un obiettivo dichiarato dalle forze politiche di maggioranza che è quello, in primo luogo, di «consentire l'ingresso di giovani generazioni» nell'ambito del pubblico impiego, in sostituzione di una parte dei neopensionati.

In questa direzione viene, poi, semplificato e reso più flessibile il *turnover* del personale. Inoltre, viene incentivata la mobilità volontaria interna attraverso la previsione di nuove regole, affinché talune amministrazioni deficitarie possano ricoprire posti vacanti in organico, e ciò anche mediante il passaggio diretto di dipendenti in servizio presso altre amministrazioni con personale in esubero, purché i dipendenti facciano domanda di trasferimento. Ancora una volta si vuole percorrere la via della mobilità – scelta, peraltro, non certo nuova –, con l'obiettivo di puntare sull'autodeterminazione dei pubblici dipendenti, nel tentativo di riequilibrare gli organici delle varie amministrazioni.

Tornando all'esame della norma di cui all'art. 1, al fine di salvaguardare la funzionalità degli uffici giudiziari, i trattenimenti in servizio, anche se non disposti e in deroga ai principi generali della stessa legge, sono fatti salvi sino al 31 dicembre 2015. Il riferimento è quello di cui al terzo comma della norma che prevede tale eccezione solo per i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, mentre il personale tecnico-amministrativo, sia pure correlato alla giustizia, rientra nella regola generale del divieto. Orbene, un tale *modus operandi* è del tutto privo di ogni serio riferimento ad una ottimale organizzazione degli uffici giudiziari. Questi ultimi, infatti, sono governati anche con la collaborazione del personale amministrativo che dovrebbe avere lo stesso trattamento, sia pure riguardo il profilo del mantenimento in servizio. Infine, la norma in commento fissa il principio della risoluzione del rapporto di lavoro del personale dirigenziale, sia pure con un preavviso di mesi sei e comunque non prima della maturazione del requisito dell'anzianità contributiva. Tale ultima regola non trova applicazione per i magistrati, i professori universitari e i dirigenti delle strutture complesse del Servizio Sanitario Nazionale. Diversamente ricadono nel principio generale della piena licenziabilità, sia pure al raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età, i dirigenti medici in generale, con l'effetto di una copertura dei posti vacanti quanto meno attraverso la chiamata dei vincitori di concorso in attesa di nomina, attraverso un corretto scorrimento delle graduatorie.

È solo il caso di accennare che nell'ambito del pubblico impiego l'ordinamento esprime un deciso favore per lo scorrimento delle graduatorie

concorsuali, quale modalità di reclutamento, rispetto al quale la mobilità è recessiva. In tal senso, da recente Cfr. Cons. Stato Sez. V, 27 agosto 2014, n. 4361, in applicazione dei principi che stanno alla base del d.lgs. n. 165/2001 e successive modifiche.

Passando ad altri argomenti, è qui opportuno sottolineare che l'intera impostazione del provvedimento del 2014, a ben vedere, è prevalentemente declinata in riferimento al risparmio di spesa. Si tratta di una scelta decisamente obbligata, valutabile come soluzione cardine per assicurare l'efficienza della pubblica amministrazione. Orbene, in questa direzione e tra gli esempi di maggiore spessore, non tanto sotto il profilo economico quanto sotto le possibili ricadute politiche, l'innovazione relativa alla riduzione del contingentamento per le prerogative sindacali nell'area del pubblico impiego. A tale proposito, secondo l'art. 7 della legge, a decorrere dalla data del 1° agosto 2014, i contingenti complessivi dei distacchi al personale delle pubbliche amministrazioni sono ridotti del 50% per ciascuna associazione sindacale «ai fini della razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica». Traspare l'esigenza di procedere ad una riduzione immediata degli oneri posti a carico dello Stato e delle amministrazioni locali.

Nella riforma, come si è già accennato, finiscono anche i magistrati. Ed infatti, oltre ai provvedimenti per evitarne la vacanza, il disegno di legge dispone che i magistrati amministrativi, ordinari, contabili e militari non potranno ricoprire incarichi dirigenziali nella PA facendo ricorso all'istituto della aspettativa.

Il divieto di incarichi dirigenziali riguarda anche gli ex dipendenti in quiescenza. Il testo dell'art. 6 spiega, infatti, che è fatto divieto di assegnare incarichi dirigenziali pubblici a soggetti privati o pubblici collocati in quiescenza. E poi, ancora, via libera alla riforma degli onorari dell'Avvocatura generale dello Stato e delle avvocature degli enti pubblici, sia pure con talune dimenticanze che avrebbero potuto essere superate con un testo più generale, atteso che l'analiticità della previsione rischia sempre di poter ricadere in inescusabili disposizioni discriminatorie e, quanto meno, incomplete.

All'art. 10, infine, è prevista l'abrogazione dei diritti di rogito del segretario comunale e provinciale, nonché all'abrogazione della ripartizione del provento annuale dei diritti di segreteria.

Ancor più in generale è qui solo il caso di rilevare come non manchino specifiche misure di chiara *spending review*, dalla ricognizione degli enti pubblici e unificazione delle banche dati delle società partecipate, alla soppressione di enti, uffici e sezioni staccate di tar, nonché la soppressione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori. A proposito di

quest'ultimo punto, è previste, inoltre, un'unica Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e contro la corruzione, nonché l'unificazione delle Scuole di formazione.

Si profila dal provvedimento un'indubbia esigenza di semplificazione e trasparenza che, però, non deve pervenire al negativo risultato, sul piano sociale, sindacale e politico, di “mettere tutti contro tutti”, in un perverso gioco senza regole che, al contrario, allontanerebbe dall'effettiva risoluzione dei problemi.

Peraltro, “semplicità” deve pur sempre presupporre che ogni potere dello Stato eserciti in autonomia e coerenza il proprio ruolo: il potere giudiziario, quello legislativo e quello esecutivo devono mostrarsi in armonia tra loro, ma con gli opportuni distinguo e nella necessaria diversificare gli ambiti di operatività. L'obbiettivo, quindi, dovrà essere quello di coniugare insieme esigenze diverse, solo apparentemente contrastanti tra loro, al fine di avviare un processo riformatore in grado di compiere l'auspicata svolta e ciò anche nel segno della integrazione con gli ordinamenti dell'UE.

Orbene, si valuti che il testo del provvedimento in questione, pur con le sue evidenti ombre specie sul piano della omogeneità e organicità dei risultati, non appare censurabile sotto il profilo degli ambiti di competenza; atteso che il legislatore sembra abbia soltanto esercitato il proprio potere in modo parziale e non del tutto coerente con la realizzazione di un disegno complessivo. Le censure, per tale ragione, non sembra siano tali da mettere in dubbio la validità costituzionalità della riforma. Quest'ultima, infatti, non può essere accusata di avere stravolto le regole costituzionali del gioco. Più nel particolare potrà solo eccepirsi come il legislatore non sia stato, colpevolmente, in grado di gestire una molteplicità di situazioni che, in parte, gli sono “sfuggite di mano”, e con l'emergente esigenza, dunque, di mettere in cantiere ulteriori provvedimenti correttivi.

Non è trascurabile concludere, in questa sede, che il tanto decantato *principio di efficienza* dell'Amministrazione pubblica deve necessariamente trovare esplicazione nel concreto, e non è più procrastinabile l'avvio operativo di una serie di regole ragionevolmente incisive anche sul piano pragmatico. In estrema sintesi, queste devono coprire la razionale organizzazione degli uffici e, parimenti, assicurarne il corretto funzionamento. Ovviamente devono, in contemporanea, garantire la regolarità e la continuità dell'azione amministrativa e, in particolare, dei pubblici servizi. Tutto ciò sino al punto di dover mutare sul piano istituzionale, ove occorra, gli stessi assetti politici che hanno contrassegnato sino ad oggi le regole.

A titolo meramente esemplificativo occorrerà velocizzare, al pari di quanto accade negli altri Paesi dell'UE e nel segno dell'abbandono di ogni forma viscerale di garantismo e di iper-tutele, le procedure di rimozione del funzionario pubblico, quando ne siano accertate le responsabilità previste dall'ordinamento giuridico. In questa direzione i dirigenti debbono essere sottoposti a periodiche verifiche, circa il rispetto effettivo e non meramente formale, del loro adempimento ai noti principi di imparzialità, funzionalità, flessibilità, trasparenza, nonché alla valutazione delle loro prestazioni in funzione dei risultati e degli obiettivi prefissati, salva, anche qui, la rimozione per la valutazione con esiti negativi.

Una seria operazione di “disboscamento” dei rami secchi e improduttivi delle pubbliche amministrazioni potrebbe completare il disegno delle misure previste in materia di ricambio generazionale nell'area del pubblico impiego, favorendo l'accesso alle nuove leve più proclivi a sperimentarsi sul piano della meritocrazia e dei risultati.

Linee di riforma in materia di reclutamento e incarichi dirigenziali: brevi note introduttive

di Antonio Viscomi

1. Paradigmi

Mi è stato chiesto di condividere una riflessione sulle linee di riforma in materia di reclutamento ed incarichi dirigenziali. Il compito non è tra i più facili, per almeno due motivi.

Da un lato, si tratta di due grandi capitoli di ogni progetto riformatore, intimamente correlati con il modello o, se si vuole, con il *paradigma di pubblica amministrazione* proposto o presupposto dai *policy makers*, tant'è che le modifiche legislative in materia segnano puntualmente le continue discontinuità del processo riformatore del lavoro pubblico, ridefinendo al contempo il senso stesso dell'agire dirigenziale e della relativa identità professionale. Basti pensare, tanto per fare un esempio, al conflitto paradigmatico tra la valorizzazione, a partire dal lessico, dell'approccio aziendale proprio del *New Public Management* e la riscoperta dei ruoli d'ordine (e della stessa responsabilità disciplinare) nell'ambito delle più recenti riforme ispirate ai modelli *Neo-Weberian State*.

Dall'altro lato, e proprio per l'indicata correlazione, la disciplina della dirigenza segna il punto di intersezione cruciale di questioni di ordine *tecnico-giuridico* (abituamente segnate, sul piano applicativo, da un elevato livello di contenzioso giudiziario) e questioni di carattere più propriamente *politico-istituzionale*, in quanto attengono al travagliato rapporto con la dimensione ovvero, più esattamente, con la configurazione sistemica dell'apparato pubblico. È proprio in questa configurazione che si innervano le ragioni della necessaria *differenziazione e specificazione* per comparti e per aree professionali di ogni discorso sulla dirigenza e si radicano le questioni

complesse e delicate dei *rapporti tra politica e dirigenza*, per la verità spesso banalmente ricondotte ed anzi ridotte a slogan semplificanti.

D'altronde, a conferma della necessità di pensare sistematicamente il problema della dirigenza, è qui sufficiente ricordare le parole della Corte costituzionale che nella sentenza n. 103/2007 ha ben evidenziato come siano proprio i principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento a stare «alla base della stessa distinzione funzionale dei compiti tra organi politici e burocratici e cioè tra l'azione di governo – che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al “servizio esclusivo della Nazione”, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento».

Anche per questi motivi, è del tutto evidente che sull'interprete grava l'onere di riuscire a coniugare, *non solo in chiave conoscitiva ma anche in una prospettiva deliberativa*, l'attenzione per le specifiche problematiche della dirigenza con una accentuata sensibilità verso l'assetto giuridico-istituzionale delle pubbliche amministrazioni, oggetto da tempo di tensioni profonde. È questo, dunque, lo scenario all'interno del quale collocare e valutare le prospettive riformatrici offerte dal ddl S 1577, abbandonando fin da subito approcci esegetici focalizzati su aspetti di dettaglio segnati da una qual certa confusa vaghezza e tentando invece di individuare i grandi temi sottesi ai criteri di delega, che richiedono, pertanto, di essere preliminarmente e pertinentemente ricostruiti.

2. Reclutamento

Le linee di riforma delle regole sull'accesso alla dirigenza sono date dall'art. 10, comma 1-c, del ddl S 1577, qui prevedendosi, in via generale, che il *reclutamento dei dirigenti* possa avvenire tramite corso-concorso o concorso, con affidamento delle relative procedure alla Scuola nazionale dell'amministrazione, al fine di assicurare, secondo il disposto del comma 1-a, che l'intero «sistema della dirigenza pubblica» sia caratterizzato da «requisiti omogenei di accesso» ai «ruoli unificati e coordinati» nonché da «procedure analoghe di reclutamento». Inoltre, nella prospettiva offerta dal disegno di legge, tanto l'uno quanto l'altro modello dovrebbero essere caratterizzati dall'assunzione di «requisiti e criteri di selezione ispirati alle migliori pratiche utilizzate in ambito internazionale», anche se, a dire il vero, è noto che (per

ragioni di carattere storico-istituzionale facilmente intuibili) i modelli stranieri di reclutamento e formazione della dirigenza pubblica sono caratterizzati da significativa variabilità.

Sul punto, occorre però evidenziare che il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 70, ha già provveduto a riordinare il «sistema di reclutamento e formazione dei dipendenti pubblici e delle Scuole pubbliche di formazione» disciplinando in dettagli tanto i requisiti di accesso (differenziati in relazione all'essere il candidato già dipendente pubblico o meno), quanto le modalità di svolgimento delle procedure selettive (con indicazione puntuale delle prove da sostenere e dei tempi e dei modi della relativa valutazione). Pertanto, sarà necessario un attento coordinamento regolativo, al fine di impedire che la sovrapposizione possa produrre effetti non voluti, naturalmente forieri di contenzioso giudiziario di per sé inevitabile in ogni procedura concorsuale.

2.1. Corso-concorso

I tratti caratteristici del *corso-concorso* individuati dal legislatore sono essenzialmente i seguenti.

In primo luogo, con previsione che difficilmente potrà trovare implementazione effettiva, se ne prevede la *cadenza annuale*, non diversamente in ciò da quanto già previsto dall'art. 8 del d.P.R. 24 settembre 2004, n. 272. Resta da capire come sia possibile correlare l'annualità dell'indizione della procedura concorsuale con la cadenza triennale della programmazione del fabbisogno di personale, tant'è che non a caso il d.P.R. n. 70/2013 ha previsto la redazione del Piano triennale previsionale di reclutamento dei dirigenti, e come potrà conseguentemente operare la diversa disciplina ispirata al contenimento dei costi nella gestione degli organici, caratterizzata, fra l'altro, dall'obbligo del preventivo esperimento delle procedure di mobilità (volontaria e d'ufficio, oltre che dallo scorrimento delle graduatorie esistenti).

Questa circostanza, risulta ancor più significativa ove si consideri che il corso concorso dovrà essere bandito – ed è questo il secondo elemento da considerare – «per un *numero fisso di posti*, definito in relazione al fabbisogno minimo annuale del sistema amministrativo». Anche in tal caso vale la pena ricordare che nel disegno del d.P.R. n. 70/2013 il Piano triennale previsionale risultava dall'utilizzazione di un «modello di previsione quantitativa e qualitativa del fabbisogno di reclutamento, tenendo conto del numero di posti vacanti e in funzione degli obiettivi generali di dimensionamento degli

organici, nonché sulla base della valutazione strategica delle missioni e dei programmi assegnati alle pubbliche amministrazioni» (art. 3, comma 1). A ben vedere, però, tra le due previsioni normative in esame non sembrano sussistere significative incompatibilità, dal momento che le metodologie di analisi richiamate dal d.P.R. n. 70/2013 sono funzionali all'individuazione numerica delle posizioni dirigenziali da considerare necessarie, anche se poi il numero effettivo dei posti da mettere a concorso dovrà fare i conti con i limiti e le compatibilità finanziarie, allo stato ancora segnate dal parziale blocco del turnover. Semmai, appare significativo che nell'ambito dei principi di delega non sia riproposta la riserva prevista dall'art. 7 del d.P.R. 24 settembre 2004, n. 272, in base alla quale l'accesso alla qualifica dirigenziale deve avvenire per corso-concorso in una misura «percentuale non inferiore al 50% dei posti da ricoprire». Permanendo ancora la possibilità del concorso, sia pure solo per «i posti disponibili nella dotazione organica e non coperti dal corso-concorso», forse il mantenimento della percentuale minima potrebbe risultare utile al fine di assicurare la funzione baricentrica di un canale privilegiato, per le modalità formative che lo contraddistinguono, di reclutamento della dirigenza pubblica. In altri termini, sarebbe opportuno *rendere effettiva la priorità del corso-concorso* rispetto al concorso, assicurando il carattere residuale di quest'ultimo per i soli posti non ricoperti prioritariamente con quello.

In terzo luogo, il corso-concorso dovrà essere svolto «per ciascuno dei tre ruoli» (che, è bene ricordare, sono «unificati e coordinati»), con «sezioni speciali [...] per i dirigenti tecnici». Non è ben chiaro l'effetto della previsione: se, cioè, sia da bandire un unico corso-concorso per figure dirigenziali appartenenti ai diversi ruoli ovvero se siano ipotizzate dal legislatore procedure selettive (e quindi anche formative) differenziate per i singoli ruoli. È del tutto evidente che la questione non è di mera rilevanza pratica e procedurale, ma rinvia *ab imis* all'opportunità di assicurare un ambiente favorevole ad una comune formazione ed una omogenea cultura professionale della dirigenza pubblica. In questa prospettiva, l'utilizzazione del termine «sistema della dirigenza pubblica» (di cui al comma 1-a) e di «sistema amministrativo» (di cui al comma 1-c-1) trova ragione e senso se e a condizione di non essere ricondotto ed anzi ridotto ad una dimensione strutturale o, peggio, ad mero artificio strumentale nella prospettiva della revisione della spesa, ma sia invece considerato come espressione dell'esigenza di assicurare che la complessità sistemica delle pubbliche amministrazioni trovi punti di temperamento non solo nell'esistenza di «requisiti omogenei di accesso» in grado di assicurare la piena mobilità

(comma 1-a) ma anche nella diffusione di una *comune cultura amministrativa* e, ancor più, un *comune senso di appartenenza istituzionale*.

In quarto luogo, si prevede che vi sia una perfetta coincidenza tra posti disponibili e vincitori della selezione per l'accesso al corso-concorso, eliminando la possibilità che in graduatoria vi siano *idonei*, restando conseguentemente vacante il posto eventualmente resosi disponibile per rinuncia di un vincitore ad accedere o a continuare nel corso-concorso. La previsione è opportuna, anche per risolvere, o almeno semplificare, la controversa questione del previo esaurimento delle graduatorie di idonei come condizione per l'avvio di nuove procedure concorsuali.

Le innovazioni più significative rispetto al modello ora disciplinato dai citati d.P.R. n. 272/2004 e n. 70/2013 riguardano la *fase successiva* al superamento del corso-concorso. Nel disegno delineato dal legislatore riformatore, i vincitori del corso-concorso dovranno essere immessi in servizio «come funzionari» e saranno assoggettati a non meglio precisati «obblighi di formazione»: è da ritenere che tale formazione debba essere di carattere specifico, finalizzata cioè all'immissione nei ruoli dirigenziali, in considerazione del fatto che la formazione continua costituisce principio cardine del sistema della dirigenza pubblica come precisato dal comma 1-a. Il punto non è secondario, se si considera che la permanenza nello status di funzionario è richiesta dal legislatore per un periodo di *quattro anni*, con possibilità di *riduzione* del suddetto periodo in relazione all'esperienza lavorativa precedentemente maturata nel settore pubblico o a esperienze all'estero. Nulla dice il disegno di legge in ordine agli aspetti giuridici ed economici del rapporto di lavoro instaurato come funzionario (si pensi all'incidenza sulla dotazione organica, al trattamento economico o, ancor prima, alla durata del rapporto, se cioè a termine o a tempo indeterminato, anche se a favore di questa seconda soluzione può invocarsi tanto l'espressione “immissione in ruolo” quanto la differenza con le normali procedure concorsuali, di cui si dirà tra poco). Neppure tratta del tipo di formazione, per intuibili motivi differenti da quella somministrata nell'ambito del periodo di frequenza del corso-concorso, e neppure di come considerare (e come quantificare ai fini della riduzione prevista) la rilevanza di precedenti esperienze nel settore privato. In ogni caso, alla fine del periodo di formazione *on the job*, il dipendente già funzionario sarà immesso nel ruolo unico della dirigenza di riferimento «previo superamento di un esame», del quale null'altro si dice nel disegno di legge, così come nulla si dice in ordine alle conseguenze di un eventuale esito negativo del medesimo esame.

È da dire, infine, che il corso-concorso può essere attivato anche eventualmente per «dirigenti di carriere speciali e delle autorità indipendenti» e che gli organi costituzionali possono «reclutare il proprio personale con il suddetto concorso».

2.2. Concorso

Rispetto ai criteri previsti per il corso-concorso, il *tradizionale concorso* presenta i seguenti elementi differenziali.

Il numero dei posti messo a concorso è *variabile* in relazione ai posti disponibili nella dotazione organica e non coperti dal corso-concorso. Ciò considerando, è dunque ragionevole ritenere che la procedura concorsuale, allo stato configurata per titoli ed esami, sia succedanea rispetto allo svolgimento del corso-concorso, nella misura in cui i posti da mettere a bando sono esattamente quelli non coperti da quest'ultimo, ond'è che, a rendere effettiva la previsione, dovrebbe coerentemente disporsi una sorta di vincolo procedurale avente ad oggetto il previo svolgimento dell'uno rispetto all'altro. Tuttavia, occorre considerare che anche per il concorso è prevista una cadenza annuale e dunque, dovendo l'indizione del concorso e del corso concorso procedere di pari passo, è del pari ragionevole ritenere che le amministrazioni alla fine considereranno quasi equivalenti l'una o l'altra forma di reclutamento.

Il tratto più importante del disegno di legge sul punto è dato dalla ridefinizione dei rapporti tra *reclutamento e formazione*. Il modello tradizionale di reclutamento considera la formazione come successiva all'immissione in ruolo e presuppone una netta frattura tra reclutamento e formazione: le prove concorsuali sono infatti destinate ad accertare il possesso di *conoscenze* adeguate laddove la formazione in amministrazione, correlata al periodo di prova, è orientata alla promozione ed allo sviluppo delle *competenze* ritenute necessarie all'assunzione del ruolo. Tale modello duale è ora superato dalla diversa prospettiva che vuole il periodo di formazione interno alla fase del reclutamento, tant'è che la «formazione della graduatoria finale» è rinviata alla fine del ciclo di formazione, del quale null'altro si dice in delega: l'auspicio è naturalmente di assicurare in sede di legge delegata un equilibrato contemperamento tra autonomia delle singole amministrazioni e omogeneizzazione dei percorsi formativi, soprattutto in considerazione del carattere unico del ruolo e della mobilità che il legislatore riformatore intende assicurare.

L'altra significativa novità in materia di procedure concorsuali tradizionali è data dal fatto che l'assunzione avverrà a *tempo determinato*: nel silenzio mantenuto sul punto e considerando la differenza con quanto disposto per il corso-concorso, è ragionevole presumere che l'assunzione debba avvenire nella qualifica dirigenziale e quindi con inserimento immediato nel ruolo unico. L'assunzione a tempo determinato dovrebbe avere durata massima triennale, dal momento che il legislatore prevede che l'assunzione a tempo indeterminato avvenga in un momento successivo, previo *esame di conferma* da svolgere dopo un triennio. L'esame, nella prospettiva del disegno di legge, dovrebbe essere affidato ad un "organismo indipendente": sul punto il disegno di legge-delega mantiene, per quanto riguarda sia l'esame che l'esaminatore, il massimo silenzio, tranne il fatto di aver qualificato l'esame post triennio a stregua di "esame di conferma", con un eco del sistema di reclutamento dei professori universitari.

Infine, ultimo tratto qualificante è dato dalla prevista «risoluzione del rapporto di lavoro con eventuale inquadramento nella qualifica di funzionario, in caso di *mancato superamento dell'esame di conferma*». Dal punto di vista tecnico, la norma non sembra adeguatamente formulata: da un lato, il contratto instaurato a seguito dell'esito positivo della procedura concorsuale è a tempo determinato (tant'è che all'esito positivo dell'esame di conferma segue non la novazione del contratto ma piuttosto la «successiva assunzione a tempo indeterminato»), in guisa tale che il mancato superamento dell'esame di conferma si configura *più come condizione ostativa alla successiva assunzione che come causa di risoluzione di un contratto a termine*; dall'altro lato, il previsto inquadramento nella qualifica di funzionario, sembra trascurare di considerare l'ormai consolidato superamento delle qualifiche con le categorie, sì che forse meglio la legge-delega dovrebbe precisare se l'inquadramento avverrà nella categorie di livello apicale e con quale classe di retribuzione.

2.3. Scuola nazionale dell'amministrazione

L'ultimo insieme dei criteri di delega riguarda il ruolo della *Scuola nazionale dell'amministrazione*. Al riguardo, il disegno di legge prefigura un ruolo baricentrico della medesima Scuola, alla quale risultano affidati l'intera procedura concorsuale (bandi e gestione procedurale) per entrambe le tipologie previste. In verità, tra le righe del disegno si intravede anche la possibilità di un ulteriore riassetto organizzativo della Scuola per via del previsto «adeguamento dell'ordinamento alle nuove funzioni». In ogni caso,

il tratto ora caratterizzante è la necessaria relazione con le amministrazioni regionali e locali che può o deve aversi su due livelli: l'adeguata rappresentanza in sede istituzionale e la possibilità di avvalersi delle amministrazioni regionali e locali e delle loro scuole nello svolgimento delle procedure concorsuali di relativo interesse. Tale facoltà è peraltro estesa anche alle istituzioni universitarie «selezionate con procedure trasparenti».

3. Incarichi

I criteri di delega sugli *incarichi dirigenziali* sono contenuti nelle lett. *e* ed *f* nonché, per il top management sanitario, nella lett. *m* dell'art. 10. Giova anzitutto precisare che tali criteri non riguardano il conferimento di incarichi a soggetti esterni all'amministrazione pubblica, materia sulla quale, almeno per quanto riguarda gli enti locali, è già intervenuto il d.l. n. 90/2014 il cui art. 11 ha novellato l'art. 110 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ivi dettandosi, inoltre, specifiche regole per la dirigenza delle Regioni, per quella PTA degli enti e delle aziende del servizio sanitario nonché, infine, per quella degli enti di ricerca.

Nella prospettiva del legislatore, gli incarichi dirigenziali possono essere conferiti ai dirigenti «appartenenti a ciascuno dei tre ruoli», nella prospettiva caratterizzante, sancita dal comma 1-a, della «piena mobilità» tra gli stessi. Anche a tal fine è prevista la istituzione di una *banca dati* a carattere generale nella quale inserire il curriculum vitae e il profilo professionale di ciascun dirigente, comprese, ed è questa la novità significativa, «le valutazioni ottenute nei diversi incarichi ricoperti».

Ai fini della scelta del dirigente da incaricare l'amministrazione dovrà, come usuale, definire preventivamente i «*requisiti* necessari in termini di competenze ed esperienze professionali», tenendo conto di tre elementi espressamente previsti: complessità dell'incarico (e si presume anche, benché non esplicitati, della natura e del carattere propri degli obiettivi assegnati), responsabilità organizzative, risorse umane e strumentali a disposizione.

L'amministrazione dovrà poi attivare la procedura «con *avviso pubblico* sulla base di requisiti e criteri» *definiti* dall'amministrazione medesima (che non possono che riguardare le stesse competenze ed esperienze ritenute necessarie in relazione all'incarico da conferire) ma «approvati» dalle Commissioni di cui alla lett. *b*, anche sulla base di «criteri generali definiti dalle medesime Commissioni» (entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge delegata ai sensi di quanto previsto dalla lett. *m*). È forse questa una delle innovazioni più

significative del progetto riformatore, anche se, sulla base dei soli criteri della legge-delega, non risulta ancora ben definito il rapporto tra singola amministrazione e competente *Commissione per la dirigenza*. In effetti, ai sensi della lett. *b* le Commissioni procedono alla «verifica del rispetto dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi», laddove, invece, ai sensi del criterio in esame, le medesime Commissioni sono chiamate, *ex ante*, ad approvare i requisiti ed i criteri dell'avviso pubblico (ond'è che non vi potrebbe essere pubblicazione di avviso senza preventiva approvazione della Commissione, con effetti prevedibili ed intensi di appesantimento procedurale) e sono poi chiamate, *ex post*, a verificare il rispetto dei medesimi criteri in fase attuativa ovvero, più esattamente, a formulare un giudizio di “congruità successiva”.

Se ben si comprende l'urgenza di evitare che la sfera di discrezionalità della singola amministrazione possa sollecitare comportamenti opportunistici, ben noti ai repertori di giurisprudenza, è parimenti intuibile il rischio di una eccessiva burocratizzazione del sistema dei conferimenti, anche in considerazione della necessaria reiterazione dei medesimi nel tempo. Ciò considerando, è auspicabile che la previsione di “criteri generali” di cui parla il criterio della lett. *e* possa essere tale da fluidificare, sia in fase preventiva che successiva, la relazione tra amministrazione e Commissione.

Ai fini dell'individuazione del dirigente da incaricare assumono “rilevanza”, purché attinenti all'incarico da conferire, le attitudini e le competenze dell'aspirante dirigente, i precedenti incarichi e le relative valutazioni, le specifiche competenze organizzative possedute, le esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, nel settore privato o «presso altre pubbliche amministrazioni». Nulla si dice in merito alle professionalità specifiche, ma è del tutto evidente che le competenze invocate non possono che riguardare anche le competenze professionali e tecniche, se e quando rilevanti. Inoltre, fra i principi chiamati a disciplinare la fase transitoria (lett. *m*) è specificamente previsto che la disciplina del conferimento degli incarichi dovrà essere realizzata «in modo da salvaguardare l'esperienza acquisita».

Semmai è ora da evidenziare la rilevanza attribuita all'esperienza presso altre pubbliche amministrazioni, dal momento che l'assegnazione degli incarichi deve essere condotta con «criteri che privilegino la maturazione di esperienze in amministrazioni differenti». A ben vedere, tale criterio presuppone ed esprime la diversa ambizione di promuovere una più intensa mobilità del personale dirigenziale tra le pubbliche amministrazioni, anche se è del tutto evidente che in assenza di omogeneità dei trattamenti retributivi, l'incentivo alla mobilità non possa che essere realisticamente segnato proprio dalla

valorizzazione economica della professionalità e dell'esperienza maturata. In altri termini, è ragionevole ritenere che il fattore propulsivo della stessa mobilità possa essere di fatto rappresentato dal trattamento economico erogato dall'amministrazione di destinazione.

Per quanto riguarda gli incarichi relativi ad uffici di vertice e per gli incarichi corrispondenti ad uffici di livello *dirigenziale generale*, il disegno riformatore ipotizza una specifica «preselezione di un numero predeterminato di candidati» in possesso di requisiti e criteri “richiesti” dalle Commissioni, al fine di delimitare e perimetrare lo spazio di discrezionalità dell'organo politico nella scelta del vertice amministrativo, contemperando così la dimensione politico-fiduciaria della scelta finale con la previa verifica delle competenze professionali affidata appunto alle stesse Commissioni.

La lett. *f*, che pure disciplina la diversa materia della durata dell'incarico, sancisce il principio dell'equilibrio di genere nel conferimento degli incarichi, con previsione che però richiede ben più pregnanti strumenti per assicurarne l'effettività.

In ordine alla *durata* degli incarichi, la medesima lett. *f* afferma i seguenti principi:

- a) la durata dell'incarico è triennale;
- b) l'incarico può essere ordinariamente rinnovato «previa partecipazione alla procedura di avviso pubblico»;
- c) dovrà essere disciplinata, quanto a presupposti e condizioni, l'ipotesi straordinaria di rinnovo dell'incarico senza procedura selettiva e per una sola volta;
- d) l'incarico potrà essere prorogato soltanto «nelle more del perfezionamento delle procedure di avviso pubblico».

Per quanto attiene, infine, al venir meno dell'incarico, il disegno di legge detta tre principi di delega. In base al primo (lett. *f*), dovranno essere definiti «presupposti oggettivi» e disciplinate le «procedure» di *revoca*, «anche in relazione al mancato raggiungimento degli obiettivi». In base al secondo (lett. *a*), le Commissioni assumono «funzioni» di «verifica del rispetto dei criteri [...] di *mancata conferma* degli incarichi, nonché dell'effettiva adozione e dell'effettivo utilizzo dei sistemi di valutazione al fine [...] della mancata conferma degli incarichi». In base al terzo (lett. *e*) la *decadenza* dall'incarico «in caso di riorganizzazione dell'amministrazione» è subordinata al «parere vincolante» delle Commissioni, chiamate ora a sostituire i Comitati dei garanti.

4. Servizio sanitario

Una disciplina specifica, ricondotta nell'alveo dei principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 Cost., è dettata in relazione al conferimento degli incarichi di direttore generale, amministrativo e sanitario delle aziende e degli enti del *servizio sanitario nazionale*.

Per quanto riguarda il *direttore generale*, il disegno riformatore articola la procedura di designazione in due diverse fasi. La prima, con carattere abilitante alle funzioni di direttore generale, gestita da una Commissione nazionale composta in modo paritetico da rappresentanti dello Stato e delle Regioni, chiamata a valutare il possesso da parte degli aspiranti «di specifici titoli formativi e professionali e di comprovata esperienza dirigenziale» e a stilare *l'elenco nazionale degli idonei* da aggiornare con cadenza biennale. La seconda, in sede *regionale*, è caratterizzata dalla individuazione preliminare di una rosa di candidati idonei, dallo svolgimento di un colloquio e poi dal conferimento dell'incarico. Il disegno di legge non specifica se l'inserimento nell'elenco abbia durata biennale ovvero sia, per così dire, a tempo indeterminato, anche se appare del tutto evidente che in tale seconda ipotesi non sarebbe possibile valutare il mantenimento in capo all'interessato delle competenze a suo tempo accertate.

Per quanto riguarda i ruoli di *direttore amministrativo e sanitario*, assume rilievo la sola dimensione regionale. In tal caso, infatti, la formulazione di elenchi di idonei è affidata ad una *Commissione regionale* composta da esperti di qualificate istituzioni scientifiche, con previsione pertinente per quanto riguarda la funzione di direttore sanitario, ma certo non adeguata per quello di direttore amministrativo. La Commissione vi provvede sulla base di una procedura di selezione per titoli (professionali, scientifici e di carriera) e colloquio. Da questo elenco, «devono obbligatoriamente attingere» i direttori generali per la nomina dei direttori sanitari ed amministrativi.

Per quanto riguarda, infine, la disciplina dell'incarico, il disegno di legge si interessa soltanto della *decadenza* dal medesimo. In relazione ai direttori generali, si prevede che in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi, accertato decorsi ventiquattro mesi dalla nomina, ovvero nel caso di gravi e comprovati motivi, ovvero ancora di manifesta violazione di leggi o regolamenti o del principio di buon andamento e imparzialità, l'interessato decada dall'incarico e possa essere reinserito nell'elenco «soltanto all'esito di una nuova selezione» (con formulazione che, in quanto specifica, suggerisce di considerare l'inserimento nell'elenco nazionale caratterizzato, in via generale, da un effetto perdurante nel tempo e che però, al contempo, non

specifica in che modo la valutazione negativa debba operare in fase di nuova selezione). In relazione ai direttori amministrativi e sanitari, il disegno di legge prevede sì la decadenza in caso di manifesta violazione di leggi o regolamenti o del principio di buon andamento e imparzialità, ma nulla dice in ordine alla relativa incidenza sulla permanenza nell'elenco regionale.

5. Reclutamento, formazione, assunzione

La ricognizione dei principi e criteri di delega fin qui proposta sollecita alcune riflessioni di scenario, sul senso, le incertezze e, per alcuni versi, anche le ambiguità del progetto riformatore.

Per quanto riguarda l'accesso alla qualifica dirigenziale, il disegno riformatore ripropone le due vie, oramai consolidate, del corso-concorso e del concorso. Tuttavia, con una significativa consapevolezza sui limiti di un reclutamento su base concorsuale, spesso segnato dall'intervento incisivo della stessa magistratura amministrativa e sempre caratterizzato dall'estrema difficoltà di una *adeguata valutazione non solo delle conoscenze ma anche delle competenze, delle abilità e delle attitudini*, quel disegno tenta ambiziosamente, ma anche talvolta confusamente, di correlare procedura di *reclutamento* e periodo di *formazione e verifica on the job*. Nel caso di corso-concorso, ciò avviene mediante l'*iniziale* immissione in ruolo come funzionario con obbligo di formazione per i primi quattro anni e la *successiva* immissione nel ruolo unico della dirigenza previo superamento di un esame. Nel caso del tradizionale concorso, si persegue il medesimo effetto rinviando la «formazione della graduatoria finale» alla fine del ciclo di formazione iniziale, successiva all'esito positivo del concorso, e prevedendo poi che, formulate le graduatorie finali, l'immissione in ruolo avvenga inizialmente con un contratto a termine e successivamente a tempo indeterminato, ma solo previo superamento di un ulteriore "esame di conferma" svolto ad opera di un non meglio precisato organismo indipendente. Naturalmente non è facile comprendere e soprattutto giustificare il motivo del diverso sistema di inserimento nei ruoli a seguito di corso-concorso e di concorso (nel primo caso come funzionario per quattro anni, nel secondo come dirigente a tempo determinato per tre anni) e neppure la diversa disciplina in caso di mancato superamento dell'esame di conferma (nel primo caso, nulla si dispone in merito, nel secondo si prevede la possibilità di inquadramento alternativo come funzionario). È però evidente l'esigenza del legislatore riformatore di introdurre modalità di reclutamento e di immissione nel ruolo dirigenziale in

grado di evidenziare le effettive competenze manageriali e professionali, benché poi l'inserimento come funzionario all'esito del corso-concorso, oltre a determinare un temporaneo risparmio di spesa, sembra tale da privilegiare *modelli di apprendimento per affiancamento* (il funzionario non svolge funzioni dirigenziali, potendo al più affiancare il dirigente di riferimento), laddove l'inserimento a termine all'esito del concorso sembra più idoneo a *verificare l'idoneità in concreto a svolgere le funzioni dirigenziali*. In effetti, considerando che nel concorso il periodo di formazione è interno alla procedura di reclutamento, tant'è che la graduatoria dovrà essere formulata solo dopo il relativo espletamento, la successiva assunzione a termine nella qualifica dirigenziale sembra tale da potersi ragionevolmente configurare a stregua di prolungato periodo di prova.

L'incertezza evidente nell'assunzione di un modello omogeneo è però, a ben vedere, non priva di effetti paradossali, ove solo si consideri che il corso-concorso prevede, per sua propria natura, una formazione in aula mirata, assoggettata a valutazione continua ed integrata da periodi di formazione specialistica nell'amministrazione di destinazione, anch'essa oggetto di valutazione ai fini della graduatoria finale (d.P.R. n. 272/2004 e d.P.R. n. 70/2013), laddove, invece, il superamento della tradizionale procedura concorsuale presuppone la valutazione positiva di due prove scritte e di una prova orale. Da questo punto di vista, l'intuizione del legislatore richiede dunque, per essere resa essere effettiva, una *adeguata e pertinente attuazione*, in grado di temperare asimmetrie e discrasie di criteri di delega non proprio ordinati.

Tali asimmetrie e discrasie sono immediatamente verificabili anche su un altro profilo di interesse: la centralità del momento formativo in fase di reclutamento è esaltata dall'unitarietà complessa del ruolo dirigenziale e dall'auspicata mobilità tra le amministrazioni, sostenuta anche dai criteri indicati in sede di regolazione dell'assegnazione degli incarichi. In relazione a ciò, il momento formativo è o dovrebbe essere orientato anche alla creazione di una *comune e condivisa cultura amministrativa*. Ciò significa, in concreto, riportare la stessa gestione delle procedure di reclutamento in una dimensione unitaria, assicurata dall'affidamento alla Scuola nazionale dell'Amministrazione (e non già, si badi, al sistema unico del reclutamento e della formazione pubblica introdotto dall'art. 1 del d.P.R. n. 70/2013) sia pure temperato, per un verso, dalla previsione di una "adeguata rappresentanza" a beneficio delle regioni e degli enti locali nonché, per altro verso, dalla possibilità della Scuola di avvalersi delle amministrazioni regionali e di quelle locali, nonché delle loro scuole, nello svolgimento dei concorsi ad esse

relativi. Ciò detto, è però del tutto evidente che il problema non è solo, e neppure tanto, di carattere strutturale, ma semmai di contenuti e modalità del progetto formativo anche in funzione dell'auspicato sostegno alla creazione di una dirigenza finalmente "unitaria".

6. Autonomia, indirizzi e controlli

Analoghe tensioni sono poi percepibili in relazione alla disciplina degli *incarichi dirigenziali*. In proposito, l'innovazione più significativa appare incastonata nel ruolo ipotizzato per le Commissioni per la dirigenza (statale, regionale, locale) di cui alla lett. *b*. La Commissione, infatti:

- a) verifica il rispetto dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi anche in relazione all'effettiva adozione e utilizzo dei sistemi di valutazione (lett. *b*);
- b) approva i requisiti ed i criteri previsti dall'avviso pubblico per il conferimento dell'incarico (lett. *e*, quarto criterio);
- c) definisce i criteri generali per l'approvazione dei requisiti e dei criteri testé indicati (lett. *e*, quarto criterio);
- d) preseleziona un numero predeterminato di candidati agli incarichi relativi ad uffici di vertice o di livello dirigenziale genarle (lett. *e*, sesto criterio) sulla base di requisiti e criteri determinati come sopra;
- e) valuta, successivamente all'attribuzione dell'incarico, la relativa "congruità" (lett. *e*, settimo criterio);
- f) esprime un parere vincolante sulla decadenza dall'incarico per riorganizzazione (lett. *e*, ottavo criterio).

Dalla lettura dei vari criteri, risulta evidente l'intenzione riformatrice di configurare la Commissione come una sorta di autorità di controllo dell'operato delle singole amministrazioni, sia in quanto ne definisce, perimetrandolo, lo spazio discrezionale, sia per l'impegno di verifica sulla corretta applicazione del modello generale. La questione seria è relativa all'effettiva implementazione del sistema, essendo scarsamente probabile che la stessa Commissione possa efficacemente operare in presenza di grandi numeri, salvo il ricorso a linee guida e a protocolli operativi di carattere generale, che potranno però indurre a ridurre quello della Commissione ad un mero controllo di conformità dell'operato della singola amministrazione e non già di valutazione del singolo incarico.

Vi sono però altri due elementi significativi da considerare. Il primo riguarda la *diversa proceduralizzazione* della scelta dei dirigenti e dei dirigenti

generali: nel primo caso vi è l'ennesima reiterazione del modello tradizionale, di origine giurisprudenziale, che vuole una selezione pubblica conformata sulla base di criteri predeterminati e coerenti con la posizione da ricoprire; nel secondo caso, vi è invece la previsione di un modello a due fasi, rappresentato dalla preselezione ad opera della Commissione di un numero di candidati in possesso dei requisiti richiesti e dalla successiva «scelta da parte del soggetto nominante». In qualche misura si tratta di un modello intermedio tra la procedura tradizionale dell'avviso pubblico aperto a tutti e la lista di idonei prevista per i direttori generali del sistema sanitario, idoneo a garantire un bilanciamento tra il carattere politico-fiduciario della scelta (nello spazio che la Corte costituzionale ritiene ancora di rilevanza per lo *spoils system*) e l'accertato possesso di requisiti professionali adeguati. La differenza con la lista di idoneità nell'ambito del servizio sanitario è data semmai dal fatto che questa è istituzionalizzata (salvo poi verificare la validità biennale o no dell'inclusione nella lista di idonei), laddove l'elenco dei candidati direttori generali è connesso alla richiesta dell'amministrazione conferente.

Il secondo riguarda la rilevanza da assegnare, in sede di conferimento, alle esperienze *maturate in altre amministrazioni*, che il criterio di delega dettato dalla lett. e, settimo periodo, ritiene siano da privilegiare. L'obiettivo è del tutto evidente: accantonate le risalenti e deluse aspettative di dirigenti privati pronti a transitare al pubblico, il legislatore ritiene sia rilevante in questa fase promuovere una mobilità all'interno del ruolo unificato. Tuttavia, a tacere delle diversità di trattamento economico nelle varie aree, è del tutto evidente che tale privilegio debba essere coordinato con le specificità tecniche delle singole amministrazioni, anche al fine di evitare che l'auspicata mobilità possa risolversi, in definitiva, all'interno del medesimo comparto.

In buona sostanza, i motivi ispiratori della riforma colgono sicuramente alcuni punti di criticità del sistema pubblico (la formazione dirigenziale, il bilanciamento degli interessi, la mobilità interna al ruolo). Essi tuttavia richiedono una grande attenzione in sede di formulazione della legge delegata, al fine di temperare i *rischi di fallimento per eccessiva farraginosità*, che non rende più forte ma semmai più fragile il sistema di reclutamento della dirigenza e di conferimento dei relativi incarichi.

Relazione del coordinatore della sessione:

Lavoro pubblico e organizzazione amministrativa nelle riforme del Governo Renzi

di Sandro Mainardi

1. Lavoro privato e lavoro pubblico: la diversa portata delle riforme annunciate

Mi accingo a svolgere un breve rapporto di quanto emerso da un dibattito svolto credo con lo spirito di chi non solo si conosce da tempo, ma, almeno sui temi del lavoro pubblico, parla da tempo un linguaggio comune, condividendo perimetri interpretativi che, pur nella diversità delle impostazioni e delle tesi, partono dal dato fondamentale della c.d. “privatizzazione”, quella dell’appropriazione da parte della nostra disciplina lavoristica di territori prima riservati ad altri sistemi e ad altre discipline giuridiche.

Il materiale normativo analizzato nell’ambito della terza sessione di queste Giornate di Bertinoro 2014, presenta carattere differenziato rispetto a quello a disposizione delle altre sessioni: ciò, non solo perché il d.l. n. 90/2014, convertito dalla l. n. 114/2014, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*, ed il ddl S 1577, *Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, riguardano con tutta evidenza lavoro ed organizzazione nel pubbliche amministrazioni, ma in quanto gli interventi normativi, attuati ed annunciati, non sembrano assumere la portata “rivoluzionaria” che invece caratterizza il *Jobs Act* ed i provvedimenti limitrofi.

Pur avendo infatti condiviso con quella del settore privato – ci si riferisce appunto al ddl S 1428, oggi l. n. 183/2014 – tempi, metodi e percorsi (in particolare nella anticipazione degli interventi tramite decreto-legge, con reale effetto mediatico poi affidato all’approvazione dei disegni di legge), non

sembra trattarsi qui di una grande e soprattutto organica riforma del lavoro pubblico, senz'altro non paragonabile a quelle del 1992/1993-1997/1998-2008/2010 ben descritte, nella loro ampia portata riformatrice, nella relazione di apertura di Alessandro Boscati.

Ad uno sguardo di insieme riferito al d.l. n. 90/2014 e al disegno di legge Madia l'orizzonte degli interventi appare da subito limitato e settoriale, di portata correttiva rispetto all'esistente, piuttosto che realmente modificativa; salvo naturalmente che non si faccia passare attraverso l'art. 12 del disegno di legge, in sede di elaborazione di «decreti legislativi di semplificazione» e con buona pace dei principi di cui all'art. 76 Cost., molto più di quanto indicato dai criteri direttivi contenuti nella norma, ove si parla di «modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni di ciascuna materia», qui rappresentata appunto dal «lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa» e di «coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti», con «risoluzione delle antinomie» ed «indicazione esplicita delle norme abrogate».

Ed in effetti, anche laddove ci si accinge ad abbandonare un modello, come avviene segnatamente nella materia della dirigenza pubblica, sembra mancare un disegno complessivo, che tenti di collegare in modo proficuo i vari tasselli che danno nuovo valore, oggi, ai principi di buon andamento ed imparzialità espressi dall'art. 97 Cost., principi da perseguire, come ricordato di recente, attraverso risorse congrue e ben ripartite, organizzazioni adeguate, politiche ben configurate seguite da indirizzi concreti e conseguenti, capacità manageriali, competenze professionali, controlli non meramente formali, assegnazione di obiettivi seri e sfidanti, valutazione del personale e delle strutture, rispetto dei cittadini utenti¹.

Questo incide sulla stessa confezione della delega: Maurizio Ricci, nel suo intervento, ha osservato che, pur avendolo annunciato, il Governo non fornisce risposte concrete all'esigenza di una maggiore occupazione e di una maggiore occupazione più produttiva, con rilancio delle politiche “industriali” dei due settori privato e pubblico. E non è un caso, appunto, che le deleghe risultino molto generali se non generiche, anche se tale genericità, ed è tutto dire, risulta minore nel disegno di legge Madia per il settore pubblico rispetto al *Jobs Act* del settore privato.

L'effetto mediatico-politico impera nella redazione legislativa rischiando di contaminare, sotto il profilo tecnico, il percorso di riforma: molti sono in

¹ Cfr. L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale: linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la “privatizzazione”*, in *LPA*, 2013, n. 5, 715-716.

effetti gli obiettivi annunciati, ma questi non possono rappresentare criteri di delega per la legislazione delegata, la quale, invece, si attenderebbe *principi* per approntare gli strumenti utili a raggiungere gli obiettivi enunciati.

2. Nel segno della continuità: specialità di disciplina, centralità della legge, rapporto complesso con il (“nuovo”) diritto del lavoro nell’impresa

L’effetto, non si capisce se voluto o meno dal d.l. n. 90/2014 e dal disegno di legge Madia, è allo stato – per restare ancora alle considerazioni generali – quello di aumentare e probabilmente rendere definitivo il distacco dal modello proprio e caratterizzante della privatizzazione, che, almeno sul piano della disciplina delle fonti, con riguardo all’art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, da sempre impone un diritto del lavoro pubblico il più possibile coincidente con il diritto del lavoro privato, riassunto nella formula regolativa fornita dal «codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa», appunto direttamente applicabili ai rapporti di lavoro dei dipendenti e dirigenti pubblici, «fatte salve le [sole] disposizioni contenute nel presente decreto che costituiscono disposizioni di carattere imperativo».

Nel 2006, riferendomi agli istituti della flessibilità e considerando le prime modifiche all’art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 in materia di contratti a tempo determinato rispetto agli assetti di liberalizzazione che si andavano consolidando nel settore privato, parlavo di un «piccolo Requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni»², appunto intendendo l’abbandono del modello privatistico nell’ambito di utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili da parte delle amministrazioni, sì come originariamente previsto nel d.lgs. n. 80/1998; non vorrei che la “luce perpetua” della relazione di apertura di Alessandro Boscati³ rappresentasse ciò che ormai è nelle cose, cioè l’allontanamento definitivo dalle regole e quindi dal modello regolativo utilizzato nell’impresa privata per la gestione delle risorse umane, considerato invece, all’epoca delle riforme degli anni ‘90, reale volano di innovazione e strumento di contenimento/controllo della spesa pubblica.

Forse trattavasi di anelito un po’ illuministico, quello dell’art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, mai modificato, ma definitivamente superato, a destra e a

² S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della Legge 9 Marzo 2006, n. 80*, in *LPA*, 2006, n. 1, 12 ss.

³ Cfr. ora A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *LPA*, 2014, n. 2.

sinistra, in più occasioni, dal legislatore degli anni 2000, almeno sotto tre profili caratterizzanti.

2.1. La specialità delle discipline legali

Necessariamente privatistiche nella natura, perché attinenti ai rapporti di lavoro e alle relazioni sindacali, le norme di legge introdotte nel settore pubblico successivamente alla “privatizzazione” risultano tuttavia diverse e in tal senso speciali rispetto a quelle applicate nel settore privato, esaltando così il legislatore la porzione dell’art. 2, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 165/2001 che nel modello della riforma Bassanini-D’Antona del’98 doveva invece assumere valore recessivo, cioè appunto quella relativa alle regole speciali fatte salve perché contenute nel TUPI o perché intervenute successivamente a regolare i rapporti dei soli pubblici dipendenti o di categorie di essi (tanto da rendere progressivamente “di scuola” dibattiti come quello intorno alla compatibilità dell’art. 2103 c.c. in materia di mansioni e trasferimenti rispetto all’art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, mentre il legislatore ha dimostrato di poter andare molto oltre).

Questo ha creato diritti del lavoro paralleli fortemente diversificati nella cifra regolativa: diversificazione non sempre giustificata dalla organizzazione amministrativa e quindi dalla particolarità del datore di lavoro, ovvero dai principi costituzionali, quale quello dell’accesso concorsuale all’impiego o della necessità di mantenere equilibri finanziari di bilancio.

Nel dibattito, Maurizio Ricci riconosceva quale dato strutturale e di sistema questa diversità regolativa, parlando di binari paralleli destinati a non incontrarsi mai più, addirittura potendosi oggi individuare tre categorie di lavoratori: i lavoratori interamente soggetti al diritto pubblico (i non “contrattualizzati” dell’art. 3 del d.lgs. n. 165/2001); i lavoratori del settore privato; ed infine un *tertiumgenus*, i lavoratori pubblici privatizzati, ma appunto soggetti ad un regime da considerarsi speciale rispetto ai lavoratori del settore privato⁴.

⁴ Ora in M. RICCI, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in *LPA*, 2014, n. 3.

2.2. Il regime delle fonti nel rapporto legge/contratto collettivo

Certo complice il blocco diuturno della contrattazione nazionale (ma non di quella integrativa), con il disegno di legge Madia si manifesta la definitiva opzione per una regolamentazione prevalentemente di legge dei rapporti di lavoro pubblico, disvelandosi oggi, a mio giudizio, la reale portata della modifica intervenuta con la l. n. 15/2009 e con il successivo d.lgs. n. 150/2009.

Non è tanto la inderogabilità della legge, salvo deroghe ammesse, a mettere nell'angolo la fonte contrattazione collettiva, quanto l'onnipervasività tematica dell'intervento legislativo, quindi la "quantità" della legge, che comunque sottrae spazio regolativo al contratto, di fatto occupando stabilmente materie o vincolando la fonte negoziale a parametri legali appunto imperativi. In sé, dunque, la quantità delle norme dei decreti delegati, intervenendo su materie del rapporto e delle relazioni sindacali, consoliderà l'opzione della legge Brunetta, con chiari segnali di compressione della fonte negoziale già presenti nella delega, anche in materia di trattamenti economici (diritti di segreteria dei segretari comunali; criteri di omogeneizzazione nella costituzione dei fondi; dimezzamento dei permessi e distacchi sindacali; determinazione della retribuzione di posizione e risultato dei dirigenti).

Da questo punto di vista il d.l. n. 90/2014 e il ddl S 1557 si pongono in linea di perfetta continuità con la riforma Brunetta avvalorando la fonte legislativa o comunque unilaterale quale punto di riferimento regolativo del settore pubblico, a scapito della fonte negoziale. La tendenza è cioè quella di una conferma della centralità della legge nella disciplina di istituti tipicamente e tradizionalmente demandati alla contrattazione collettiva nazionale o integrativa: la *ratio* sembra essere quella della omogeneità di trattamenti e di regole fra le amministrazioni rispetto alle differenziazioni proprie delle precedenti stagioni contrattuali, la quale può forse generare contenimento dei costi, ma determina appiattimento regolativo e scarsa attenzione per le diverse esigenze di settore: esigenze che possono invece essere avvertite dalla contrattazione e che per un certo periodo sono state percepite come un valore da perseguire.

Due le osservazioni al riguardo.

La prima osservazione è quella del rapporto, già segnalato da Alessandro Boscati nella sua relazione, tra il disegno di legge Madia di riforma della PA e il disegno di legge di riforma dell'art. 117 Cost. L'integrazione dell'art. 117, lett. g, Cost., con l'indicazione per cui spetta alla legge dello Stato la competenza in materia di «discipline giuridiche del lavoro alle dipendenze

delle amministrazioni pubbliche tese ad assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale», se scioglie i dubbi generati dalla formula infelice che ha determinato i noti interventi della Corte costituzionale sulla ripartizione di competenze tra Stato e Regioni⁵, a mio giudizio tende non solo a confermare l'attrazione all'intervento prevalentemente legislativo delle discipline in materia di lavoro pubblico, ma rafforza l'impronta centralistica già indicata dalla riforma Brunetta nella regolazione del lavoro alle dipendenze di *tutte* le pubbliche amministrazioni, a prescindere dalla loro distribuzione territoriale e dalla missione istituzionale.

La seconda osservazione riguarda il fatto che, pur essendo la fonte legale da considerarsi sempre a cifra privatistica quando impatta sulle materie del lavoro e delle relazioni sindacali, è forte come detto l'immissione di principi, valori, adempimenti di matrice pubblicistica nell'ambito del rapporto di lavoro contrattualizzato, con un legislatore che si preoccupa poco o nulla delle difficoltà di ancorare questi principi e valori all'area del debito circoscritta dal contratto di lavoro subordinato.

L'ultima stagione normativa, caratterizzata dalla legislazione anticorruzione (l. n. 190/2012), sembra aver esaltato tale impronta regolativa, introducendo segmenti di disciplina del tutto sconosciuti al settore privato, anche nelle esperienze più avanzate dei modelli di prevenzione dei reati realizzati, nelle imprese, sulla base del d.lgs. n. 231/2001⁶.

Anzi, proprio i nuovi modelli organizzativi del lavoro imposti dalla legge anticorruzione, tutti di matrice unilaterale, hanno a mio parere riproposto con forza il tema della progressiva introduzione, in chiave pubblicistica, di limiti "interni" nell'ambito della disciplina dei rapporti di lavoro pubblico, come tali proiettati a garanzia di interessi "terzi" rispetto alle parti (si pensi all'innesto complesso delle condotte prescritte dai nuovi codici di comportamento *ex artt.* 54 e 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, sanzionabili per la via disciplinare in caso di violazione, nell'ambito della sfera obbligatoria del dipendente)⁷.

La l. n. 190/2012 e le discipline in materia di codici di comportamento; le norme del d.lgs. 39/2013 in materia di incompatibilità ed inconfiribilità; quelle del d.lgs. n. 33/2013 in materia di trasparenza, sono appunto esempi

⁵ Cfr. per tutti R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e locale nella "riforma Brunetta"*, in *LPA*, 2009, n. 1, I, 1 ss.

⁶ Sul tema, da ultimo, D. FONDAROLI, C. ZOLI (a cura di), *Modelli organizzativi ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, 2014.

⁷ Cfr. U. GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *LPA*, 2014, n. 1, 17 ss.

assai significativi di questa tendenza, senz'altro presente anche in alcune discipline del DL 90/2014 e del disegno di legge Madia.

2.3. Il rapporto tra gli interventi di riforma del settore privato e pubblico

La divaricazione fra i modelli aumenta infine se si considera che nessuno dei due testi di riforma, per il settore privato e per quello pubblico, si pone minimamente il problema del coordinamento reciproco.

In che modo le norme della l. n. 183/2014 e dei decreti delegati si rapporteranno con la disciplina vigente del lavoro pubblico? Si tratta di norme scritte per il solo settore privato o investono l'intero universo del lavoro subordinato, pubblico e privato? È scontata la loro “non” applicazione o è scontato il contrario?

Memori di quanto avvenuto per la riforma Monti-Fornero⁸, questa volta non si tratta solo dell'art. 18 Stat. lav. (anche perché non si capisce bene in quale piega della l. n. 183/2014 si trovasse la delega alla sua modifica, salvo il disvelamento poi intervenuto con il decreto legislativo sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti) o del contratto a tempo determinato, ma di una serie di istituti che già trovavano pacifica applicazione nel settore pubblico (penso ad esempio alla tematica dei controlli a distanza e dunque all'aggiornamento dell'art. 4 dello Statuto).

Questa volta, la “dimenticanza” non può essere un caso, perché l'esperienza fatta o subito dopo la riforma Biagi, e quella della legge Fornero, doveva fornire insegnamento a sufficienza per non incorrere in drammatici ed infiniti contrasti interpretativi che naturalmente non possono essere consegnati alla magistratura, soprattutto se l'obiettivo è quello della chiarezza e della semplificazione normativa.

Con sorprendente, ma appunto scontata puntualità, la questione si è subito posta con riguardo allo schema di decreto approvato in Consiglio dei Ministri il 24 dicembre 2014 in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183. Lo schema di decreto, al momento in cui si scrive, descrivendo il suo ambito di applicazione su materia tanto delicata, non nomina infatti il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, e da più parti si è posto l'interrogativo, più che giustificato, circa l'esclusione o meno del settore pubblico dalla disciplina.

⁸ Per la quale vicenda si veda per tutti F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LPA*, 2012, n. 2, 247 ss.

È vero che la l. n. 183/2014, così come l'art. 1 dello schema di decreto, sembrano riferirsi solo al lavoro privato, nominando le categorie proprie di tale settore (operai, impiegati e soprattutto “quadri”) e facendo altresì riferimento a soglie occupazionali di applicazione dello Statuto dei lavoratori non previste per le PA; ma la mancata previsione di una “esclusione” o “inclusione” espressa del settore pubblico rispetto alle regole sui licenziamenti, continuerà ad alimentare il contenzioso circa i regimi di tutela applicabili nelle PA.

Ammesso e non concesso che, pur con qualche eccezione, la giurisprudenza abbia individuato una soluzione rispetto all'assetto determinato dalla legge Monti-Fornero (nuovo rito processuale per i licenziamenti *ex* l. n. 92/2012, applicazione dell'art. 18 nella originaria formulazione statutaria), la questione, anche per verbo governativo, è ora nell'attuazione legislativa del disegno di legge Madia, che potrebbe definitivamente realizzare il coordinamento tra le discipline, nell'ambito del grande (ed indeterminato) contenitore dell'art. 12⁹.

Resta che, a mio parere, se ancora una diversità di regole è spiegabile con riguardo ai licenziamenti da eccedenza, per i quali esiste una disciplina autonoma e specifica che intreccia quella sulla mobilità del personale pubblico, non lo è affatto per ciò che riguarda i licenziamenti disciplinari: lavoratori privati e pubblici, anche in una prospettiva di lettura costituzionale, devono avere lo stesso livello di garanzie in caso di licenziamento illegittimo, pena una disparità di trattamento difficilmente giustificabile tra i due grandi settori del lavoro subordinato.

⁹ Non pare invece possibile, allo stato, salvo una modifica del ddl S 1557, far rientrare una nuova disciplina dei licenziamenti nell'ambito del successivo art. 13, ove i principi di delega riguardano unicamente «accentramento dei concorsi per tutte le amministrazioni pubbliche, e revisione delle modalità di espletamento degli stessi; fissazione di indirizzi generali per la programmazione delle assunzioni, con l'ausilio di un sistema informativo nazionale da istituire; riconoscimento nei concorsi pubblici della professionalità acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con amministrazioni pubbliche; attribuzione all'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) di funzioni di supporto tecnico al Dipartimento della funzione pubblica per le politiche di gestione del personale e concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa; rilevazione delle competenze dei lavoratori pubblici; criteri differenziati per le assunzioni che tengano conto degli effettivi fabbisogni, con progressivo superamento del limite della dotazione organica nella loro programmazione, sempre nel rispetto dei limiti di spesa».

3. Appunti da un dibattito

L'impressione è dunque quella di una riforma tutt'altro che organica del lavoro nelle pubbliche amministrazioni – quale potrebbe invece essere, in potenza, quella del *Jobs Act* – traducendosi piuttosto l'intervento legislativo in un ulteriore tentativo di risolvere problemi vecchi e nuovi del settore: d'altra parte, se ne aveva avuto sentore al primo esordio del Governo Renzi in materia di lavoro nelle PA, con quel “decreto salva Roma” (d.l. n. 16/2014, convertito dalla l. n. 68/2014) che ha cercato in modo comprensibile, ma davvero maldestro, di realizzare una sanatoria rispetto ai recuperi economici sui dipendenti dell'indebito prodotto negli enti da una imprudente contrattazione collettiva integrativa, per illegittimità plurime riscontrate da una ormai diffusa giurisprudenza contabile¹⁰.

Nella discussione sono stati ben colti i profili di interesse di questi interventi particolari, che non intendono affatto rompere il filo con le precedenti riforme, ed in particolare con l'ultima.

Definizioni di “amministrazione”

Alessandro Bellavista e Pasquale Chieco con riguardo alle deleghe in materia di partecipazioni societarie delle PA oltre che di servizi pubblici, hanno chiarito che la tendenza a definire e differenziare le nozioni di amministrazioni pubbliche può generare significativo contenzioso interpretativo; quanto, poi, le definizioni possano influire sulla definizione dei comparti, riesumando la nozione ontologica di categoria/comparto a scapito di quella volontaristica, è questione tutta da verificare, in particolare con riguardo agli effetti che tale opzione potrà produrre sul peso rappresentativo delle OO.SS. all'interno dei vari comparti. Certo, si tratterebbe di un altro pesante intervento sulla contrattazione collettiva, allo stato considerata unico punto di riferimento per la definizione della *bargaining unit*. Appare ormai definita una nozione di PA “allargata” con riguardo alle società partecipate: rafforzando secondo principi di delega i criteri pubblicistici per il reclutamento del personale, i vincoli alle assunzioni, le politiche retributive, ma soprattutto affidandosi al principio di proporzionalità per l'individuazione delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica nella individuazione delle regole che devono caratterizzare

¹⁰ Sulla quale si veda A. VISCOMI, *Lost in transition: la contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni tra riforme incompiute e crisi emergenti*, in *LPA*, 2013, n. 2, 249 ss.

l'operato delle società, distinte in relazione alle attività svolte e agli interessi pubblici di riferimento.

È da sottolineare la forte esigenza di razionalizzazione e di intervento in questo settore, specie nell'ambito dei servizi pubblici locali per i quali il disegno di legge Madia prevede all'art. 15 appositi criteri di delega; si manca però di considerare località risultate nell'esperienza particolarmente ricche di problemi interpretativi, quali, ad esempio, i processi di re-internalizzazione delle attività svolte dalle società partecipate da parte dell'ente ed il destino dei lavoratori coinvolti¹¹, con i limiti nell'utilizzo dell'art. 2112 c.c. dati dal principio dell'accesso mediante concorso.

Dirigenza

La mancanza di un disegno complessivo di fondo nell'intervento legislativo, che sicuramente ha al centro un rafforzamento del ruolo della politica, di per sé da considerarsi non negativo, è stato avvertito da Antonio Viscomi e Laura Borgogelli soprattutto nella materia in cui paradossalmente risultano più specifici i criteri di delega, cioè con riguardo alla dirigenza di cui all'art. 10 del decreto.

Qui la legge ha ambizioni sistematiche, ma il precipitato normativo non presenta al momento le caratteristiche necessarie per una organica riforma della dirigenza pubblica, da sempre nodo fondamentale per le riforme del lavoro pubblico. Preoccupazioni sono avvertite sia con riguardo al profilo dell'accesso (comprensivo di un confuso e contraddittorio rapporto tra reclutamento mediante concorso, formazione del dirigente e conferma nel ruolo dopo il triennio), che con riguardo alla disciplina degli incarichi, che, infine, in materia di valutazione e responsabilità.

Preoccupa, in particolare, se si guarda al ruolo svolto negli anni dai Comitati dei Garanti ed alla relativa esperienza, il modo con cui si cerca di recuperare il deficit di garanzia tra politica e burocrazia, tutto concentrato sul ruolo delle Commissioni per le dirigenze, declinate sui tre ruoli della "nuova" dirigenza pubblica: l'attuazione del modello appare da subito difficilmente praticabile nella sostanza, non bilanciato rispetto alle decisioni degli enti di non rinnovare l'incarico per ragioni organizzative e con assai scarse garanzie di imparzialità su temi fondamentali, quali i criteri per il conferimento degli incarichi e la valutazione degli stessi, e la definizione di eventuali profili di responsabilità.

¹¹ Sul tema si veda M. GIACONI, F. SCARPELLI, *Trasferimento di attività nelle pubbliche amministrazioni e rapporti di lavoro*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, 374 ss.

Proprio su questo ultimo tema, la delega presenta una preoccupante incertezza sistematica: imponendo la «limitazione della responsabilità disciplinare ai comportamenti effettivamente imputabili ai dirigenti stessi» il disegno di legge non sembra avvertire, o ricordare, che il problema della “imputabilità” si è posto con riferimento non alla responsabilità disciplinare, ma a quella “dirigenziale” dei dirigenti *ex art. 21 d.lgs. n. 165/2001*, segnatamente con riguardo alle situazioni in cui si registra un mancato raggiungimento dell’obiettivo appunto per ragioni che non sono imputabili alla condotta del dirigente.

Ruolo dell’Aran

Giampiero Proia, con apprezzabile e dichiarato sforzo di mantenersi distante da giudizi che potrebbero impattare con l’incarico assunto presso l’Aran, si è soffermato sul nuovo ruolo e delle nuove funzioni attribuite all’Agenzia, ponendo anzitutto l’obiettivo, affatto banale, di non dover dichiarare la soppressione dell’Agenzia per “inattività” rispetto alla funzione della contrattazione nazionale. Se ancora non è chiara la funzione di consulenza tecnica che l’Aran dovrebbe svolgere per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, mentre più lineare e utile è lo sforzo del legislatore per rendere effettiva l’assistenza dell’Aran in sede di contrattazione integrativa, mediante la concentrazione delle sedi di contrattazione.

Mobilità e trattenimento in servizio

Ha infine appassionato la discussione la questione centrale delle dotazioni, del reclutamento, della mobilità e del tentativo di ringiovanire le PA attraverso la definitiva abrogazione del trattenimento in servizio, questioni affrontate sia dal d.l. n. 90/2014 con norme già pienamente operative nell’ordinamento, che dal disegno di legge Madia.

Marco Esposito ha dimostrato con dati statistici che la mobilità è stata effettivamente realizzata negli anni nelle amministrazioni, ma non attraverso il quadro normativo del titolo II, capo III, del d.lgs. n. 165/2001. Le movimentazioni di personale passano da regole e prassi, formali ed informali, senz’altro diverse da quelle prefigurate dal legislatore: la mobilità non decolla nel pubblico impiego perché il contesto non si presta ad un uso flessibile degli istituti della mobilità, che ha ricevuto negli anni un sovraccarico funzionale della disciplina perciò resa poco fluida rispetto alle effettive esigenze di razionale distribuzione del personale pubblico.

Il punto più rilevante ed innovativo della disciplina attuale è nella norma dell'art. 4, comma 2, d.l. n. 90/2014, circa il trasferimento "obbligatorio" di sede del dipendente, nella stessa o verso diverse amministrazioni. Superando le disposizioni dei contratti collettivi, la norma consente, in un determinato ambito territoriale di identificare la PA come un unico grande datore di lavoro: si riconosce un ambito del potere di trasferimento, nella dimensione chilometrica data, che va oltre il perimetro datoriale, in deroga espressa all'art. 2103 c.c. sia con riguardo alla disciplina che con riguardo ai presupposti motivazionali. La norma dell'art. 4, che ha sostituito l'originaria versione dell'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001, alimenta preoccupazioni, sia con riguardo al rifiuto di trasferimento, che potrebbe comportare la sanzione del licenziamento *ex art. 55-quater*, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 165/2001; sia per un possibile utilizzo para-disciplinare, ma insindacabile dal punto di vista motivazionale, dei provvedimenti unilaterali di trasferimento. Il margine di operatività del consenso del lavoratore è infatti circoscritto alla casistica dell'ultima parte del comma 2 del nuovo art. 30 del d.lgs. n. 165/2001.

Mi sembra di poter condividere l'idea per cui, nel silenzio della norma, e a seconda dell'esigenza delle amministrazioni espresse in accordo, il trasferimento può essere temporaneo (e allora si tratterebbe di un comando) oppure definitivo (e allora si tratterebbe di una cessione di contratto prevista *ex lege*, senza il necessario consenso del contraente ceduto).

Carmelo Romeo ha infine sottolineato come l'abrogazione assoluta ed inderogabile dell'istituto del trattenimento in servizio, neppure più discrezionale per le amministrazioni, non elimina l'impressione che l'intervento non serva affatto a ringiovanire i ranghi (perché vige il blocco delle assunzioni) e neppure a risparmiare (perché le amministrazioni hanno conferito incarichi successivi o comunque vi è stato trasferimento degli oneri sugli istituti previdenziali). Occorre dunque al riguardo ripartire dalle tematiche economiche e comunque verificarne le ricadute di sistema complessivo, con particolare al piano pensionistico.

Parte IV
SESSIONE DI DISCUSSANTS

La tutela del lavoro tra marketing politico ed esigenze reali

di Alessandro Bellavista

Il dibattito sul c.d. *Jobs Act* s'è infiammato quando il Governo ha presentato un emendamento al ddl S 1428, in discussione al Senato, che mira a toccare tre materie estremamente sensibili: la tutela in caso di licenziamento ingiustificato, la disciplina delle mansioni e dei controlli a distanza. L'emendamento è stato approvato dalla Commissione senatoriale e trasmesso, insieme all'intero testo, per la discussione in aula.

Il nuovo art. 4 del disegno di legge prevede, così, tre criteri di delega. Il primo è relativo «alla previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio». Il secondo pertiene alla «revisione della disciplina delle mansioni, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale con l'interesse alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento». Il terzo concerne la «revisione della disciplina dei controlli a distanza, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore».

Il primo criterio di delega è quello su cui s'è massicciamente concentrata la polemica politica. Ciò perché l'enunciato, sebbene formulato in modo un po' sibillino, lascia intendere che il contratto a tempo indeterminato, riservato alle nuove assunzioni, sarà assistito solo da tutele collegate all'aumento dell'anzianità di servizio e perciò di natura risarcitoria e non reintegratoria come oggi stabilisce l'art. 18 Stat. lav. In realtà, la disposizione potrebbe leggersi in altro modo: posto che la tutela dovrebbe crescere in base

all'anzianità di servizio non è detto che al raggiungimento di una determinata soglia non possa permanere la tutela reale.

Tuttavia, nel dibattito pubblico il testo è largamente letto come misura volta al superamento dell'art. 18 dello Statuto. E lo stesso presidente del consiglio ha letteralmente invaso lo spazio mediatico per spiegare agli italiani che l'art. 18 sarebbe oggi una norma del tutto inutile e anzi discriminatoria per quei lavoratori che non rientrano nel suo campo di applicazione.

Pertanto, alcune precisazioni sono doverose.

Intanto, l'art. 18 ha una portata diffusiva, nel senso che indirettamente protegge tutti i lavoratori. Questo perché le imprese dove si applica la disposizione sono quelle che forniscono il maggior numero di iscritti ai sindacati. Quest'ultimi, grazie al peso dei lavoratori iscritti, negoziano contratti collettivi dignitosi che poi si applicano a tutti i lavoratori, iscritti o non iscritti, e indipendentemente dalle dimensioni del datore di lavoro. L'eliminazione della tutela reale nei confronti del licenziamento ingiustificato comporterebbe l'effetto di disincentivare l'iscrizione al sindacato, nel timore di ritorsioni, e quindi indebolirebbe le OO.SS. già non tanto solide a causa della frammentazione del mercato del lavoro.

Lasciare l'applicazione dell'art. 18 ai soli licenziamenti discriminatori non è sufficiente. Invero, il lavoratore che impugna il licenziamento per motivi discriminatori deve dimostrare l'esistenza del suddetto motivo: e tale prova non è affatto facile. Insomma, è come se si dovesse presentare in giudizio una registrazione in cui il datore dichiara: ti licenzio perché svolgi attività sindacale.

Nemmeno appare condivisibile la soluzione, che pare profilarsi in queste ultime ore, di operare una scissione tra licenziamento per motivi soggettivi (discriminatorio e disciplinare) e per motivi oggettivi: in caso di ingiustificatezza, per il primo resterebbe la tutela reale, per il secondo ci sarebbe una mera monetizzazione. Il problema è che, nella realtà effettuale, le due ipotesi si bilanciano a vicenda: l'una esiste in funzione dell'altra.

Se il datore licenzia per una ragione oggettiva e questa risulta infondata, allora è evidente che il vero motivo riguarda il comportamento del lavoratore. Sicché, se le tutele fossero diversificate, il datore potrebbe liberarsi di tutti i lavoratori non graditi adducendo motivi oggettivi alla base del licenziamento. Perché al massimo, se si dimostrasse la loro inesistenza, egli sarebbe tenuto solo a pagare una somma di denaro. Per evitare di legittimare una sorta di nuovo recesso libero, bisogna quantomeno consentire al lavoratore di provare che il licenziamento per ragioni oggettive nasconde un motivo discriminatorio o un motivo disciplinare: e se questi fossero inesistenti, egli godrebbe della

tutela reale. E in sostanza è questo il piano su cui ha tentato di muoversi la riforma Fornero del 2012, adottando però soluzioni che appunto creano non pochi problemi sul piano della precisazione delle fattispecie e della ripartizione dell'onere probatorio.

Ciò dimostra che o si mantiene l'art. 18 per tutte le ipotesi di licenziamento ingiustificato o si ritorna ad un sistema come quello della l. n. 604/1966 in cui il recesso datoriale ingiustificato era assoggettato solo ad una sanzione di natura monetaria.

Nulla impedisce, pur nel vigore dell'art. 18, di licenziare un lavoratore nullafacente. Solo che il datore di lavoro deve provare l'esistenza di ragioni oggettive alla base della sua decisione. In sostanza, non si può licenziare per capriccio oppure perché il lavoratore suscita antipatia. Semmai, il vero problema resta quello processuale. I lunghi tempi del processo fanno sì che perdura eccessivamente l'incertezza su chi abbia ragione nel giudizio sul licenziamento, con il rischio di un inevitabile aggravio di costi non solo economici per l'impresa. La riforma Fornero del 2012 non ha risolto questi problemi, anzi li ha aggravati con una modifica della disciplina foriera di enormi incertezze sul piano interpretativo.

Per rendere il sistema più semplice sarebbe sufficiente tornare al testo dell'art. 18 pre-riforma Fornero e incidere fortemente sui tempi processuali. Ma ciò richiede investimenti di uomini e mezzi nei tribunali del lavoro: cosa non semplice viste le attuali ristrettezze finanziarie.

Non v'è alcuna prova né alcun dato empirico che dimostrino la perversa capacità dell'art. 18 di ostacolare la crescita dimensionale delle imprese. Un classico argomento retorico è quello secondo cui le imprese non assumerebbero lavoratori pur necessari al di sopra della soglia dei 15, temendo di rientrare nel campo di applicazione del medesimo art. 18. In realtà, se ciò fosse vero, i dati statistici dovrebbero mettere in evidenza che gran parte delle imprese italiane si addensano nella fascia immediatamente inferiore alla soglia dei 16 dipendenti. In realtà, non è così. Il maggior numero di imprese ha pochissimi addetti: tra 1 e 5. E quindi è alquanto improbabile che esse siano lì ad attendere la fatidica abrogazione della norma per triplicare il loro personale. Seri studi mettono in evidenza che il problema (ormai indiscusso) del nanismo industriale italiano dipende soprattutto da ragioni di carattere fiscale, dal peso del costo del lavoro, dalla tipologia delle produzioni prevalenti, dall'ammasso di adempimenti burocratici che gravano sulle imprese medio-grandi. Sicché, la soluzione di siffatto problema richiede un'adeguata politica industriale volta a stimolare la crescita dimensionale, il mutamento di natura dell'attività produttiva, la semplificazione burocratica.

Proprio questi ultimi elementi segnalano un forte strabismo del Governo nell'affrontare la drammatica situazione economica e occupazionale del Paese. Il che avvalorata la sensazione che la riapertura del fronte sull'art. 18 sia una sorta di *escamotage* per distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica dalle questioni reali nonché un modo per nascondere l'incapacità governativa di toccare interessi e posizioni di privilegio ormai consolidate. In effetti, il varo di una politica economica e fiscale di incentivazione significativa della crescita dimensionale richiederebbe una seria lotta all'evasione, per il recupero delle risorse necessarie, un apparato istituzionale e burocratico volto al sostegno delle iniziative imprenditoriali.

Proprio i toni del dibattito degli ultimi giorni, l'uso da parte di autorevoli esponenti del centrosinistra di tradizionali argomenti dell'armamentario ideologico del liberismo più sfrenato, la peculiare attenzione alle esigenze del fantomatico mercato, la riduzione di ogni appello ai valori fondamentali della persona che lavora ad una sorta di *optional* mettono in evidenza, comunque, una grande illusione (se non una vera impostura) delle politiche governative: e cioè il difetto di realismo, vale a dire pensare che cambiando la disciplina del mercato del lavoro si crei nuova occupazione. È noto a tutti, invece, che il contrasto alla disoccupazione e alla desertificazione industriale italiana vanno affrontati con una nuova politica industriale ed economica di cui la regolazione del mercato del lavoro è soltanto un piccolo tassello.

L'attenzione del dibattito s'è concentrata sul primo criterio di delega, ma, a ben vedere, gli altri due presentano aspetti di estrema pericolosità per gli interessi dei lavoratori e in relazione agli assetti di potere in azienda.

Il secondo criterio di delega mira a revisionare l'art. 13 Stat. lav. allargando la possibilità del demansionamento del lavoratore, forse anche al di là di quanto concede la giurisprudenza più avanzata. Anche qui il criterio di delega è alquanto evanescente, ma sembra che la nuova disposizione dovrebbe consentire al datore di lavoro di modificare le mansioni del lavoratore, in occasione di vicende aziendali individuate in modo estremamente ampio e con l'unica restrizione che andrebbero introdotti limiti alla modifica dell'inquadramento. Il timore è che si possa realizzare una situazione in azienda simile a quella rappresentata da un film come *Prestazione straordinaria*, in cui un lavoratore è ripetutamente promosso e retrocesso a seconda degli umori della sua diretta superiore che si era invaghita di lui.

Per evitare di concedere al legislatore delegato una sorta di delega in bianco, un temperamento opportuno è quello di mantenere l'attuale formula dell'art. 13 e semmai di abilitare espressamente la contrattazione collettiva (ovviamente non quella pirata) ad introdurre deroghe al divieto di adibizione a

mansioni inferiori e a definire il concetto di mansioni equivalenti. Bisogna anche tenere conto che lo spazio del legislatore nell'eventuale concessione di un largo potere modificativo delle mansioni al datore di lavoro va bilanciato con gli orientamenti della giurisprudenza. Questa, non solo sulla base dell'art. 13, riconosce al lavoratore tutele risarcitorie in caso di occupazione in un contesto di lavoro non dignitoso o lesivo della personalità: e non è detto che la fattispecie giurisprudenziale non possa abbracciare anche ipotesi di lavoratori impiegati a mo' di jolly senza fondate ragioni oggettive.

Il terzo criterio di delega apre alla revisione dell'art. 4 Stat. lav. Nonostante la labilità della formula normativa, il senso dell'innovazione è chiaro: l'intenzione è quella di eliminare la necessità di rispettare la procedura co-determinativa imposta dall'art. 4 per introdurre apparecchiature destinate al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Certo, tutto ciò è singolare. Dopo tanto inneggiare alla mancanza di un sistema di partecipazione dei lavoratori alle decisioni dell'impresa, anche da parte degli ambienti imprenditoriali e del centrodestra, si cerca di eliminare uno dei pochi casi legislativi in cui è sancito il diritto di partecipazione dei lavoratori. E peraltro il sistema co-determinativo dell'art. 4 dello Statuto non è *un unicum*, bensì trova un omologo anche in Germania che peraltro, pure qui stando alla retorica politica, dovrebbe costituire il modello su cui edificare il nuovo diritto del lavoro italiano.

Comunque, l'eventuale abrogazione della procedura co-determinativa non flessibilizzerebbe più di tanto il ricorso datoriale al controllo a distanza. Ciò perché l'attività di controllo è assoggettata alla disciplina della protezione dei dati personali d'origine europea, la quale fissa tutta una serie di paletti allo svolgimento delle forme di sorveglianza tecnologica. Con il che il datore di lavoro sarebbe sempre esposto al rischio di denunce di effettuare controlli eccessivi, con il timore di subire le relative severe sanzioni penali, civili e amministrative. Se si conosce la realtà effettuale del mondo del lavoro si sa, infatti, benissimo, che il rispetto della procedura co-determinativa dell'art. 4 dello Statuto è un fortissimo strumento di garanzia per il datore. Infatti, o tramite l'accordo sindacale o, in alternativa, grazie al provvedimento dell'autorità amministrativa è possibile blindare tutta una serie di controlli particolarmente invasivi per la sfera privata dei lavoratori. Il che non sarebbe più possibile una volta scomparsa la procedura co-determinativa e potrebbe scoppiare una specie di Vietnam giudiziario sicuramente non gradito alle imprese.

Semmai la strada dovrebbe essere un'altra. Quella di varare una disciplina specifica del trattamento dei dati personali e dei controlli tecnologici sul luogo

di lavoro che consolidi gli orientamenti giurisprudenziali più significativi e che tenga conto dell'accurata produzione normativa di stampo europeo che l'Italia è peraltro obbligata a rispettare.

Beninteso, i tre criteri di delega appaiono, da un lato, espressione di un liberalismo di tipo manchesteriano in cui il fattore lavoro è ridotto a pure merce di cui il datore deve disporre in modo assoluto; e dall'altro, esemplificativi della tendenza del recente legislatore a cercare di ridurre ai margini, se non di eliminare del tutto, l'intervento del giudice nei rapporti di lavoro. Questo cinico ottimismo del legislatore ignora, però, che ogni innovazione va calata in un complesso sistema normativo con cui necessità di essere coordinata. E, *last but not least*, ci sarà sempre “un giudice a Berlino”!

Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del Governo Renzi

di Alessandro Garilli

1. L'insuccesso della riforma del 2012

La l. n. 92/2012 (riforma Fornero) intendeva affrontare il gravissimo problema della disoccupazione con una serie di misure rivolte a riequilibrare il rapporto tra flessibilità in entrata e in uscita. Sul primo versante, la legge si prefiggeva l'obiettivo di contenere le forme contrattuali di lavoro subordinato precario e di lavoro economicamente dipendente¹. Sul secondo, essa procedeva ad una revisione della disciplina dei licenziamenti, con particolare riguardo all'art. 18 Stat. lav., riducendo la reintegrazione ad alcuni casi di licenziamento illegittimo ed estendendo la tutela di tipo indennitario. Nel contempo, in una prospettiva di "flessicurezza"² (flessibilità nel rapporto di lavoro

¹ Per una valutazione generale, cfr. T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, n. 137, 1 ss.; S. SCIARRA, *Flessibilità e politiche attive del lavoro. Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, ivi, n. 139, 471; L. MARIUCCI, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *LD*, 2012, n. 3-4, 415; U. ROMAGNOLI, *La transizione infinita verso la flessibilità "buona"*, ivi, 2013, n. 2, 155; F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, suppl. a *DPL*, 2012, n. 33, 93 ss.

² Cfr. L. ZOPPOLI, [La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia](#), Working Papere CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2012, n. 141; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 527; M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, n. 3-4, 441 ss.; F. TROS, *La flexicurity in Europa: può sopravvivere a una doppia crisi?*, in *DRI*, 2013, n. 2, 377; J. HEYES, [Flexicurity](#)

accompagnata però da una tutela del reddito e da opportunità di lavoro), la legge avviava una radicale riforma degli ammortizzatori sociali, trasformando l'indennità di disoccupazione nell'Aspi, con un ambito di applicazione più ampio (ma non ancora generale) e prevedendo correttivi alla cassa integrazioni guadagni nonché la cessazione definitiva di quella in deroga e dell'indennità di mobilità entro il 2016. Tuttavia, il disegno riformatore è stato oggetto di forti critiche, sia nel merito che nella tecnica normativa.

Se la giurisprudenza ha dovuto affrontare gli oscuri nodi interpretativi del novellato art. 18, pervenendo a soluzioni contraddittorie³, il perdurare della crisi economico-finanziaria del Paese ha determinato un'ulteriore caduta dei tassi di occupazione con un acuirsi del lavoro precario: il contratto a termine è oggi utilizzato nelle assunzioni dei lavoratori in rapporto di oltre due terzi rispetto al tipo standard a tempo indeterminato (si veda l'analisi di impatto della legge, contenuta nel Quaderno n. 1 a cura del Comitato scientifico e del Comitato tecnico, costituiti presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali)⁴. Anche sul fronte degli ammortizzatori l'intento del legislatore si è arenato di fronte all'incremento vertiginoso della CIG, anche in deroga, utilizzata per fronteggiare un sempre più crescente numero di crisi aziendali⁵.

In definitiva, il quadro del mercato del lavoro è scoraggiante e le ricette fin qui utilizzate non hanno prodotto i risultati sperati.

2. Verso una riforma strutturale del diritto del lavoro (il *Jobs Act*): avanti tutta con incertezza

Nel 2014 viene nominato presidente del Consiglio dei Ministri Matteo Renzi: si tratta del terzo Governo nato su indicazione del Presidente della Repubblica.

in crisis: European labour market policies in a time of austerity, in *European Journal of Industrial Relations*, 2013, vol. 19, n. 1, 71 ss.

³ D. DALFINO, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *RGL*, 2013, n. 2, 156 ss.; D. DALFINO, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: aggiornamento*, *ivi*, 2014, n. 1, 3 ss.; M. FERRARESI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, n. 2, 338 ss.; S. CAPONETTI, *Orientamenti giurisprudenziali sul rito Fornero*, in *MGL*, 2014, n. 8-9, 620 ss.

⁴ Per ulteriori riferimenti statistici cfr. E. MANDRONE, M. MAROCCO, D. RADICCHIA, *Il lavoro precario dopo la crisi*, in *Lavoce.info*, 22 luglio 2014.

⁵ Cfr. i dati elaborati dall'Osservatorio CIG della Cgil nazionale, nel rapporto *CIG Maggio 2014*, consultabile in www.cgil.it, secondo cui le ore di CIG sarebbero state poco meno di mezzo miliardo nei primi 5 mesi dell'anno 2014 ed avrebbero coinvolto circa 570 mila lavoratori, con una perdita di reddito di 1,8 miliardi di euro.

Ma questa volta il suo programma di legislatura è assai ambizioso rispetto ai precedenti perché intende attuare una serie di riforme strutturali che dovrebbero cambiare il volto del Paese. E così, accanto alle riforme costituzionali (trasformazione del Senato in Camera delle Regioni e fine del bicameralismo perfetto, ridimensionamento dell'assetto semi-federalista dello Stato), a quella elettorale (per garantire stabilità di governo), dell'istruzione e della pubblica amministrazione (sarebbe la quarta riforma nel giro di vent'anni), priorità assoluta viene data ad una profonda revisione dell'intero sistema normativo che compone il diritto del lavoro. Le linee di politica economica in cui ci si muove sono quelle tracciate già nel 2011 (per l'Italia con una famosa e discussa lettera/raccomandazione dell'agosto indirizzata al Presidente del consiglio Berlusconi) dalla c.d. Troika (perché composta dalla Banca centrale europea, dalla Commissione europea e dal Fondo monetario internazionale) per il salvataggio dei Paesi in zona Euro il cui debito pubblico è fuori controllo: austerità finanziaria e flessibilità del mercato del lavoro⁶. Si tratta di una ricetta da molti contestata perché ritenuta incapace di offrire sviluppo e causa di stagflazione (deflazione e contrazione dei consumi). Ad essa si contrappone il modello neo-keynesiano che indica negli investimenti pubblici produttivi (specie nei settori ad alta innovazione) la soluzione della crisi, e che è stato seguito con risultati positivi negli Stati Uniti e nel Giappone⁷.

Pareggio di bilancio e fiscal compact finora non sono regole messe seriamente in discussione a livello di Unione europea, e per di più nel nostro Paese esse sono state costituzionalizzate (art. 81 Cost., nel testo sostituito dall'art. 1, l. cost. 20 aprile 2012, n. 1; art. 97, comma 1, inserito dall'art. 2 della legge, cit.; art. 5 della legge, cit.)⁸. Il che rende estremamente difficile intervenire per migliorare le condizioni economico-sociali, e soprattutto occupazionali,

⁶ Cfr. A. ALESINA, C. FAVERO, F. GIAVAZZI, *The output effect of fiscal consolidations plans*, 2014, in www.scholar.harvard.edu; A. ALESINA, *The Kindest Cuts*, in *City Journal*, Autumn 2012; R. PEROTTI, *The "Austerity Myth". Gain without Pain?*, in A. ALESINA, F. GIAVAZZI (a cura di), *Fiscal Policy after the Financial Crisis*, University of Chicago Press, 2013, 307 ss.; C. COTTARELLI, L. JARAMILLO, *Walking Hand in Hand: Fiscal Policy and Growth in Advanced Economies*, IMF Working Paper, 2012, n. 137.

⁷ Cfr. AA.VV., *Lettera degli economisti contro le politiche di austerità*, 14 giugno 2010; L. PANDOLFI, *Dal referendum anti-austerità la spinta per ripensare l'Europa*, *Economia e Politica*, 28 luglio 2014; R. REALFONZO, *Deregolamentare per crescere? Epl, quota salari e occupazione*, in *RGL*, 2013, n. 3, I, 487 ss.; O. BLANCHARD, D. LEIGH, *Growth Forecast Errors and Fiscal Multipliers*, IMF Working Paper, 2013, n. 1.

⁸ F. CARINCI, *Il diritto del lavoro che verrà (in occasione del congedo accademico di un amico)*, in *ADL*, 2014, n. 3, I, 655 ss.

attraverso misure rivolte ad incrementare la domanda (investimenti nei settori produttivi, riduzione del carico fiscale e incentivi alle imprese), mentre più agevole, e compatibile con la politica finanziaria europea, risulta operare sul versante dell'offerta di lavoro e quindi sulla flessibilità del rapporto.

A questo riguardo il Governo ha agito su due fronti. Uno, settoriale e di immediata vigenza, con un decreto-legge (d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito dalla l. 16 maggio 2014, n. 78) sul contratto a termine e l'apprendistato (e contenente anche semplificazioni documentali di regolarità contributiva e per l'accesso ai contratti di solidarietà)⁹. Il contratto a tempo determinato viene liberalizzato attraverso la soppressione del principio di giustificazione causale (si veda *infra*); per l'apprendistato si semplifica il contenuto del piano formativo, si riduce la condizione per l'assunzione di nuovi apprendisti e si contiene il costo della retribuzione.

L'altro fronte è contenuto in un disegno di legge-delega (atto n. 1428, comunicato alla Presidenza il 3 aprile 2014, nella vulgata informativa detto *Jobs Act*), tanto ambizioso quanto generico su alcuni punti qualificanti, che intende affrontare il tema dell'occupazione con una serie di interventi, realizzati attraverso l'esercizio di apposite deleghe, in una pluralità di settori cruciali del diritto del lavoro e della sicurezza sociale. Il testo approvato dal Senato il 9 ottobre 2014 ha subito due rimaneggiamenti a seguito di emendamenti presentati dal Governo prima in Commissione Lavoro e poi in aula¹⁰. Gli obiettivi indicati possono così sintetizzarsi:

- 1) assicurare tutele uniformi contro la disoccupazione involontaria, legate alla storia contributiva dei lavoratori, razionalizzare la disciplina dell'integrazione salariale, collegare il sussidio ad attività a beneficio delle comunità locali;

⁹ Cfr. in generale, F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I. Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University Press, 2014; M. TIRABOSCHI (a cura di), [Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34 Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese. Prime interpretazioni e valutazioni di sistema](#), ADAPT University Press, 2014, e M. TIRABOSCHI (a cura di), [Jobs Act. Le misure per favorire il rilancio dell'occupazione, riformare il mercato del lavoro ed il sistema delle tutele. Primo commento alle misure sul lavoro varate dal Consiglio dei Ministri del 12 marzo 2014](#), ADAPT University Press, 2014; L. ZOPPOLI, [Il "riordino" dei modelli di rapporti di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 213; M. MISCIONE, [Il Jobs Act su contratti a termine ed apprendistato](#), in [Il Quotidiano Giuridico](#), 26 marzo 2014.

¹⁰ La cronaca completa dell'iter parlamentare è consultabile in www.pietroichino.it.

- 2) garantire, mediante la costituzione di un'agenzia nazionale per l'occupazione, la fruizione dei servizi essenziali su tutto il territorio in materia di politiche attive del lavoro ed assicurare l'esercizio unitario delle relative funzioni amministrative;
- 3) semplificare e razionalizzare le procedure e gli adempimenti di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro allo scopo di ridurre gli adempimenti a carico delle imprese e dei lavoratori;
- 4) riordinare e semplificare le tipologie contrattuali esistenti mediante la redazione di un testo organico di disciplina che preveda «per le nuove assunzioni un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio»;
- 5) «promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma privilegiata di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti»;
- 6) rivedere la disciplina delle mansioni di cui all'art. 2103 c.c., con possibilità di modifiche *in peius* delle stesse in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale;
- 7) modificare l'art. 4 Stat. lav. sulla disciplina dei controlli a distanza («contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori»);
- 8) estendere le ipotesi di lavoro accessorio per le attività discontinue e occasionali, elevando i limiti di reddito attualmente previsti;
- 9) applicare il salario minimo ai rapporti di lavoro subordinato e a quelli «di collaborazione coordinata e continuativa» (non è chiaro se ci si riferisca a tutte le forme di lavoro economicamente dipendente) nei settori non regolati dai contratti collettivi sottoscritti dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (e previa consultazione con le stesse);
- 10) introdurre un'agenzia unica per le ispezioni del lavoro, che assorba i servizi ispettivi del Ministero del lavoro, dell'Inps e dell'Inail;
- 11) infine, garantire adeguato sostegno alla genitorialità, attraverso strumenti volti a tutelare la maternità delle lavoratrici e favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

La logica su cui si muove il provvedimento è quella (aggiornata) già tracciata dal Libro bianco sul mercato del lavoro presentato nel 2001, che vuole coniugare la flessibilità del rapporto di lavoro con misure di politiche attive nel mercato del lavoro e tutela del reddito di tipo universale in favore dei

disoccupati (la flessicurezza di cui si è detto)¹¹. Sotto il secondo aspetto, che rappresenta il punto dolente del sistema regolativo del mercato del lavoro italiano, che marca la distanza con gli altri Paesi del Centro-Europa, occorre ricordare che i tentativi di riforma prospettati nell'ultimo ventennio non hanno sortito effetti, risolvendosi in meri annunci e petizioni di principio, e scontrandosi con il problema del costo dell'operazione. V'è poi da dire che le politiche attive (servizi all'impiego e formazione professionale) con la riforma del titolo V della Costituzione sono state affidate in massima parte alle Regioni, con risultati in generale insoddisfacenti e disastrosi nelle aree del Mezzogiorno. Da qui l'idea di un'agenzia nazionale che individui uno standard comune di servizi e garantisca l'unitarietà dell'azione amministrativa. Progetto ambizioso che però richiederebbe nuove risorse finanziarie e una revisione dell'assetto costituzionale dei rapporti Stato-Regioni

L'intervento di immediata applicazione è invece quello contenuto al punto 4), attorno al quale si è incentrato il dibattito tra le forze politiche e la comunità lavoristica. Con esso si intende attuare la proposta formulata dalla dottrina (Boeri-Garibaldi, Ichino) già da alcuni anni, di introdurre nell'ordinamento un nuovo tipo contrattuale a tempo indeterminato e a protezione crescente¹². In essa è previsto che il percorso si articoli in due fasi: la prima, di inserimento del lavoratore, di durata triennale, in cui il licenziamento illegittimo viene sanzionato con un'indennità variabile a seconda della durata del rapporto (5 giorni lavorativi per ogni mese di anzianità aziendale), ad eccezione di quello discriminatorio per il quale è mantenuta la reintegrazione; la seconda che scatta al termine del terzo anno, in cui è garantita l'applicazione della disciplina vigente in ordine alla tutela contro il licenziamento illegittimo. La discussione successiva alla presentazione del disegno di legge-delega si è incentrata sulla reintegrazione nel posto di lavoro, che alcune forze politiche all'interno della stessa maggioranza di Governo – e lo stesso Presidente del Consiglio – vorrebbero limitare al licenziamento discriminatorio e forse a quello disciplinare previa individuazione delle fattispecie rilevanti da tipizzare,

¹¹ Cfr. F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, 2002.

¹² Cfr. T. BOERI, P. GARIBALDI, *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, 2008; P. ICHINO, *La fine del regime di job property*, in *Mondoperaio*, 10 settembre 2014, n. 9, e *amplius* P. ICHINO, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, Mondadori, 2011; F. CARINCI, "Provaci ancora Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto, in *RIDL*, 2012, n. 1, I, 3 ss.; A. RICCOBONO, *Il dibattito su flessibilità e rimodulazione delle tutele. La modernizzazione del diritto del lavoro tra crisi economica e possibili percorsi di riforma*, in G. LOY (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Ediesse, 2011, 179 ss.

lasciando fuori le ipotesi di licenziamento economico (non è chiaro se solo individuale o anche collettivo). Il dibattito ha assunto forti tinte ideologiche che vanno ben al di là della concreta utilità della soppressione della norma al fine di favorire l'incremento di contratti a tempo indeterminato. Resta anche incerto se il contratto a tutele crescenti debba essere unico e sostitutivo di tutte le altre tipologie di rapporto, e in particolare del nuovo modello di contratto a termine, o se le forme esistenti vengano semplificate, ma parzialmente mantenute. Non è infine chiaro se la nuova disciplina troverà applicazione al settore del lavoro pubblico. La delega, infatti, non contiene alcun riferimento alla possibile estensione al lavoro nelle PA della riforma delle tipologie contrattuali (e delle prospettate modifiche dell'art. 18 Stat. lav.) È auspicabile che anche su questo punto il testo definitivo sia più chiaro, per evitare che si riprospettino le incertezze già registrate con la l. n. 92/2012¹³.

Trattandosi di un testo ancora in itinere in Parlamento e dall'esito finale non scontato, è impossibile formulare analisi e valutazioni approfondite. Si può però rilevare fin d'ora, senza entrare nel merito dei singoli punti, che qualora il testo venisse approvato nella sua attuale versione, si profilerebbe una possibile incostituzionalità della delega per violazione dell'art. 76 Cost. Il testo infatti non contiene una formulazione rigorosa dei principi e criteri direttivi a cui dovrebbero informarsi i decreti legislativi. È carente inoltre una puntuale definizione degli "oggetti" da regolare. I settori di intervento sono indicati genericamente, più per obiettivi che per istituti e fonti regolative. E l'incostituzionalità potrebbe estendersi anche ai decreti delegati¹⁴. Il caso più eclatante riguarda le annunciate modifiche alla disciplina della reintegrazione, di cui non v'è traccia nella delega approvata dal Senato. L'espressione "tutele crescenti" è infatti troppo vaga per ritenere che includa anche modifiche alla vigente regolamentazione dei licenziamenti.

¹³ F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LPA*, 2012, n. 2, 247 ss.; A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 ed il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, n. 6, 1000 ss.; A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012.

¹⁴ *Contra*, fra i costituzionalisti, l'opinione S. CECCANTI in www.stefanoceccanti.wordpress.com.

3. Le innovazioni alla disciplina del contratto a tempo determinato e alla somministrazione a tempo determinato

La mini-riforma attuata con il d.l. n. 34/2014 ha come dichiarato presupposto «la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare», e, almeno secondo le intenzioni, dovrebbe operare «nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratto di lavoro» (che quindi, contraddittoriamente con l'espressa esigenza di semplificazione espressa nella delega, verrebbero mantenute).

Passiamo in rassegna le modifiche più significative apportate al d.lgs. n. 368/2001, con l'avvertenza che le difficoltà interpretative sono conseguenza del fatto che non si è proceduto ad una completa riscrittura del decreto del 2001, ma si è continuato ad operare con interpolazioni nel corpo del testo base¹⁵. Di seguito si farà riferimento alla numerazione indicata nel d.lgs. n. 368/2001 nel testo vigente.

a. Viene eliminata, quale condizione legittimante la stipulazione dei contratti a termine e di somministrazione a tempo determinato, la c.d. causale prima contenuta nella norma generale «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro»¹⁶. Eliminata la causale, «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto [...] di durata non superiore a trentasei mesi, comprensivo di eventuali proroghe, per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'art. 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276» (art. 1, comma

¹⁵ Per le modifiche antecedenti al d.l. n. 34/2014, cfr. P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, ES, 2013; L. ZAPPALÀ, *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Giappichelli, 2012; V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in M. CINELLI, G. FERRARO, M. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013.

¹⁶ Cfr. L. MENGHINI, *Art. 2097 c.c. Durata del contratto di lavoro*, in O. CAGNASSO, A. VALLEBONA (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro. Artt. 2060-2098*, Utet, 2013, 611 ss.; M. NICOLOSI, *L'opposizione del termine al contratto di lavoro subordinato: la natura temporanea delle causali dopo la l. n. 133/2008*, in A. BELLAVISTA, A. GARILLI, M. MARINELLI (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133. Privato e pubblico a confronto*, Giappichelli, 2009, 3 ss.

1, del d.lgs. n. 368/2001)¹⁷. In tal modo viene meno l'onere a carico del datore di lavoro e dell'agenzia di somministrazione di giustificare l'assunzione a termine con l'esigenza di fare fronte a situazioni temporanee indicate in modo specifico.

b. «Il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni». Le proroghe sono ammesse fino ad un numero massimo di 5, «indipendentemente dal numero dei rinnovi, a condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato» (art. 4, comma 1). La disposizione non si applica al contratto di somministrazione.

Si prospettano alcuni problemi interpretativi.

Anzitutto va sottolineata l'ambiguità della frase «indipendentemente dal numero dei rinnovi». L'avverbio usato è sinonimo di senza tenere conto, a prescindere, e quindi esso offre una doppia ed opposta lettura della frase. La si può intendere in senso inclusivo delle diverse ipotesi di proroghe e di rinnovi, con la conseguenza che il numero massimo di proroghe va calcolato complessivamente senza distinzione tra il caso di un solo contratto a termine prorogato (art. 1) e quello di una successione (rinnovi) di contratti nel rispetto delle interruzioni previste dalla legge (art. 5); oppure nel senso di riferire il limite delle proroghe a ciascun contratto, con la conseguenza che, nell'arco di 36 mesi il numero delle proroghe non sarà limitato a 5, ma ad un numero che potrà essere maggiore e variabile a seconda del numero dei rinnovi (fino a 5 proroghe per ciascun rinnovo). L'interpretazione più convincente è la prima, che consente una lettura della norma coerente con gli artt. 1, 4 e 5 del d.lgs. n. 368/2001 ed evita che il datore di lavoro possa ricorrere in frode alla legge ad interruzioni brevi per eludere il limite imposto alle proroghe (in questo senso si è espressa la Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 18 del 30 luglio 2014)¹⁸.

¹⁷ M. BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, n. 3, I, 566 ss.; G. DI CORRADO, *Il contratto a tempo determinato tra causalità e acausalità*, ivi, n. 1, I, 119 ss.; M. MAGNANI, [La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 212; V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, in [LavoroWelfare – Per un nuovo riformismo, 2014, n. 4](#); L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *ADL*, 2014, n. 6, 1221.

¹⁸ Cfr. E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *LG*, 2014, n. 5, 434 ss.; P. ALBI, *Le modifiche al contratto a termine*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, 109 ss.

L'altra questione riguarda il significato da attribuire all'espressione «stessa attività lavorativa». La locuzione era già contenuta nel testo previgente e risultava coerente con il principio di causalità del contratto, in quanto le ragioni oggettive e temporanee dovevano essere collegate alle mansioni a cui adibire il lavoratore. Secondo alcuni, venuto meno quel principio, non potrebbe più utilizzarsi il criterio del permanere della stessa esigenza temporanea che ha giustificato l'assunzione a termine. Pertanto, si propone di riferire la medesima attività non alla prestazione di lavoro, bensì al segmento dell'organizzazione imprenditoriale presso cui il lavoratore è stato utilizzato, pur mutando le mansioni¹⁹. Tuttavia occorre tenere presente che la disposizione normativa fa espresso riferimento all'attività lavorativa non all'attività dell'impresa o di una sua parte. Quindi il punto di riferimento sono le mansioni. Ma queste devono essere identiche a quelle a cui è stato originariamente adibito il lavoratore o è possibile applicare l'art. 2103 c.c.? Il riferimento alla stessa attività lavorativa e non alle “mansioni equivalenti”, secondo la formula espressa nell'art. 5, comma 4-*bis* (su cui infra), farebbe propendere per la prima soluzione. Ma occorre tenere conto che, come ricordato, ai sensi dell'art. 1, comma 1, il lavoratore può essere assunto a termine senza causale per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, e quindi queste possono essere modificate dal datore di lavoro durante lo svolgimento del rapporto nei limiti dello *jus variandi*. Sembra pertanto preferibile ritenere che la medesima attività vada individuata nelle mansioni di assunzione o in quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte secondo le regole dettate dall'art. 2103 c.c. Questa è anche l'interpretazione della disposizione secondo la citata Circolare del Ministero del lavoro n. 18/2014.

c. Accanto al contratto unico a tempo determinato, resta in vigore la disciplina della successione dei contratti a termine di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, con la possibilità per il datore di lavoro di utilizzare una pluralità di contratti a tempo determinato – nel rispetto degli intervalli di 10 o 20 giorni – che, nell'ipotesi di mansioni equivalenti non possono (anche qui) superare complessivamente 36 mesi, «comprensivi di proroghe e rinnovi, nonché dei periodi di lavoro in somministrazione, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un rapporto e l'altro». Sono fatte salve le deroghe introdotte dalla contrattazione collettiva.

In sostanza, con la riforma il regime delle proroghe del contratto unico e di successione di contratti è identico (quando si tratta di adibizione del lavoratore alla “medesima attività” nel primo caso, e di mansioni equivalenti nel

¹⁹ L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit.

secondo; locuzioni che, come detto, si equivalgono); mentre la possibilità di ricorrere a una pluralità di contratti a termine con lo stesso lavoratore non è soggetta ad alcun limite temporale nel caso di suo utilizzo in mansioni diverse (salvo ovviamente il rispetto delle interruzioni).

d. A fronte della eliminazione di ragioni oggettive giustificatrici dell'apposizione del termine, è introdotto un limite quantitativo: il numero complessivo dei contratti a tempo determinato – ma non di quelli di somministrazione a termine – deve essere contenuto entro il tetto del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione. Per le imprese che occupano fino a 5 dipendenti è però sempre possibile stipulare un contratto. È fatta salva la possibilità che i contratti collettivi nazionali stipulati dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative individuino altri limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto; e sono altresì esclusi dall'applicazione della norma i casi esenti da limitazioni ai sensi dell'art. 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001.

Mentre in precedenza nell'ipotesi di violazione dei limiti percentuali (allora rimessi interamente alla contrattazione collettiva) scattava, secondo costante orientamento giurisprudenziale (cfr. per tutte, Cass., 19 gennaio 2010, n. 839) la sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato, il nuovo testo del d.lgs. n. 368/2001 (art. 5, commi 4-*septies* e 4-*octies*) si limita a prevedere una sanzione amministrativa (pari rispettivamente al 20 o al 50% della retribuzione per ciascun mese, o frazione superiore a 15 giorni di durata del rapporto, se il numero dei lavoratori assunti in violazione sia di uno o in misura superiore). È dubbio se tale sanzione sia esclusiva (come l'*intentio* legislativa lascia presumere) o si aggiunga a quella della conversione, che potrebbe trovare ancora applicazione secondo le regole del diritto comune (art. 1419, comma 2, c.c.)²⁰.

e. Da ultimo, si introducono disposizioni per tutelare la maternità in base alle quali il relativo congedo di maternità di cui all'art. 16, comma 1, del TU n. 151/2001 concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza. Inoltre, alle lavoratrici in maternità, ai fini del diritto di precedenza, il *dies a quo* di decorrenza del periodo di 12 mesi entro i quali siano effettuate nuove assunzioni si calcola tenendo conto del congedo.

²⁰ Cfr. C. ALESSI, *La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, 90 ss.; A. BELLAVISTA, *Lavoro a termine e contrattazione collettiva*, in A. BELLAVISTA, A. GARILLI, M. MARINELLI (a cura di), *op. cit.*, 37 ss.

4. Il possibile contrasto con la disciplina dell'Unione europea

Questa disciplina ha suscitato perplessità sul piano della sua compatibilità con la direttiva 1999/70/CE (come interpretata dalla Corte di giustizia)²¹.

Anzitutto, occorre premettere che le modifiche al d.lgs. n. 368/2001 non hanno toccato la previsione del comma 01 dell'art. 1, secondo cui «il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro». La formula riproduce letteralmente quanto previsto al comma 2 del preambolo dell'accordo-quadro tra le parti sociali, recepito nella direttiva. Inoltre, nei punti 6 e 7 delle considerazioni generali dell'accordo si aggiunge che il contratto a tempo indeterminato contribuisce «alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento» e che «l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi». Se è vero che il preambolo e le considerazioni generali non hanno diretto contenuto precettivo, è però opinione comune che queste parti trasfuse nella direttiva costituiscono uno strumento interpretativo degli enunciati normativi della direttiva medesima. Non a caso esse sono sempre riportate dalla Corte di giustizia nel «contesto normativo» posto a fondamento delle proprie decisioni.

Il dubbio che è stato sollevato riguarda la compatibilità con le prescrizioni comunitarie della sostituzione della fattispecie qualitativa (le ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine al contratto) con quella quantitativa e con i limiti alle proroghe e alle successioni (la percentuale di lavoratori a termine in rapporto a quelli a tempo indeterminato, il numero delle proroghe e il periodo massimo complessivo di durata dei contratti). Le opinioni sono contrastanti. Se si ha riguardo alla (sola) clausola 5 dell'accordo-quadro, le innovazioni al d.lgs. n. 368/2001 non dovrebbero incorrere in censure.

Infatti, è pacifico nella giurisprudenza della Corte di giustizia che le misure da adottare per prevenire gli abusi, indicate nella clausola 5, comma 1, sono tra loro alternative (per tutte, sent. 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*; sent. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*)²². Quindi ciascuno Stato può scegliere

²¹ V. DE MICHELE, *Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, 29 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, in *ADL*, 2014, n. 4-5, 919.

²² C. giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Konstantinos Adeneler e altri c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, in *FI*, 2007, IV, 72, con nota di A.M. PERRINO, *Perplessità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*; C. giust. 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Cristiano Marrosu e Gianluca Sardino c. Azienda Ospedaliera Ospedale San*

di indicare o a) le ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo; o b) la durata massima dei contratti successivi; o c) il numero dei rinnovi dei contratti. Va precisato che con il lessema “rinnovo” la direttiva intende riferirsi sia alle proroghe che alle successioni (cfr. il 17° considerando della direttiva, secondo cui i termini utilizzati nell’accordo-quadro non sono definiti precisamente e questo compito è demandato agli Stati membri secondo la legislazione o prassi nazionale). Di conseguenza, poiché nel nostro ordinamento sono state previste le ipotesi sub b) e c), la normativa europea è pienamente rispettata, non occorrendo (anche) la previsione di limiti qualitativi (le ragioni oggettive). Inoltre, sempre secondo la giurisprudenza dell’UE, per il primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato non occorre alcuna giustificazione oggettiva (sent. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, Angelikadi; sent. 25 novembre 2005, causa C-144/04 Mangold)²³.

La disciplina italiana oggi in vigore, quale risulta dal combinato disposto del nuovo art. 1 con le altre disposizioni non modificate del d.lgs. n. 368/2001, non si limita a consentire la a-causalità del primo o unico contratto (come invece era previsto nel testo modificato dalla l. n. 92/2012), ma elimina il requisito delle ragioni obiettive per tutte le ipotesi di ricorso ai contratti a termine e di proroghe degli stessi, ponendo il solo limite del tetto massimo di 36 mesi (o di quello diverso previsto dai contratti collettivi). Tetto che peraltro

Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate, e causa C-180/04, *Andrea Vassallo c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, entrambe in *RGL*, 2006, n. 4, II, 601, con nota di A. GABRIELE, *Al vaglio della Corte di Giustizia il meccanismo sanzionatorio per illegittima successione di contratti a termine nella p.a.*; C. giust. 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri*, ivi, 2009, n. 1, II, 58, con nota di E. RAIMONDI, *Il contratto a termine tra principi comunitari e interpretazioni nazionali*; C. giust. 26 gennaio 2012, causa C-586/10, *Bianca Küçük c. Land Nordrhein-Westfalen*, in *RIDL*, 2012, n. 3, II, 747, con nota di A. RICCOBONO, *Successione di contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti: prevenzione degli abusi e “discrezionalità vincolata” degli Stati membri dopo la sentenza Küçük*.

²³ C. giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Kiriaki Angelidaki e altri c. Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis (C-378/07)*, *Charikleia Giannoudi c. Dimos Geropotamou (C-379/07)* e *Georgios Karabousanos e Sofoklis Michopoulos c. Dimos Geropotamou (C-380/07)*, in *RGL*, 2009, n. 3, 509, con nota di L. MENGHINI, *Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile ruolo del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*; C. giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, in *FI*, 2006, n. 6, IV, 341, con nota di V. PICCONE, S. SCIARRA, *Principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*.

riguarda un unico contratto, o più contratti in successione, ma solo nel caso di mansioni equivalenti.

Il dubbio sulla conformità alle regole e ai principi contenuti nella direttiva sta in ciò che la a-causalità assurta a norma generale potrebbe porsi in contrasto con l'obiettivo perseguito dalla clausola 5, che mira a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di contratti a termine successivi (si veda il ricordato punto 7 delle considerazioni generali). A tale proposito la Corte di giustizia ha affermato il seguente principio: gli Stati membri beneficiano di un margine di discrezionalità nel conseguimento dell'obiettivo di prevenire gli abusi, e quindi nella scelta tra le misure elencate nella clausola 5, a condizione, tuttavia che essi garantiscano il risultato imposto dal diritto dell'Unione, cioè «l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato» (sentenza *Angelikadi*, punto 94; sentenza 10 marzo 2011, causa C-109/09, *Deutsche Lufthansa AG c. Gertraud Kumpan*). E, secondo un orientamento della Corte, è contraria a tale principio una norma interna che autorizzi in modo generale ed astratto il ricorso a contratti a termine successivi (*Angelikadi*, punto 97), perché ciò consente al datore di lavoro di «soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli» (*Adeneler*, punto 104). In tal modo la tesi della a-causalità viene ridimensionata dalla necessaria temporaneità delle esigenze poste a fondamento giustificativo dell'apposizione del termine al contratto. Ma nel sistema delineato dal legislatore italiano la temporaneità delle ragioni non è più richiesta e il contratto a termine diviene totalmente fungibile con quello a tempo indeterminato.

Deve però precisarsi che tale indirizzo ha riguardato prevalentemente il settore del lavoro pubblico dove i contratti a termine si protraggono per parecchi anni. Inoltre il principio di causalità/temporaneità potrebbe ritenersi temperato da una «legittima finalità di politica sociale» (*Angelikadi*, punto 96). Tale materia rientra nella competenza degli Stati membri; tuttavia ciò non comporta che la discrezionalità di cui questi godono possa risolversi nello svuotare di ogni sostanza l'attuazione di un principio fondamentale contenuto in una direttiva, essendo onere dello Stato provare che si tratta di un obiettivo “legittimo” e che lo strumento utilizzato sia «idoneo alla sua realizzazione». Nel caso che ci occupa il legislatore ha giustificato la novella al d.lgs. n. 368/2001 con la necessità di fronteggiare emergenze occupazionali e ridurre, al contempo, le forme anomale di precariato prive di tutela (false partite IVA, false collaborazioni a progetto, ecc.). Ma siffatta giustificazione non può che essere limitata nel tempo, come del resto affermato dallo stesso d.l. n. 34/2014, perché si tratta di una deroga al principio generale di prevenzione degli abusi in attesa di modificare l'intero impianto delle forme contrattuali in modo

adeguato alle nuove esigenze del mercato del lavoro. E, sotto questo profilo, si pone pertanto il problema della compatibilità della disciplina con il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, il quale persegue le medesime finalità in un quadro però compatibile con la legislazione dell'Unione.

Occorre inoltre aggiungere una considerazione relativa alla coerenza interna all'ordinamento nazionale tra il nuovo regime del contratto a termine e l'introduzione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. Se infatti un lavoratore può essere assunto a termine per 3 anni con la possibilità per il datore di lavoro di utilizzare, all'interno del periodo, proroghe e rinnovi, lo stesso datore di lavoro potrà, allo scadere del triennio, fare ricorso al nuovo tipo contrattuale, privando così il lavoratore della tutela piena per ben 6 anni. Il che, lungi dal favorire la stabilizzazione, si risolverebbe in un'accentuazione della precarizzazione del lavoro.

Mille frammenti per idee vecchie e nuove: le insidie della legge-delega

di Donata Gottardi

Dell'ultimo, ennesimo, intervento di modifica della legislazione del lavoro, previsto nella legge-delega in via di approvazione in Parlamento, sono ben noti i numerosi istituti coinvolti e quanto alcune disposizioni, per come sono scritte e per il non scritto che si intende considerare sotteso, abbiano attirato la prevalente attenzione dei commentatori, a partire dalla dottrina giuslavoristica. Intendo dedicare innanzitutto attenzione all'ultimo dei cinque ambiti previsti, quello volto al «sostegno alla genitorialità» (commi 8 e 9), non solo perché corrisponde a quello meno conosciuto e indagato, nonostante sia risultato evidente quanto sia interessante per la popolazione, come dimostra il consenso ricevuto dalla promessa di 80 euro alle future neo-mamme, ma soprattutto perché costituisce una utile base di partenza per tentare di individuare alcune delle peculiarità delle linee politiche del Governo in carica.

Delega generica e dettagli

L'ampiezza e insieme l'indeterminatezza della delega sono l'ineludibile dato di partenza di ogni analisi critica, cui va associato il rilievo del generale obiettivo di arrivare, a delega esercitata, ad una semplificazione complessiva del quadro normativo, nelle vesti di deregolamentazione.

In alcune parti, tuttavia, questo impianto presenta caratteristiche opposte, arrivando ad un estremo dettaglio. Ne è una dimostrazione la lett. *e* del comma 9, in cui si prevede la possibile cessione di permessi tra lavoratori. La disposizione è stata inserita nel maxi-emendamento governativo quale frutto

dei lavori parlamentari, essendo stata proposta e approvata in Commissione Lavoro al Senato.

Prima di entrare nel merito della disposizione, va sottolineato in via generale che, se il sistema giuridico nel nostro Paese ha ancora fondamento, si deve ricavare, a contrario, che quanto non inserito espressamente nel testo, a maggior ragione se presentato ma non approvato nei lavori parlamentari, non può essere ritenuto oggetto di intervento nella decretazione delegata. La questione, come risulta evidente, è centrale rispetto quanto meno alla portata della delega nei confronti di temi come quello della annunciata – ma non presente nel testo, almeno fino al passaggio dal Senato alla Camera – modifica dell'art. 18 Stat. lav.

Passando ai contenuti, è sufficientemente noto, come l'idea derivi da una disposizione presente nell'ordinamento francese: la l. 9 maggio 2014, denominata *Loi Mathys*, dal caso che l'ha originata, prevede la rinuncia a giorni di riposo donati a colleghi che abbiano un figlio di meno di 20 anni gravemente malato, disabile o vittima di un incidente che necessiti di cure da parte dei genitori. La formulazione copia questo impianto, prevedendo l'«eventuale riconoscimento, compatibilmente con il diritto ai riposi settimanali ed alle ferie annuali retribuite, della possibilità di cessione fra lavoratori dipendenti dello stesso datore di lavoro di tutti o parte dei giorni di riposo aggiuntivi spettanti in base al contratto collettivo nazionale in favore del lavoratore genitore di figlio minore che necessita di presenza fisica e cure costanti per le particolari condizioni di salute».

Numerosi sono gli interrogativi che la lettera della disposizione solleva. Dato che si tratta – e non poteva essere diversamente – di una facoltà consentita a uno o più lavoratori, non si comprende perché qualificare come meramente eventuale il suo riconoscimento legislativo. Dato che si tratta di permessi aggiuntivi derivanti da contratto collettivo nazionale, non ha alcuna motivazione il vincolo della compatibilità con il diritto – indisponibile – ai riposi settimanali e annuali e, d'altro canto, dato che la solidarietà è esclusivamente endo-aziendale, dovendo i lavoratori essere dipendenti dello stesso datore di lavoro – con esclusione, ad esempio, di qualsiasi rilevanza ai gruppi e alle reti di imprese – risulta incomprensibile individuare la fonte dei permessi aggiuntivi solo nel contratto collettivo di primo livello. Ed infine, dato che si tratta di un atto volontario sull'onda della condivisione di esigenze di tempo, e pur tenendo conto dell'esperienza da cui deriva, non si comprende perché reiterare nell'errore, più volte sanzionato dalla Corte costituzionale, di limitare la possibilità al caso in cui le esigenze di cura riguardino il rapporto genitoriale discendente, discriminando all'interno dei drammi familiari.

La maternità innanzi tutto, con tanta imprecisione e improvvisazione

Quest'ultimo rilievo ci riporta alla scelta, annunciata nel comma 8, di intervenire a sostegno della genitorialità, mediante la biforcazione in tutela della maternità, da un lato, e promozione della conciliazione tra tempi di vita e di lavoro per lavoratori e lavoratrici, dall'altro. Si tratta di una precisa scelta politica, che esclude le esigenze di cura dei componenti il nucleo familiare, ad eccezione dei figli minori. In un Paese che invecchia, l'opzione perseguita è quella dell'incremento della natalità, nella pragmatica e cinica consapevolezza che investire nella popolazione anziana non aumenta i consensi e necessita di consistenti risorse economiche.

È funzionale a questo disegno, anzi ne costituisce il principale punto di forza, la istituzione, nella legge di stabilità in via di approvazione, di un fondo famiglia destinato alla erogazione mensile di 80 euro per 3 anni per i figli nati o adottati nel 2015. Si dovrà attendere l'approvazione della legge e l'emanazione del regolamento attuativo prima di conoscere i dettagli dell'intervento, sia nella sua quantificazione al netto o al lordo, sia per la determinazione definitiva della soglia di reddito ISEE, sia per l'individuazione dei destinatari, che non potranno però escludere, come invece richiesto da una parte politica, gli immigrati regolari con carta di soggiorno.

Pur nell'incertezza che tuttora permea il provvedimento, sembra di poter segnalare la mancanza dell'elemento della progressività in relazione al reddito, rilevante solo ai fini dell'esclusione dalla percezione al superamento della soglia massima indicata, mancanza che, se confermata, si pone in collisione con i principi costituzionali, tra cui quello all'uguaglianza in senso sostanziale. Se la somma, come annunciato ai *media* dal Presidente del Consiglio dei Ministri, serve a compensare le spese connesse all'ingresso e alla cura di un bambino nel nucleo familiare (dai pannolini agli omogeneizzati), ben diversa è evidentemente la loro incidenza su redditi molto bassi e su redditi prossimi al tetto massimo.

Si ripresenta a tre lustri di distanza la stessa questione posta dall'intervento di parziale defiscalizzazione degli oneri di maternità del 1990 che, nel riconoscerla come diritto di cittadinanza, aveva fatto balenare l'esigenza di uniformare l'erogazione economica riconosciuta alle madri in quanto tali, a prescindere dalla condizione lavorativa e dalla condizione economica. Ricordo che è stato possibile bloccare questo tentativo grazie al principio costituzionale della parità sostanziale e al vincolo europeo che collega l'indennità di

maternità all'indennità di malattia. È stato così che allora (nel 2000) l'intervento regolamentare aveva mantenuto fermo il principio della progressività, con la creazione di livelli differenziati di protezione economica: quella dell'indennità di maternità per le lavoratrici, quella dell'assegno per le lavoratrici precarie e discontinue e quella di un altro e diverso assegno per le casalinghe e le disoccupate. Il sistema, almeno per il momento, non è cambiato, se non per l'abitudine di denominare il primo assegno come assegno dello Stato e il secondo come assegno dei Comuni, il che ha contribuito a incrementare la confusione e a rendere scarsamente conosciute le provvidenze previste.

Tornando alla (proposta di) legge-delega è da presumere che il beneficio mensile previsto nella (proposta di) legge di stabilità si cumuli con gli altri interventi laddove spettanti, la ricognizione dei quali appare di notevole utilità, anche al fine di evitare squilibri di copertura per eccesso e per difetto.

In effetti, la ricostruzione del quadro esistente compare sia alla lett. *a*, dove si parla di «ricognizione delle categorie di lavoratrici beneficiarie dell'indennità di maternità, nella prospettiva di estendere, eventualmente anche in modo graduale, tale prestazione a tutte le categorie di donne lavoratrici», sia alla lett. *g*, dove si fa riferimento alla «ricognizione delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, ai fini di poterne valutare la revisione per garantire una maggiore flessibilità dei relativi congedi obbligatori e parentali, favorendo le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, anche tenuto conto della funzionalità organizzativa all'interno delle imprese». Incomprensibile appare la divisione risultante, del tutto contraddittoria e superficiale rispetto alla volontà costantemente affermata di ricomposizione unitaria del lavoro e di superamento della divisione tra lavoro standard e lavoro non standard, tra lavoro stabile e lavoro precario, tra *insiders* e *outsiders*.

Il tratto distintivo di questa parte di delega – replicato in molte altre sue parti – sembra essere quello della mancanza di conoscenza della materia. Quanto alla prima lettera, non si sa come interpretare il riferimento alle “categorie di lavoratrici”, laddove le categorie in riferimento al lavoro possono essere legate esclusivamente o alla professionalità o al settore merceologico dell'attività del datore di lavoro. Men che meno risulta comprensibile il riferimento, in chiusura della lett. *a*, alle “donne lavoratrici”, sia perché è ovvio che le lavoratrici possono essere solo donne, sia perché se è vero che le donne possono essere non lavoratrici, la loro esclusione dalla ricognizione appare del tutto errata, proprio alla luce dell'esistenza di assegni a disoccupate e casalinghe, che è impensabile si vogliano escludere.

Quanto alla seconda, la ricognizione ha come riferimento il Testo Unico maternità/paternità del 2001, che a quel tempo aveva costituito la raccolta sistematica e aggiornata del quadro normativo esistente, disseminato in più testi legislativi e modificato da decisioni della Corte costituzionale. In numerose occasioni, negli anni successivi, sono state attivate deleghe per apportarvi modifiche, anche di annunciate vaste dimensioni, che però finora o non sono state esercitate o si sono limitate a interventi minimali e ad operazioni di mera estensione, priva di effettività, di quanto previsto per il lavoro subordinato stabile al lavoro precario, discontinuo, autonomo o ai suoi confini.

Il testo unico in realtà è stato – e non poteva essere diversamente – il contenitore della disciplina vigente e ha realizzato una sistematizzazione finalizzata a mettere in evidenza l'attenzione prevalente al lavoro subordinato stabile e l'assenza di principi uniformi di riferimento, con il risultato di un impianto normativo complicato e di difficile applicabilità, soprattutto per la parte che riguarda l'estensione di diritti al lavoratore padre. Lo dimostra in maniera inoppugnabile la presenza di errori riscontrabile addirittura nella qualificazione delle diverse forme di congedo della Banca dati dello stesso istituto erogatore della maggior parte delle prestazioni. È così che nella Nota metodologica dell'Osservatorio sulle prestazioni a sostegno della famiglia dell'Inps, si confonde il congedo di paternità del lavoratore "parasubordinato" con il congedo parentale.

È, quindi, da più di un decennio che si sta attendendo un intervento innovatore che semplifichi e razionalizzi il quadro normativo e si occupi di individuare un sistema articolato ed efficace di protezione e sostegno alla genitorialità e di conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita familiare e personale. Al contrario, finora l'estensione oltre il lavoro subordinato stabile è avvenuta sotto il profilo formale, a basso tasso di effettività e in modo rinunciatorio rispetto al doveroso tentativo di fornire risposta alle diverse esigenze, mancando idee e risorse. Soprattutto risorse.

L'assenza o la scarsa disponibilità di risorse aggiuntive sembra non avere soluzione di continuità. Anche nella lett. *h* di chiusura del comma 9 si precisa che l'«estensione dei principi di cui al presente comma, in quanto compatibili» deve avvenire «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica», sia pure con riferimento alla fruizione mediante riduzione giornaliera dell'orario dei congedi parentali anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

La delega non solo appare priva di indicazioni sulle risorse aggiuntive e sulla loro destinazione, pasticciata nella terminologia e nei riferimenti normativi,

oscillante tra indicazioni generali e precisazioni di dettaglio, ma risulta stranamente propositiva su aspetti già da lungo tempo regolamentati senza alcuna consapevolezza dell'esistente e delle reali difficoltà applicative.

Si prenda come esempio la lett. *d* in cui si propone tra i principi e i criteri direttivi la «incentivazione di accordi collettivi volti a favorire la flessibilità dell'orario lavorativo e dell'impiego di premi di produttività, al fine di favorire la conciliazione tra l'esercizio delle responsabilità genitoriali e dell'assistenza alle persone non autosufficienti e l'attività lavorativa, anche attraverso il ricorso al telelavoro». Sembra riproporsi, in maniera per di più imprecisa, il contenuto dell'art. 9 della l. n. 53/2000 sul finanziamento di azioni positive di flessibilità, più volte oggetto di modifiche legislative, che non hanno saputo superare le questioni concrete, sia in termini di mancata tempestività temporale sia in termini di diffusione e di efficacia.

Libertà, parità, diritti, tutele: il superamento della dimensione collettiva

Per proiettarci in termini più generali sulla strategia, comunicativa e non, dell'attuale Governo si può passare ad analizzare lo scacchiere dei Ministeri coinvolti nella legge-delega. Nei commi che prefigurano gli obiettivi e delineano le materie (1, 3, 5, 7 prima parte, e 8), presenta notevole interesse la parte del dispositivo che individua i Ministeri competenti alla formulazione della proposta o al concerto.

Colpisce, in particolare, che il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri nella predisposizione dei decreti delegati compaia esclusivamente nella parte di delega legata alla tutela della maternità e alla conciliazione dei tempi vita/lavoro. Si ricordi che è la Presidenza del Consiglio dei Ministri, infatti, che ha ad *interim* la delega alle pari opportunità dopo le dimissioni dell'ultima Ministra.

Viene assecondata così la visione più tradizionale, che porta allo stretto e diretto collegamento tra le tematiche delle pari opportunità e quelle della maternità e della conciliazione. Se appare apprezzabile l'apertura delle opportunità di conciliazione alla 'generalità' dei lavoratori, anche se non è chiaro se questo significhi affiancamento dei padri alle madri nel lavoro di cura o generalizzazione delle regole esistenti con inclusione degli esclusi, rimane confermato lo stereotipo più antiquato, che porta a ritenere neutri tutti gli altri interventi in materia di lavoro, dalle politiche attive e passive alle modifiche del contratto e del rapporto di lavoro. Si condivide o meno la necessità di adottare la prospettiva della dimensione di genere negli interventi

legislativi (a maggior ragione in quelli di così vasta portata), è indubitabile che su questi aspetti non si sia realizzato alcun tentativo di cambiamento e innovazione.

Si rafforza, anzi, l'attenzione alla natalità, per contrastare il decremento della popolazione, e ai suoi costi economici, che è costruito tipico della cultura familistica che ha contraddistinto il nostro Paese, a differenza di quanto avviene in altri Paesi europei.

Le nozioni di universalità dei diritti e di parità di trattamento, con una tendenza all'eguagliamento al ribasso, sono utilizzate confusamente, al pari del frequente riferimento all'incremento di libertà individuale, mediante superamento degli interventi limitativi posti a garanzia di politiche più lungimiranti della contingenza. Viene così spostato il baricentro della protezione delle persone che lavorano. Va nella prima direzione la tendenza ad assorbire nel lavoro subordinato quello che un tempo era collocato ai suoi confini, mediante indebolimento generalizzato dello statuto protettivo. Del resto, qualificare il lavoro a tempo indeterminato – non più, come recita l'attuale disposto legislativo utilizzando la formula europea, la “forma comune”, ma – come la “forma privilegiata” di contratto di lavoro (lett. *b* del comma 7) appare quello che con linguaggio non giuridico possiamo ritenere un vero e proprio “lapsus freudiano”.

Va nella seconda direzione l'attuale tentativo di liberare le risorse accantonate del trattamento di fine rapporto per spingere la ripresa economica mediante l'aumento delle somme erogate mensilmente in busta paga. Le parole chiave utilizzate per la comunicazione della scelta sono le stesse che ricorrono nei confronti della maggior parte degli istituti giuridici regolati dalla legislazione del lavoro: semplificazione di un quadro troppo complesso, rimozione dei vincoli alla scelta individuale, rilancio dei consumi.

Siamo in presenza di una politica che rinuncia a indirizzare l'economia verso obiettivi di risanamento, manutenzione, sostenibilità socio-economica ed ambientale del Paese, ma che è funzionale a creare discontinuità e a provocare cambiamenti, in quanto tali in grado di smuovere la stagnazione in atto, accentuando la monetizzazione delle prestazioni che va alla persona e non al servizio; una politica che utilizza gli interventi di modifica della legislazione, in particolare quella del lavoro, per rassicurare i mercati e modulare l'assetto delle protezioni giuridiche, utilizzando schemi risalenti presentati come innovazione. Non sembri improprio parlare di “nuovismo”.

La grande assente: l'Unione europea

L'analisi dei dispositivi introduttivi (ancora una volta commi 1, 3, 5, 7 prima parte, e 8) porta a rilevare un'ulteriore specificità di questa legge-delega: l'assenza quasi completa di riferimenti all'ordinamento dell'Unione europea e alle sue politiche e strategie in materia occupazionale.

Si deve attendere fino all'ultima lettera (la *l*) del comma 6 per trovare il primo e quasi esclusivo riferimento ad atti dell'ordinamento unionale. Gli altri due si trovano: uno in chiusura della prima parte del comma 7, quello dedicato a «riordinare i contratti di lavoro vigenti», che deve avvenire «in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali»; l'altro, come poco sopra ricordato, nella lett. *b* dello stesso comma, dove si fa riferimento al contratto a tempo indeterminato come «forma privilegiata di contratto di lavoro».

Se si esclude, come sembra di poter fare, che l'assenza di riferimenti corrisponda a totale implementazione del livello normativo superiore, non resta che rilevare un ulteriore segno distintivo delle scelte perseguite dall'attuale Governo, in aperta insofferenza nei confronti di quanto provenga dalle istituzioni europee, responsabili delle politiche di austerità che impediscono a Paesi come il nostro, tuttora avviluppato nella recessione, di uscirne. D'altro canto citare la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali solo in relazione alle modifiche alla c.d. “flessibilità in entrata” appare operazione ampiamente incomprensibile e incoerente.

L'imprecisione diffusa che si rinviene nel testo della delega non permette di trarre conclusioni fondate sulla formulazione letterale dei contenuti. Certo appare ulteriormente fonte di anomalia la considerazione che il più diretto richiamo rinvenuto scelga una sola istituzione (il Parlamento europeo) e nella sua attività meno vincolante (le Risoluzioni su rapporti di iniziativa). La lett. *l* del comma 6 della legge-delega ricorda, infatti, l'esigenza della «promozione del principio di legalità e priorità delle politiche volte a prevenire e scoraggiare il lavoro sommerso in tutte le sue forme ai sensi delle risoluzioni del Parlamento europeo del 9 ottobre 2008 sul rafforzamento della lotta al lavoro sommerso (2008/2035(INI)) e del 14 gennaio 2014 sulle ispezioni sul lavoro efficaci come strategia per migliorare le condizioni di lavoro in Europa (2013/2112(INI))».

Si osservi che il riferimento a questa tematica è avvenuto a seguito dell'inserimento nel maxi-emendamento governativo di un emendamento approvato in sede di Commissione e che il suo oggetto – il principio di legalità

e la lotta al lavoro sommerso – è chiamato ad operare quale norma di chiusura rispetto alle operazioni di modifica legislativa enunciate nelle lettere che lo precedono: dalla razionalizzazione di procedure alla revisione del sistema sanzionatorio.

Tornando alla normativa proveniente dalle istituzioni dell'Unione europea, un riferimento potrebbe rinvenirsi, ma il collegamento è sottaciuto nel testo, alla «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio» (lett. c del comma 7).

Come è noto, si tratta della formalizzazione in delega di una proposta risalente a più di un lustro fa e che deriva dai suggerimenti contenuti nei Principi comuni di *Flexicurity*, adottati dal Consiglio europeo del dicembre 2008, sulla scorta della proposta proveniente dalla Commissione europea. È nel primo percorso del primo allegato, quello più direttamente attinente alla situazione del nostro Paese di eccessiva segmentazione contrattuale, che è previsto un contratto che «inizierebbe con un livello di base di tutela del lavoro e la protezione si accumulerebbe progressivamente via via che il lavoratore occupa un posto di lavoro fino a raggiungere una protezione piena».

Si noti il chiaro e indiscutibile riferimento all'obiettivo della “protezione piena”, che consiste nella tutela ordinariamente prevista per il lavoratore subordinato stabile, esito finale da raggiungere al termine del periodo di progressiva sua acquisizione. Se non va sottovalutato il rischio, insito nella proposta di quello che possiamo chiamare “contratto a punti”, di ridurre la già scarsa propensione alla mobilità e al passaggio da una occupazione all'altra, anche per scelta del lavoratore, nessun dubbio è possibile avanzare circa l'impossibilità che per questa via si arrivi a creare, come invece sostenuto da alcuni, una duplicazione delle regole del lavoro a valere da ora in avanti per le nuove assunzioni. Non si tratta, infatti, di un secondo binario, ma di un periodo durante il quale alcuni diritti e tutele vengono progressivamente acquisiti.

La delega non indica la durata di tale periodo e nemmeno indica gli istituti coinvolti. Pur tuttavia il dibattito si è acceso solo con riferimento ai licenziamenti individuali, su cui peraltro, come già ricordato in precedenza, il maxi-emendamento governativo si presenta del tutto silente. Vedremo come verrà esercitata la delega. Resta che, dal punto di vista giuridico, la dissociazione tra forma e sostanza e tra fondamenti degli istituti giuridici e loro utilizzazione appare quanto mai preoccupante. La portata dei commenti da un lato e l'inesistenza di riferimenti testuali nella legge-delega rendono, quindi, opportuno il rinvio per la loro valutazione, non potendosi aggiungere, allo stato attuale, alcunché di significativo.

Può essere utile tuttavia ricordare un aspetto, che a sua volta si collega con il sistema multilivello delle fonti e con l'integrazione tra ordinamento unionale e ordinamento nazionale e che riguarda la tutela contro i licenziamenti discriminatori. È ben noto che la disciplina, fin dalla l. n. 108/1990, protegge la persona che lavora dal licenziamento discriminatorio; che le modifiche all'art. 18 Stat. lav. apportate nel 2012 hanno consentito il superamento della mancanza di coordinamento e unificato nella tutela reale la nullità dell'atto datoriale di recesso; che non si profila nel prossimo futuro un alleggerimento della protezione, anche per il vincolo esistente in termini di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea.

Lascia, pertanto, del tutto perplessi che i dati, per quanto tuttora informali, provenienti dal Ministero della giustizia e destinati al monitoraggio delle azioni in giudizio e dei loro esiti non dedichino alcuna attenzione al licenziamento discriminatorio. L'evidente anomalia può forse spiegarsi ipotizzando che la rilevazione sia impostata per tener conto delle motivazioni del licenziamento addotte dal datore di lavoro e non dell'impugnazione del lavoratore, attore del giudizio. Si continua così a rimanere nelle pastoie del paradosso della situazione italiana, fortemente permeata da discriminazioni nei luoghi di lavoro, ma che non risultano fonte di controversie in giudizio, il che porta anche al mancato consolidamento delle nozioni di discriminazione diretta e indiretta, affidate alla riflessione solo di una parte della dottrina.

Quanto osservato ci dovrebbe portare quanto meno a esigere che (tutte) le operazioni di monitoraggio vengano impostate da chi ha approfondita competenza giuridica sul tema, al contrario di quanto normalmente avviene. Non bastano competenze economiche, statistiche e informatiche per costruire attendibili banche dati.

Brevi considerazioni finali

Nell'impossibilità di trarre conclusioni nei confronti di provvedimenti che si collocano ancora nella fase iniziale dell'intervento, si può solo segnalare la necessità di ricondurre la complessità in chiarezza, evitando le scorciatoie solo apparentemente più facili della semplificazione mediante de-regolazione.

Le operazioni di semplificazione interrogano sui rischi che le specificazioni applicative vengano rinviate in altra sede, come quella della produzione regolamentare secondaria, con conseguente riduzione, anziché incremento, della conoscibilità e della semplificazione normativa.

Inoltre, dobbiamo avere sempre presente che nel nostro Paese occorrerebbe un cambiamento, più che delle regole, della cultura sottostante. Troppo spesso la disciplina legislativa è aggirata mediante più o meno odiosi comportamenti opportunistici. Troppo spesso sono violate anche le norme assistite da sanzioni e quelle che non lo sono appaiono destinate alla diffusa inattuazione.

Salario minimo

di Mariella Magnani

Nel contesto europeo, l'erosione del grado di protezione dei livelli salariali, dovuta anche al calo del grado di copertura della contrattazione collettiva, sta generando una tendenza alla generalizzazione dell'istituto del salario minimo legale. Attualmente, su 28 Paesi dell'Unione europea, 22 sono dotati di meccanismi per la determinazione legale dei minimi salariali. Da ultima la Germania, con la l. 11 agosto 2014, è entrata nel novero dei Paesi che conoscono questo istituto. Con il ddl 3 aprile 2014, S 1428, anche l'Italia sembra muoversi in questa direzione. Il contributo, dopo aver analizzato, anche sulla scorta delle esperienze straniere, le funzioni della determinazione legale dei minimi salariali e i suoi rapporti con la contrattazione collettiva, analizza i problemi di tecnica e politica legislativa che pone nell'ordinamento italiano una legislazione sui minimi, alla luce della giurisprudenza applicativa dell'art. 36 e dell'art. 39 Cost.

1. La ricognizione

Pur nella diversità dei sistemi di relazioni industriali e di diritto sindacale, che caratterizza i Paesi membri dell'Unione europea (basti pensare ai Paesi che hanno meccanismi per l'estensione *erga omnes* dell'efficacia dei contratti collettivi e a quelli che non ce l'hanno) è ravvisabile una comune tendenza al decentramento della contrattazione collettiva (oltre che al decremento della copertura dei contratti nazionali).

E, parallela a questa tendenza, vi è quella alla generalizzazione dell'istituto del salario minimo legale.

Attualmente, su ventotto Stati che compongono l'Unione europea, ventidue sono dotati di un sistema (legale) di determinazione dei minimi salariali. Alcuni hanno una lunga tradizione alle spalle (si pensi alla Francia); altri si sono aggiunti più recentemente al club dei Paesi con salario minimo legale: il Regno Unito nel 1998, con il *National Minimum Wage Act* adottato sotto il Governo laburista di Tony Blair; da ultima, la Germania con la l. 11 agosto 2014 (*Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns – Mindestlohngesetz*), frutto dell'impegno preso da Merkel nell'ambito del patto di coalizione tra cristiano-democratici e social-democratici.

Restano, dunque, privi di un sistema di determinazione legale dei salari minimi, oltre all'Italia – l'unico dei Paesi dell'Europa meridionale a non averlo – la Svezia, la Finlandia, la Danimarca, l'Austria e Cipro, nonostante che, in quest'ultimo Paese, per alcune professioni scarsamente rappresentate sindacalmente, quali il personale sanitario ausiliario, le guardie giurate e il personale ausiliario delle scuole, siano previsti dei minimi legali¹.

Da notare che la Svezia è anche priva di un meccanismo di estensione *erga omnes* dei contratti collettivi. Incidentalmente, va osservato che hanno sistemi di determinazione legale del salario minimo anche Paesi dotati di meccanismi di estensione *erga omnes* dell'efficacia dei contratti collettivi. E ciò dovrebbe dimostrare che la determinazione legale dei minimi salariali non è, o non è sempre, surrogabile dall'attribuzione di efficacia generale ai contratti: surrogabilità che postula, in primo luogo, che un contratto collettivo vi sia e, in secondo luogo, che esso sia congruo².

È interessante il caso della Germania che, appunto, conosce il sistema di attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, ma il decentramento della contrattazione, con l'accresciuta possibilità di contrattazione derogatoria al contratto nazionale, e la diminuzione del tasso di copertura della contrattazione nazionale anche per la diffusione di contratti *single-employer*, hanno portato all'erosione dei tradizionali meccanismi di protezione del

¹ Cfr. T. SCHULTEN, *Towards a European Minimum Wage Policy? Fair Wages and Social Europe*, in [European Journal of Industrial Relations](#), 2008, vol. 14, n. 4, 426.

² La mancanza di correlazione tra contrattazione collettiva *erga omnes* e soluzione del problema del salario minimo è sottolineata da M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, in *PD*, 1983, n. 2, 263; M. ROCCELLA, *I salari*, Il Mulino, 1986, 82-83 e 93; T. TREU, *Art. 36*, in *Commentario della Costituzione. Art. 35-40. Rapporti economici*, Zanichelli, 1979, 94 ss.; T. TREU, *Contratto di lavoro e corresponsività*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Tomo I. Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, 2011, 1363, che sottolinea come sia, appunto, la compresenza in diversi ordinamenti dei due strumenti a dimostrare la diversità di contenuto e di funzioni fra la legislazione sui minimi e gli strumenti di estensione *erga omnes* dei contratti collettivi.

salario. Si aggiunga un fattore specifico: vale a dire la forte diversificazione dei salari tra i *Länder* della Germania dell'Ovest e quelli della Germania dell'Est, che dà luogo ad un mercato del lavoro molto frammentato. Nei *Länder* orientali la copertura contrattuale si presenta più bassa rispetto a quella che si registra all'Ovest. In Germania, in occasione dell'approvazione della legge dell'agosto di quest'anno vi è stato un dibattito, che ha avuto esito negativo, circa l'opportunità di introdurre un salario minimo differenziato fra Est e Ovest³. Pure interessante è il caso francese nel quale il salario minimo è apparso molto presto (nel 1950), anche se la sua configurazione attuale risale al 1970 (l. 2 gennaio 1970, n. 70-7). Anche nell'ordinamento francese è previsto un meccanismo di estensione *erga omnes* dei contratti collettivi, (molto) praticato, che coesiste con la fissazione di un salario minimo legale: il quale minimo legale (lo SMIC, oggi pari a 9,53 euro lordi su tutto il territorio nazionale) è visto come base, se non come volano, per la contrattazione collettiva che non vi può derogare se non innalzandolo.

2. La focalizzazione

E veniamo al caso e al dibattito italiano, per la verità molto scarno. Per le tipiche originalità nostrane, la questione del salario minimo legale è sempre rimasta sotto traccia⁴ nel nostro ordinamento, nonostante gli obblighi assunti con le convenzioni ILO⁵ e quanto disposto dall'art. 36 Cost., che prevede che la retribuzione sia proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato e comunque sufficiente a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

³ La legge dell'11 agosto 2014 ha poi previsto un salario minimo orario di 8,50 euro lordi su tutto il territorio nazionale.

⁴ Cfr. M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *RIDL*, 2010, n. 4, I, 769 ss., qui 782.

⁵ Si tratta nell'ordine: della convenzione ILO n. 26/1928, relativa all'istituzione di metodi di fissazione dei minimi salariali per i lavoratori impiegati in settori nei quali difettino norme efficaci per la fissazione dei salari e gli stessi si presentino eccezionalmente bassi, ratificata dall'Italia con l. 26 aprile 1930, n. 877; della convenzione ILO n. 99/1951, sui salari minimi in agricoltura, ratificata dall'Italia con la l. 19 ottobre 1970, n. 864; la convenzione ILO n. 117/1962, sugli obiettivi e le norme base di politica sociale, integrativa di quella del 1928 e ratificata dall'Italia con la l. 13 luglio 1966, n. 657. La convenzione ILO n. 131/1970, contenente l'obbligo per gli Stati di «stabilire un sistema di salario minimo che copra tutti i gruppi di lavoratori che presentino condizioni di impiego tali da richiedere siffatta protezione» (art. 1), non è invece stata ratificata dall'Italia.

La possibile istituzione di un salario minimo legale è sempre stata sovrastata dalla questione di come dare attuazione all'art. 39 Cost. (secondo qualcuno, anzi secondo i più, in presenza di un meccanismo per l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, sarebbe venuta meno la necessità di una legislazione sui minimi salariali)⁶ e allontanata dall'originale applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost., sulla retribuzione proporzionata e sufficiente.

2.1. Il caso italiano: la giurisprudenza sull'art. 36 Cost.

Poiché, e ciò fin dagli anni Cinquanta, l'art. 36 Cost. è stato ritenuto norma precettiva, dunque immediatamente applicabile nei rapporti interprivati, è il giudice che, in caso di contestazione, determina sostanzialmente qual è la retribuzione proporzionata e sufficiente, sebbene, secondo le indicazioni della Corte di cassazione, esso debba usare del *self-restraint*, assumendo come parametro di riferimento, sia pure non vincolante, i minimi retributivi fissati dai contratti collettivi.

Quali sono i limiti dell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost.? Essa non surroga i meccanismi d'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi; e non solo perché unicamente le clausole retributive vengono in questione, ma anche perché, secondo una giurisprudenza per la verità non univoca ma radicata, il giudice dovrebbe fare riferimento solo ai minimi fissati dai contratti collettivi nazionali (vale a dire retribuzione base, indennità di contingenza, tredicesima mensilità). Esso dovrebbe escludere la quattordicesima, i compensi aggiuntivi, le indennità accessorie e le maggiorazioni per lavoro straordinario superiori a quella legale⁷.

Essa non surroga una legislazione sui minimi per una serie di motivi: in primo luogo, occorre che un contratto collettivo ci sia per desumerne i "minimi retributivi"; in secondo luogo, non si sfugge ad un certo soggettivismo giudiziale perché i contratti collettivi sono utilizzati solo come parametri orientativi da cui il giudice, motivandolo, può discostarsi sia in più sia in meno. Ad esempio, alcune decisioni hanno tenuto conto, per discostarsi, in meno, dalle disposizioni dei contratti collettivi nazionali, delle condizioni

⁶ T. TREU, *Art. 36*, cit., 76-77.

⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. 9 giugno 2008, n. 15148, secondo cui il giudice «deve prendere in considerazione solo [gli istituti] che costituiscono il cosiddetto minimo costituzionale, con esclusione degli istituti retributivi legati all'autonomia contrattuale, come la quattordicesima mensilità».

locali del mercato del lavoro e del costo della vita (nelle Regioni meridionali)⁸, delle mercedi praticate nella zona, delle dimensioni dell'impresa⁹ e del suo carattere artigianale¹⁰. In terzo luogo, l'adeguamento salariale, ottenibile tramite questa giurisprudenza, dipende dalla iniziativa individuale (del singolo lavoratore), mentre l'introduzione per legge di un salario minimo avrebbe ovviamente un maggior grado di effettività, perché sarebbe presidiata dagli strumenti sanzionatori a vigilanza pubblica. Naturalmente, come ammonisce l'ILO¹¹, tali strumenti di vigilanza e sanzionatori devono essere adeguati. Ma questa, come è evidente, è un'altra questione.

In sostanza, come è stato giustamente sottolineato¹², la giurisprudenza sull'art. 36 Cost. realizza una politica del diritto *ibrida*, che non corrisponde in pieno né ai modelli prevalenti nell'occidente di normativa sui minimi, non differenziati per qualifiche e spesso neppure per categorie produttive, né al modello dell'efficacia generale dei contratti collettivi, ma partecipa di entrambi i modelli, applicandoli con accentuazioni di volta in volta diverse a seconda delle ideologie giudiziarie, delle condizioni ambientali e delle sollecitazioni concrete pervenute al giudice.

2.2. Rapporti non standard e determinazioni legali del salario

Il fatto che manchi in Italia una legislazione sui minimi non implica che difettino determinazioni legali del salario: queste vi sono prevalentemente in rapporti di lavoro non standard, vale a dire nei rapporti di lavoro diversi dal rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato.

Per il lavoro somministrato è prevista un'indennità di disponibilità (art. 22, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276), di cui si evidenzia la natura retributiva: essa è determinata dal contratto collettivo applicabile al somministratore (oggi il CCNL 27 febbraio 2014 la ragguaglia a 750 euro) e, comunque, non può essere inferiore alla misura prevista, ovvero aggiornata periodicamente, con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Analogamente, per il lavoro intermittente con obbligo di rispondere alla chiamata, è prevista un'indennità di disponibilità (art. 36, d.lgs. n. 276/2003)

⁸ Cass. 26 luglio 2001, n. 10260.

⁹ Cass. 15 novembre 2001, n. 14211.

¹⁰ Cass. 9 agosto 1996, n. 7383.

¹¹ Cfr. ILO, *Minimum wages: Wage-fixing machinery, application and supervision*, Report III (Part 4B), International Labour Conference, 79th Session, Geneva, 1992.

¹² Cfr. T. TREU, *Art. 36*, cit., 81.

determinata dai contratti collettivi, in misura non inferiore a quella fissata, ovvero aggiornata, con decreto del Ministro del lavoro, sentite le associazioni dei datori e dei prestatori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Nel caso di lavoro occasionale di tipo accessorio (artt. 70 ss., d.lgs. n. 276/2003), le prestazioni di lavoro sono retribuite con un buono orario il cui valore nominale è fissato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. Tale valore nominale, oggi pari a 10 euro, è stabilito «tenendo conto della media delle retribuzioni rilevate per le attività lavorative affini a quelle di cui all'art. 70, 1° co., nonché del costo di gestione del servizio» (art. 72, d.lgs. n. 276/2003).

Per contro, per i lavoratori a progetto, mentre originariamente si prevedeva, in modo del tutto evanescente¹³, che il compenso dovesse «essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito» e che si dovesse «tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del lavoro», la l. 27 dicembre 2006, n. 296, ha poi fatto rinvio ai contratti collettivi (cfr. art. 1, comma 772), prevedendo che, in ogni caso, i corrispettivi, oltre che proporzionati alla quantità e qualità del lavoro eseguito, dovessero «tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per prestazioni di analoga professionalità, anche sulla base dei contratti collettivi nazionali di riferimento». Si potrebbe dire che neppure qui vi fosse la predeterminazione, in senso proprio, di un saggio minimo legale: vi era sì la positivizzazione del rinvio ai contratti collettivi; tuttavia, in base al disposto normativo, di essi occorreva semplicemente “tenere conto”. Diversamente, con la successiva l. 28 giugno 2012, n. 92, si è previsto che, in ogni caso, il compenso spettante al collaboratore non possa essere inferiore a quello fissato dai contratti collettivi specifici, se vi sono, ovvero ai contratti collettivi stipulati per i lavoratori dipendenti, sempre che contemplino figure professionali implicanti gradi di «competenza e di esperienza» analoghi a quelle del lavoratore a progetto (art. 1, comma 23, lett. c, l. n. 92/2012, che novella l'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 276/2003). A seguito della l. n. 92/2012, dunque, il riferimento ai contratti collettivi (quelli “specifici” per i collaboratori a progetto o quelli per i lavoratori subordinati) assume natura cogente.

Per i lavoratori distaccati, poi, l'art. 3 del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 72, rende applicabili «le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi

¹³ Cfr. M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, 2004, 411 ss.

stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco»: un rinvio pieno, dunque, ai contratti collettivi, a dispetto della loro efficacia limitata. Il che potrebbe andare incontro a censure da parte della Corte di giustizia come è già avvenuto nel caso *Rüffert*¹⁴ in relazione ad una legge del *Land* tedesco della Bassa Sassonia.

Ulteriore ipotesi di determinazione legale del salario si rinviene nella normativa sul trattamento economico del socio lavoratore (art. 3, l. 27 marzo 2001, n. 141), che impone alle società cooperative di corrispondere allo stesso «trattamenti non inferiori ai minimi previsti dal contratto collettivo nazionale o, per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo».

Infine, vi è da ricordare la l. 31 dicembre 2012, n. 233, sull'equo compenso per i giornalisti, non titolari di un rapporto di lavoro subordinato in quotidiani e periodici, nelle agenzie di stampa e nelle emittenti radiotelevisive, che stabilisce una procedura per la determinazione – tramite una Commissione partecipata dalle associazioni sindacali – della remunerazione minima, accompagnata da disincentivi alla disapplicazione, vale a dire la decadenza dal contributo pubblico in favore dell'editoria, nonché da eventuali altri benefici pubblici. Per espressa previsione normativa, la legge è adottata «in attuazione dell'art. 36 Cost. primo comma»; dunque, il legislatore smentisce la tesi giurisprudenziale che considera inapplicabile al lavoro autonomo il disposto costituzionale. Il 19.6.2014, quindi a distanza di più di un anno e mezzo dall'approvazione della legge, la Commissione istituita, non senza aspri contrasti, ha approvato i parametri di determinazione dell'equo compenso, determinato sulla base delle specifiche tipologie di prodotto editoriale.

2.3. Il ddl S 1428

Dobbiamo continuare con questi aggiustamenti parziali, per situazioni che possiamo definire di particolare debolezza contrattuale, via via che si presentano, o è venuto il momento di colmare quel che appare una vera e propria lacuna, ad oggi colmata un po' avventurosamente e alla spicciolata,

¹⁴ C. giust. 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*.

coogliendo anche l'occasione per semplificare il sistema ed eliminare qualche originalità italiana?

Molti motivi militano a favore della seconda soluzione. Tutte le ragioni (decentramento della contrattazione, con minore copertura della contrattazione nazionale, diffusione dei lavoratori vulnerabili¹⁵, ivi compresi i lavoratori irregolari¹⁶) vi sono anche nel nostro sistema. E si tratta di ragioni che non sono sterilizzate, per i motivi detti, dalla giurisprudenza *ex art. 36 Cost.*

Certamente, l'essere rimasta la nostra questione ai margini del dibattito per diverse opposizioni (a partire da quella delle OO.SS.) ha fatto sì che non si sia mai entrati seriamente nel merito dei problemi di tecnica e politica legislativa che pone una legislazione sui minimi.

Il ddl S 1428, di iniziativa governativa, presentato al Senato il 3 aprile 2014¹⁷, si trova da questo punto di vista un po' sguarnito. La delega ipotizzata è molto ampia e, per certi aspetti, generica, soprattutto per quanto concerne le modalità di coinvolgimento delle OO.SS.; un profilo che costituisce un tratto tipico di tutte le legislazioni sui minimi e che presenta aspetti di particolare delicatezza, proprio per vincere le diffidenze, se non l'opposizione, delle associazioni sindacali.

Il disegno di legge-delega originariamente concerneva solo i rapporti di lavoro subordinato¹⁸ nella prospettiva complessiva, che permeava l'art. 4 del medesimo, di limitarsi a rivedere gli equilibri interni al lavoro subordinato. L'emendamento presentato dal Governo, ed approvato dal Senato in data 8 ottobre 2014, ricomprende nel campo di applicazione della norma i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

A questo proposito, va ricordato che la l. n. 92/2012, come già anticipato, ha previsto esplicitamente che la misura del compenso non può essere inferiore ai minimi previsti dai contratti collettivi specifici stipulati dai sindacati

¹⁵ Secondo la letteratura sociologica si definiscono lavoratori vulnerabili i lavoratori più facilmente esposti a condizioni di lavoro sfavorevoli tanto per motivi soggettivi, quali il sesso, la nazionalità, l'età o la disabilità, quanto per ragioni oggettive, quali la tipologia contrattuale non standard o le basse competenze professionali possedute.

¹⁶ Nel 2011 i lavoratori irregolari sono stati stimati dall'Istat nell'ordine del 12% delle unità di lavoro complessive.

¹⁷ Cfr. art. 4, lett. c, ddl S 1428.

¹⁸ In alcuni dei progetti di legge presentati in passato il campo di applicazione del salario minimo legale non coincideva con il lavoro subordinato: cfr. ddl 5 febbraio 2010, n. 2000, primo firmatario Senatore Nerozzi, in cui il compenso minimo risultava applicabile a tutti i rapporti aventi per oggetto una prestazione lavorativa, inclusi quelli a contenuto formativo; analogamente, secondo il ddl 11 novembre 2009, n. 1873, d'iniziativa dei Senatori Ichino e altri, il compenso orario minimo risultava applicabile a tutti i rapporti aventi ad oggetto una attività lavorativa con esclusione dei contratti formativi.

comparativamente più rappresentativi; mentre, in assenza di contratti collettivi specifici, il compenso verrà ricavato, a parità di estensione temporale del lavoro, dalle «retribuzioni minime previste dai contratti collettivi nazionali di categoria applicati nel settore di riferimento» in cui compaiano figure professionali analoghe «per competenza ed esperienza» a quelle del collaboratore a progetto. Si tratta di una vera e propria previsione di salario minimo che, in caso di approvazione del testo del disegno di legge, dovrà essere coordinata con la normativa generale.

Nel testo approvato dal Senato, accanto all'estensione ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, compare pure la precisazione che l'istituto si applicherà «nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Così come è formulato, il testo può essere inteso nel senso che il minimo legale non scatta se un contratto collettivo vi sia, a prescindere dalla sua applicabilità nel caso concreto¹⁹. Va da sé che, se fosse questo il significato da attribuire alla previsione, si svilirebbe, e di molto, la legislazione sui minimi. E probabilmente si perpetuerebbe la “originalità” italiana, consistente nell'affidare alla giurisprudenza il compito di fissare in concreto i minimi.

3. I profili problematici

Essendosi al momento attuale ancora in una fase di trasformazione, conviene non soffermarsi oltre sulla contingenza, ma cercare di descrivere più in generale gli aspetti giuridici di una legislazione sui minimi nel nostro ordinamento.

A questo proposito, è interessante sottolineare – a conferma di quanto sia sguarnito il ddl S 1428 – che, per ricostruire lo stato dell'arte, dobbiamo ritornare ad un dibattito addirittura degli anni Sessanta, a cavallo della c.d. legge Vigorelli (l. 14 giugno 1959, n. 741), affossata dalla Corte costituzionale²⁰, e della ipotesi di legislazione sui minimi salariali formulata in quegli anni in ambienti intellettuali vicini alla Cisl²¹. Di questo dibattito conviene dunque dare conto.

¹⁹ È stata al contrario avanzata la proposta di rendere applicabile il salario minimo nei casi di non applicabilità del contratto collettivo: cfr. A. BELLAVISTA, *Il salario minimo legale*, in *DRI*, 2014, n. 3, 749.

²⁰ C. cost. 15 novembre 1962, n. 106.

²¹ Cfr. M. GRANDI, *Prospettive in Italia per una legislazione sui minimi*, in *PS*, 1962, 102 ss.

3.1. Il salario minimo legale tra art. 36 e art. 39 Cost.

Il tema del salario minimo legale incontra naturalmente quello della sua eventuale incidenza sul ruolo della contrattazione collettiva.

A questo proposito, al fine di dissipare equivoci, il primo punto da sottolineare è che, nonostante il riconoscimento costituzionale dell'autonomia collettiva contenuto nell'art. 39 Cost., si esclude l'esistenza di una riserva di competenza normativa della contrattazione per quanto riguarda le condizioni di lavoro ed in particolare le tariffe retributive: come autorevolmente sottolineato dallo stesso giudice delle leggi, postulare l'esistenza di una riserva di competenza a favore dei sindacati contrasterebbe con gli artt. 3, 35, 36 e 37 Cost., «i quali – al fine di tutelare la dignità personale del lavoratore e il lavoro in qualsiasi forma e da chiunque prestato e di garantire al lavoratore una retribuzione sufficiente ad assicurare una vita libera e dignitosa – non soltanto consentono, ma insieme impongono al legislatore di emanare norme che, direttamente o mediatamente, incidono nel campo dei rapporti di lavoro»²².

Se, dunque, non vi sono preclusioni in relazione all'art. 39 Cost., emergono tuttavia certamente profili di opportunità. Ed infatti, come il legislatore debba intervenire – senza invadere o mortificare il ruolo della autonomia collettiva – è oggetto di discussione.

Prevale nettamente la tesi che sia preferibile, sulla scorta della maggior parte delle esperienze straniere, la previsione di un salario minimo intercategoriale – sia pure allineato su categorie marginali per non scavalcare la contrattazione – che potrebbe far fronte alle forme più gravi di sotto-tutela salariale²³. Chi se ne è occupato nel passato ha ritenuto che un salario minimo differenziato per categorie produttive aumenterebbe il rischio di interferenza diretta con le dinamiche contrattuali. Ed addirittura che un salario minimo interprofessionale sarebbe più congruente col quadro costituzionale quale emergente sia dall'art. 36 sia dall'art. 39 Cost.

La norma minima legale conserverebbe la sua funzione di tutela per i lavoratori dei settori privi di contratto collettivo e, più in generale,

²² C. cost. n. 106/1962, cit.

²³ Cfr. T. TREU, *Art. 36*, cit., 97; precedentemente, M. GRANDI, *op. cit.*, 111; G.C. PERONE, *Su un'eventuale disciplina legale dei minimi retributivi*, in *Dir Lav.*, 1971, nov-dic, I, 8. Più recentemente, cfr. L. ZOPPOLI, *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, I, Jovene, 1994, 93 ss.

continuerebbe ad offrire una base d'appoggio alla contrattazione (quand'anche fosse ad efficacia generale)²⁴.

Il salario minimo nazionale ed intercategoriale adempirebbe, secondo questa veduta, al precetto della retribuzione sufficiente, mentre poi dovrebbero i contratti collettivi tradurre il criterio della proporzionalità, non solo rispetto alla quantità, ma anche alla qualità del lavoro. Secondo questa impostazione, in tal modo, sarebbe salvaguardato, non solo il ruolo della contrattazione collettiva, ma persino quello della storica giurisprudenza *ex art. 36 Cost.*, che manterrebbe il compito di perequare il trattamento retributivo ai livelli contrattuali standard²⁵.

Questo è un punto molto delicato per comprendere quali effetti possano scaturire dall'eventuale introduzione di un salario minimo legale; soprattutto se è vero che una delle ragioni della sua introduzione è il ripudio del soggettivismo giudiziario nell'applicazione dell'art. 36 Cost. Se si può sostenere – come appunto è stato sostenuto – la possibilità di far coesistere, con una determinazione legale del salario, ed eventualmente anche contrattuale, un ulteriore intervento del giudice, è perché l'art. 36 Cost. presenta un carattere ambiguo ed enigmatico. Esso non sembra molto ospitale per una legislazione sui minimi salariali quale quella divisata dalla convenzione ILO sui bassi salari²⁶ e praticata negli altri Paesi europei e non europei. Come si è già avuto modo di evidenziare²⁷, pare soprattutto ingombrante il criterio della proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro prestato, che non compare nei testi costituzionali degli ordinamenti dotati di minimi legali. Tuttavia, soprattutto se si tiene conto del contenuto contingente e storicamente mutevole dei due criteri posti dall'art. 36 Cost.²⁸, potrebbe anche sostenersi la tesi opposta. A fronte della fissazione di un salario minimo legale, la giurisprudenza sull'art. 36 Cost. dovrebbe essere completamente ripensata anche nei suoi presupposti: dopo tutto, questa giurisprudenza è innanzitutto strumento suppletivo della mancanza in Italia di una legislazione sui minimi. Ed è ben possibile ritenere che, mentre la proporzionalità alla

²⁴ Cfr. M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, cit., 270.

²⁵ Cfr. T. TREU, *Art. 36*, cit., 100.

²⁶ Cfr. convenzione ILO n. 131/1970.

²⁷ Cfr. M. MAGNANI, *op. cit.*, 781.

²⁸ Dimostrato dalle diverse letture dottrinali della norma costituzionale e della relativa giurisprudenza applicativa, che, secondo alcuni, avrebbe privilegiato il criterio della proporzionalità (G. ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, Cacucci, 1997, 16 ss.), secondo altri, il criterio della sufficienza (P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, Giuffrè, 2003, 150 ss.). In verità, pare corretta la conclusione per la quale i giudici hanno fatto un uso sostanzialmente indistinto dei due criteri di proporzionalità e sufficienza (L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 127).

quantità del lavoro si possa ottenere attraverso la fissazione di un saggio minimo orario, come avviene ovunque, la proporzionalità alla qualità del lavoro sia lasciata alle determinazioni contrattuali collettive, ovvero, in ipotesi, là dove il contratto collettivo non sia vincolante, a quelle individuali.

3.2. Livello e articolazioni del minimo legale

Resta comunque da definire il livello al quale collocarsi. Nei Paesi europei esso oscilla tra il 50-60% dei salari medi contrattuali²⁹. Ed è questa una scelta che riduce molto le interferenze con i salari contrattuali.

Resta altresì da definire se è possibile istituire, come prospettato da taluno³⁰, uno standard retributivo minimo orario differenziato per Regioni o macro-Regioni. Invero, la differenziazione territoriale dei salari, vuoi ad opera della contrattazione collettiva³¹, vuoi ad opera dello stesso legislatore, non è preclusa dall'art. 36 Cost.

Non può sottacersi, tuttavia, che una scelta di questo tipo rappresenterebbe un *unicum* nel panorama comparato, almeno a livello europeo: a quanto consta, gli ordinamenti che conoscono una legislazione sui minimi non prevedono soglie retributive diversificate per aree geografiche. In effetti, appare connaturata con l'idea stessa di minimo legale – in funzione di contrasto alle basse retribuzioni, come si esprime l'ILO³² – il carattere universalistico del medesimo.

Si aggiunga che, non solo le valutazioni di merito circa la loro incidenza sull'economia delle imprese e dei settori interessati nonché sulla relativa occupazione sono contrastanti, ma la legislazione sui minimi si arricchirebbe di ulteriori difficoltà tecniche: quelle di individuazione delle zone (ed eventualmente delle dimensioni delle imprese).

²⁹ Cfr. T. TREU, *Contratto di lavoro e corrispettività*, cit., 1367. Per una comparazione dei livelli di salario minimo nei Paesi europei e, in generale, dei criteri utilizzabili nella loro fissazione, cfr. S. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *LD*, 2014, n. 1, 185 ss.

³⁰ Cfr. P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *RIDL*, 2010, n. 4, I, 744.

³¹ Cfr. F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, n. 78, 232.

³² Cfr. convenzione ILO n. 26/1928, ratificata dall'Italia con la l. 26 aprile 1930, n. 877.

3.3. Le differenziazioni per categorie di lavoratori

Un ulteriore profilo da indagare è se sia possibile escludere alcune categorie di lavoratori dall'applicazione del salario minimo legale ovvero se possano essere previsti saggi di salario variabili in relazione ad alcuni elementi, ad esempio l'età.

L'esperienza dei principali Paesi europei è nel segno dell'esclusione ovvero della diversificazione del trattamento per determinate categorie di lavoratori, in qualche modo correlate all'età. Nel Regno Unito sono previste direttamente soglie minime differenziate in base all'età del lavoratore (3,79 sterline dai 16 ai 18 anni; 5,13 sterline dai 18 ai 21; 6,50 sterline a partire dal 21° anno di età; per gli apprendisti 2,73 sterline). In Germania sono state escluse dall'ambito di applicazione della nuova legge alcune categorie di lavoratori tra i quali i giovani fino a 18 anni, gli apprendisti, nonché i disoccupati da più di un anno limitatamente ai primi 6 mesi dall'assunzione. In Francia beneficiano del salario minimo legale pressoché tutti i lavoratori, anche se il suo ammontare è inferiore per talune categorie. Innanzitutto per i minori, per i quali è prevista una diminuzione pari al 10% se di età compresa fra i 17 e i 18 anni e del 20% se di età inferiore ai 17 anni. In secondo luogo per quanto riguarda i lavoratori impiegati con contratto d'apprendistato e con *contrat de professionalisation*³³. In tali casi, il salario minimo legale è diminuito in funzione, non solo dell'età del lavoratore, ma anche della durata del contratto.

Ci si può domandare se, in relazione al nostro ordinamento, ci possano essere controindicazioni nell'escludere ovvero nel graduare l'entità del trattamento per determinate categorie. Se in generale problematica è la totale esclusione, per un rapporto di lavoro subordinato, dal campo di applicazione di una ipotetica normativa sul salario minimo, che deve essere giustificata alla luce del principio di uguaglianza, altrettanto, se non più problematica, stando alla giurisprudenza sull'art. 37 Cost.³⁴, è l'esclusione dal (ovvero la graduazione

³³ Il contratto di professionalizzazione (art. L6325-1 del *Code du Travail*) è un contratto che serve ad acquisire una qualifica professionale o per completare la propria formazione. Può essere stipulato non solo con i giovani da 16 a 25 anni, ma anche con disoccupati ultraventicinquenni. Esso è, sì, un contratto a contenuti formativi, in quanto tende all'acquisizione di una qualifica, ma il contenuto formativo è ridotto rispetto all'apprendistato e gli insegnamenti sono molto più pratici e generali.

³⁴ La giurisprudenza di legittimità ha più volte sottolineato come il solo fattore dell'età, sganciato da situazioni oggettive, non possa essere sufficiente a differenziare il trattamento: cfr., relativamente agli scatti di anzianità, Cass. 2 settembre 1995, n. 9287; relativamente alle clausole dei contratti collettivi disciplinanti un "salario di ingresso" per i neo-assunti, ritenute legittime solo in quanto ricollegavano la differenziazione retributiva non già all'età dei

del) salario minimo legale in relazione all'età, al di fuori di contratti di lavoro *lato sensu* formativi.

3.4. Le modalità di adeguamento

L'incidenza dei salari minimi legale dipende, non solo dal livello della loro fissazione, ma anche del loro periodico aggiornamento. A questo proposito, troviamo modelli differenziati nei diversi sistemi europei. Nell'ordinamento francese, ad esempio, accanto ad un meccanismo di automatica indicizzazione della soglia³⁵, un ulteriore adeguamento del minimo può essere discrezionalmente deciso dal Governo, previa consultazione e parere motivato della Commission national de la négociation collective. Diversamente, nel Regno Unito non è prevista un'automatica indicizzazione del montante salariale, il quale potrà subire un adeguamento solo per volontà del Segretario di Stato, sebbene in collegamento con la Low Pay Commission, deputata anche a dare indicazioni sull'opportunità di effettuare o meno l'aumento del minimo. Neppure in Germania l'adeguamento è automatico ma sarà compito della neonata Mindestlohnkommission decidere con cadenza periodica (ogni 2 anni) gli adattamenti dell'importo oggi fissato in 8,50 euro; peraltro, come nel Regno Unito, l'ultima parola spetterà al Governo.

Nel nostro sistema, la scelta se prevedere meccanismi di adeguamento automatico oppure lasciare tale valutazione alla discrezionalità regolamentare, non è in alcun modo vincolata; resta ferma tuttavia l'opportunità di svincolare l'adeguamento da automatismi, al fine di tenere conto dell'andamento delle retribuzioni, dell'evoluzione del mercato del lavoro e, soprattutto nella fase di prima applicazione, degli effetti dell'introduzione del salario minimo.

3.5. Le modalità di coinvolgimento delle parti sociali

Ancora, si tratta di definire le modalità di coinvolgimento delle parti sociali. Questo è un elemento costante delle legislazioni sui salari minimi dei Paesi

dipendenti bensì al diverso livello di professionalità acquisita, cfr. Cass. 1° agosto 2007, n. 16956. In dottrina, cfr. T. TREU, *Art. 37*, in *Commentario della Costituzione. Art. 35-40. Rapporti economici*, cit., 118 ss.

³⁵ L'adeguamento automatico scatta dal primo giorno del mese successivo a quello in cui si registri un aumento di almeno 2 punti percentuali dell'indice dei prezzi al consumo (art. L3231-5 del *Code du Travail*).

europei. Le associazioni sindacali concorrono variamente all'iter procedimentale della loro definizione in relazione alla tradizione e al contesto di relazioni industriali.

Ancora una volta è interessante il modello tedesco. In Germania, un ruolo significativo nell'attuazione della nuova legge sul salario minimo è attribuito alla *Mindestlohnkommission*. Essa, designata per 5 anni, consiste di tre membri designati dai sindacati dei lavoratori, tre membri designati dai sindacati dei datori di lavoro e da un Presidente. Il Presidente è designato su proposta congiunta delle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro. Se non vi è una proposta congiunta, il Governo federale designa due persone, una proposta dalla Confederazione dei sindacati e una proposta dalla Confederazione delle associazioni dei datori di lavoro. Nel loro operato, i membri della Commissione – che decidono a maggioranza – devono tenere conto dei risultati della contrattazione collettiva nell'anno di riferimento. In aggiunta ai membri ordinari, il Governo federale designa due persone provenienti dal mondo accademico di cui una proposta dalla confederazione dei sindacati e un'altra proposta dalla confederazione delle associazioni datoriali. Questi membri accademici devono essere indipendenti e hanno solo una funzione consultiva; vale a dire, non hanno diritto di voto.

Sulla base della proposta della Commissione il Governo federale fissa l'ammontare del salario minimo con un decreto e, quanto all'ammontare del salario minimo, la proposta della Commissione è vincolante. Come si è anticipato, la Commissione, per la prima volta entro il 30 giugno 2016 e successivamente con cadenza biennale, dovrà decidere, nell'ambito di una «valutazione ponderata», l'importo del salario minimo che sia «adatto a contribuire alla protezione minima delle lavoratrici e dei lavoratori» e che, allo stesso tempo, consenta condizioni di concorrenza leale, senza ripercussioni negative per l'occupazione³⁶.

In Italia abbiamo avuto un esempio dell'operare di queste istituzioni con la Commissione per la valutazione dell'equo compenso nel lavoro giornalistico competente a definire l'importo della remunerazione dei giornalisti non titolari di rapporto di lavoro subordinato con quotidiani e con periodici, anche telematici, con agenzie di stampa. In aggiunta a rappresentanti dei Ministeri del lavoro e dello sviluppo economico, essa annovera al suo interno rappresentanti delle parti sociali oltre che un rappresentante del Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti e un rappresentante dell'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani.

³⁶ Cfr. l'art. 9 del *Mindestlohngesetz* dell'11 agosto 2014.

Fatte le dovute proporzioni, trattandosi di una definizione settoriale del salario minimo, e per lavoratori non subordinati, l'esperienza potrebbe darci qualche insegnamento³⁷.

3.6. La necessità della sperimentazione

Resta da trattare dell'opportunità di introdurre le procedure di valutazione scientifica. Procedure di valutazione sono state previste nella legge tedesca dell'11 agosto 2014 a seguito delle insistenze della comunità scientifica. Il disegno di legge originario del Ministero del lavoro tedesco, del marzo 2014, non prevedeva alcuna clausola di valutazione, che anzi veniva esplicitamente esclusa con la motivazione che gli effetti del salario minimo sarebbero stati comunque positivi per il mercato del lavoro. A seguito, come si è detto, delle insistenze della comunità scientifica, ora la legge prevede che essa sarà sottoposta a valutazione a partire dal 2020³⁸. Sebbene non si tratti di una sperimentazione in senso proprio³⁹, si può trarre insegnamento dal caso tedesco.

Analisi causali dell'efficacia dei provvedimenti adottati dovrebbero ormai fare parte delle *best practices* allorché si legifera in campo economico-sociale. Una maggiore cultura della sperimentazione e della valutazione degli effetti delle politiche del lavoro potrebbe giovare al superamento degli stalli regolativi che troppo spesso ci affliggono.

³⁷ Esperienza peraltro conflittuale come dimostra il ricorso presentato al TAR dall'Ordine dei giornalisti adducendo, tra l'altro, la violazione da parte della Commissione dell'art. 36 Cost.

³⁸ Anche se qualcuno ha osservato che bisognerebbe iniziare subito: cfr. A. SPERMANN, [Salario minimo in cerca di valutazione](#), in [Lavoce.info](#), 10 giugno 2014.

³⁹ Cfr. M. MAGNANI, *Sperimentazione in materia di lavoro e sistema delle fonti: eguaglianza vs. autonomia*, in *RIDL*, 2011, n. 3, I, 429 ss.

Tecniche e politiche del lavoro del Governo Renzi

di Mariella Magnani

1. Tra decreto-legge e legge-delega: il puzzle della riforma del lavoro del Governo Renzi

Qualcosa di significativo sta avvenendo nella nostra materia, rispetto al quale la dottrina è in un certo senso emarginata. Lo è stata rispetto al c.d. decreto Poletti; lo è in una certa misura anche adesso rispetto al ddl S 1428 (oggi C 2660), a causa dell'indeterminatezza dei suoi contenuti. Un'indeterminatezza che ha spinto i (pochi) colleghi che si sono espressi in merito a limitarsi ad affermare che bisogna sospendere il giudizio, in attesa del contenuto dei decreti delegati. Ma non dovrebbe limitarsi a questo una dottrina che voglia, secondo le migliori esperienze anche straniere, se non ispirare le riforme, quanto meno cercare di condizionarne gli esiti.

A questo proposito bisogna però intendersi: possiamo anche criticare, vista la delicatezza delle questioni, l'uso della legislazione delegata. Tuttavia esso non è tipico della nostra materia: l'uso accresciuto di questa forma di legiferazione è da mettere in relazione con l'evoluzione della forma di governo nella direzione della prevalenza dell'Esecutivo nei rapporti con il Parlamento. Inoltre, la prassi legislativa – di rado censurata dalla Corte costituzionale – è nel senso di tendere a delineare in modo piuttosto indeterminato principi e criteri direttivi, specie nell'ambito delle deleghe disposte in funzione di “riordino”, “coordinamento”, “armonizzazione”, “semplificazione”, “riassetto”, “codificazione”. Ed addirittura nella giurisprudenza costituzionale sull'eccesso di delega si osserva che l'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un ordinario sviluppo o, se del caso, un

completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante. Come dire che gli spazi per una censura in relazione alla genericità della delega sono limitati. Nel sistema c'è piuttosto uno spostamento del vincolo dai principi e criteri direttivi ad un altro vincolo, il vincolo procedurale: in particolare l'acquisizione del parere delle Commissioni parlamentari e la non conformità al parere potrebbe costituire uno dei parametri ai fini del sindacato sull'eccesso di delega.

2. Un'ulteriore tessera del puzzle: la legge di stabilità

Restando sempre nel campo della tecnica legislativa del Governo Renzi, è da sottolineare che abbiamo in gestazione la legge di stabilità per il 2015 che, a dispetto dell'indeterminatezza dei contenuti del *Jobs Act*, già delinea un parallelo programma di riforma – e, detto per inciso, la mia impressione è che la vera riforma verrà proprio da quella –, con lo stanziamento delle risorse per finanziare abbattimenti selettivi del costo del lavoro a favore del contratto a tempo indeterminato, per favorire politiche più *family friendly* e così via. Pensiamo a cosa implica – anche a seconda di come viene costruito – lo sgravio contributivo di 36 mesi per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato, l'eliminazione dall'IRAP della componente del costo del lavoro limitatamente ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato, il TFR in busta paga, il bonus degli 80 euro per i nuovi nati, che può incidere sui tipi di politica *family friendly* e anche sul tema della conciliazione tempi di vita/tempi di lavoro. Per altro verso, e nello stesso tempo, nella legge di stabilità si prevede il blocco della contrattazione collettiva del pubblico impiego fino al 31 dicembre 2015 e degli automatismi stipendiali per il personale non contrattualizzato: sostanzialmente un tentativo di liberare risorse per il settore privato e contenere la spesa per il settore pubblico.

3. Il *Jobs Act* tra temi assestati e temi controversi

Detto questo sulla tecnica legislativa peculiare del Governo Renzi – decreto-legge c.d. Poletti, disegno di legge di stabilità, disegno di legge-delega c.d. *Jobs Act* –, mi intratterrò soprattutto sul disegno di legge-delega ex AS 1428, oggi AC 2660. È chiaro che non vi si può accostare, soprattutto dopo quanto detto, con la tecnica del commento puntuale. Mi limiterò, pertanto, ad

individuare quali sono i grandi temi ed esprimere la mia opinione sui grandi temi controversi.

Non certo controversi sono i temi della universalizzazione delle tutele in caso di disoccupazione e della razionalizzazione della normativa sulla CIG, nonché del riordino della normativa sui servizi per l'impiego, che si trovano in una situazione vergognosa. A questo proposito non c'è molto da dibattere, essendo vent'anni o più che su questo si dibatte, così come sul necessario collegamento tra gli strumenti di politica attiva e di politica "passiva" del lavoro. Ricordo che già negli anni Settanta si discuteva di attribuire ad un solo soggetto la competenza dei servizi per l'impiego e dell'erogazione delle prestazioni di disoccupazione e perfino di CIG. E quel soggetto era nel caso la Regione, su cui si nutrivano allora grandi speranze.

4. Codice del lavoro, semplificazione delle tipologie contrattuali e contratto a tutele crescenti

Tra i temi controversi vi è sicuramente quello del c.d. Codice del lavoro: in realtà nel disegno di legge-delega sembra non esservi il tema del Codice semplificato del lavoro nella versione Ichino, che conosciamo. Il disegno di legge fa riferimento ad uno o più decreti legislativi, di cui uno recante «un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro».

Naturalmente per quanto riguarda il "tema codice" vi è innanzitutto un problema di contenuti. Tuttavia, l'esigenza di semplificazione e razionalizzazione, che traccina dalla complessità/inconoscibilità delle norme che compongono il diritto del lavoro, è innegabile. Ma, probabilmente, sotto questo profilo, più che pensare ad un codice, bisognerebbe pensare a testi unici nell'ottica di eliminare gli aspetti più macroscopici dell'inconoscibilità del diritto.

L'altro tema centrale e controverso è come rendere più appetibile il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato – che, badiamo bene, interessa anche i datori di lavoro e non solo i lavoratori – rispetto al rapporto di lavoro a tempo determinato, rendendolo, non solo più conveniente dal punto di vista economico, ma anche più flessibile. Il disegno di legge-delega reca l'indicazione della «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio», già peraltro preannunciato nel c.d. decreto Poletti.

Esso è effettivamente declinabile in due modi: come lungo periodo di prova, ovvero come rimodulazione della disciplina del licenziamento che superi quanto rimane della reintegrazione per ancorarsi ad una sanzione indennitaria in relazione all'anzianità di servizio. Per i motivi che ho detto prima, circa i modi in cui vengono intesi i principi e i criteri direttivi della legge-delega, entrambe le possibilità sembrano aperte. Oltre che, forse, interessare l'art. 18 Stat. lav., la flessibilità si tradurrebbe in una revisione della disciplina del mutamento di mansioni (art. 13 Stat. lav.) – invero tecnicamente problematica e forse perfino superflua alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali – e della certo obsoleta, ma sostanzialmente inapplicata, disciplina dei controlli a distanza (art. 4 Stat. lav.).

Il Governo ed il Parlamento sembrano dimenticare che esiste una norma, l'art. 8 della l. n. 148/2011, congelata, ma che ha potenzialità dirompenti sulle vere o presunte esigenze di riforma.

5. Il salario minimo e l'incerta sorte dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa

Infine, l'ultimo tema controverso, ma di cui si parla poco, concerne l'introduzione, anche in via sperimentale, del salario minimo orario. Nel corso di un seminario che si è svolto all'AreI si è discusso dell'ipotesi ed è emersa la grande diffidenza verso questo istituto che, si dice, assesterebbe un colpo non indifferente al già traballante edificio della contrattazione collettiva nazionale. L'esistenza del problema del rapporto tra l'introduzione del salario minimo legale e il ruolo della contrattazione collettiva è indubbia. Tuttavia, vi è una serie di buone ragioni a sostegno dell'eliminazione di quel che appare una vera e propria originalità nostrana (se è vero che nell'agosto di quest'anno anche la Germania si è dotata di un salario minimo legale e che, su 28 Paesi che compongono l'Unione europea, 22 ne sono dotati).

Tendenza al decentramento della contrattazione, minore copertura della contrattazione collettiva nazionale, diffusione dei lavoratori vulnerabili, ivi compresi i lavoratori irregolari, sono tutte ragioni che militano a favore dell'introduzione del salario minimo legale. E si tratta di ragioni che non sono sterilizzate, per motivi intuibili e che in questa sede non vi è il tempo di analizzare, dalla giurisprudenza *ex art. 36 Cost.* Su questo tema il silenzio è assordante: eppure la norma del disegno di legge-delega è molto grezza. Il salario minimo legale scatta solo nei «settori non regolati» da contratti collettivi, di qualsiasi livello, stipulati dalle OO.SS. comparativamente più

rappresentative sul piano nazionale. Quali sono i settori non regolati? E, soprattutto, basta che il settore sia regolato per escludere l'operatività del saggio minimo legale, anche se in ipotesi il contratto collettivo non sia applicabile nel caso concreto? Se così fosse, probabilmente continuerebbe a trovare spazio l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost., con quella carica di soggettivismo giudiziale che l'istituto vorrebbe superare.

Col maxi-emendamento presentato dal Governo, si è previsto di estendere il salario minimo ai collaboratori continuati e continuativi. Si dimentica che una determinazione legale del salario vi è per i collaboratori a progetto. Ma forse questo è un segno della volontà di “abolire” la figura.

Per concludere, ci sarebbero tanti punti da discutere, a voler prendere sul serio l'istituto. Ma forse c'è da aspettarsi che la previsione – per mille opposizioni preconcrete – non venga presa sul serio e finisca per essere lasciata cadere. Eppure è una delle poche cose (buone) che ci potrebbe avvicinare all'Europa.

Il licenziamento ingiustificato: dalla reintegrazione alle tutele economiche crescenti

di Arturo Maresca

Con l'approvazione della legge-delega di riforma del lavoro (l. 10 dicembre 2014, n. 183), l'attenzione si sposta sui decreti delegati e, in particolare, sul primo di essi che riguarderà le tutele economiche crescenti applicabili nel caso di licenziamento ingiustificato dei lavoratori assunti dalla data di entrata in vigore del decreto. Tutele sostitutive rispetto a quelle previste dall'art 18, St. lav. che, invece, continuerà ad operare per tutti i dipendenti già in servizio a tempo indeterminato alla stessa data, finché tale rapporto resterà in vita.

La legge-delega segna una netta discontinuità rispetto alle politiche del lavoro dell'ultimo decennio che hanno indotto le imprese ad utilizzare le variegate tipologie di rapporti temporanei (autonomi, parasubordinati o subordinati) per fruire delle flessibilità e dei minori costi di cui queste tipologie contrattuali sono dotate; flessibilità e minori costi che, invece, non hanno fino ad oggi trovato ingresso nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (CTI).

Una politica legislativa che si fondava su una sorta di scambio finalizzato a sottrarre il CTI dagli interventi di flessibilizzazione del lavoro che, infatti, non toccavano né la gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti a tempo indeterminato, cioè le mansioni, gli orari e le retribuzioni (la c.d. *flessibilità funzionale*) né, tanto meno, quella *in uscita* irrigidita dalla regolamentazione del licenziamento (individuale e collettivo) affidata ad un'ampia (ed imprevedibile) discrezionalità della giurisprudenza.

Quindi la flessibilità del lavoro riguardava solo quella *in entrata*, con la conseguenza che il peso di essa veniva scaricato sui giovani per i quali

l'accesso al lavoro si realizzava attraverso rapporti temporanei, flessibili e meno costosi nei quali, spesso, i giovani rimangono intrappolati per lunghi periodi.

L'assolutizzazione della flessibilità *in entrata* per bilanciare l'assenza di flessibilità gestionale ed in uscita, ha costituito la soluzione tenacemente perseguita dal legislatore fino alla legge Fornero ed offerta alle imprese per realizzare gli aggiustamenti di organico (qualitativi e quantitativi) affrancandosi dai vincoli legali in materia di licenziamento, in quanto i contratti di lavoro temporanei, ma anche alcuni di quelli a tempo indeterminato (ad esempio il lavoro intermittente, la somministrazione a tempo indeterminato), assorbivano ed incorporavano l'effetto estintivo proprio del licenziamento sul quale, invece, il legislatore non interveniva.

In definitiva volendo tracciare un bilancio, sia pure del tutto sommario, delle politiche del lavoro dell'ultimo decennio, si può dire che il mercato e la regolazione del lavoro venivano, sì, flessibilizzati, ma solo per i giovani che entravano nel mercato del lavoro (o per chi puntava al reinserimento essendone stato espulso) con un'elevata iniquità sociale, con una scarsa produttività del lavoro temporaneo sul quale le imprese non hanno alcun interesse ad effettuare investimenti formativi, con preoccupanti costi sociali derivanti dall'insicurezza del lavoro e dalla carenza di tutele per questi lavoratori (privi di ammortizzatori) e, infine, con un contenzioso giudiziario derivante dalle incerte condizioni di accesso al lavoro flessibile affidate a formule generali (il «progetto» o il «programma di lavoro» nelle collaborazioni coordinate, «le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» per il lavoro a termine e la somministrazione, la «natura meramente occasionale» per il lavoro accessorio, il «carattere discontinuo o intermittente» per il lavoro a chiamata) in balia delle oscillanti interpretazioni della giurisprudenza. Contenzioso che, spesso, rappresentava la strada scelta dal lavoratore per ottenere la stabilizzazione del rapporto di lavoro per sentenza del Tribunale.

In questa prospettiva appare significativo ed emblematico il richiamo a due interventi del legislatore riguardanti il CTI: il primo sull'orario di lavoro (d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66) ed il secondo sulla riservatezza dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

In questi due casi il legislatore avrebbe potuto cogliere l'occasione per dotare anche il CTI di alcune flessibilità funzionali, ma si guardò bene dal farlo.

Nel primo caso l'applicazione delle nuove regole venne sottoposta al filtro (*rectius*: alla facoltà di interdizione) della contrattazione collettiva pur nella consapevolezza, manifestata dallo stesso legislatore, che ciò avrebbe minato

l'effettività delle innovazioni in materia di orario. Consapevolezza evidenziata dall'art. 19, d.lgs. n. 66/2003, che stabiliva: «entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto il Ministero del lavoro [...] convoca le organizzazioni dei datori di lavoro e le organizzazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative al fine di verificare lo stato di attuazione del presente decreto nella contrattazione collettiva». Nulla di tutto ciò è stato mai fatto.

Ma ancor più emblematico è il caso relativo all'emanazione del Codice sulla protezione dei dati personali che all'art. 114, d.lgs. n. 196/2003, rubricato *Controllo a distanza*, dispone che «resta fermo quanto disposto dall'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300». Quindi, dopo oltre trent'anni dallo Statuto dei lavoratori ed in un contesto radicalmente diverso sul piano sia normativo sia delle trasformazioni tecnologiche, il legislatore del 2003 ritenne di confermare la normativa sui controlli a distanza prevista dall'art. 4 Stat. lav., con buona pace della conclamata obsolescenza della stessa.

Tutto ciò ha determinato la fuga delle imprese dal CTI e l'utilizzo dei rapporti di lavoro temporanei caratterizzati da minori costi e più flessibilità.

Per frenare la fuga delle imprese dal CTI riportandolo al centro del diritto del lavoro e sottraendolo alla marginalizzazione nella quale era stato confinato, la legge-delega intende dotare questa forma contrattuale delle flessibilità necessarie (e di una riduzione dei costi, come si dirà nel prosieguo) per renderla attrattiva con l'intento di invertire la tendenza delle imprese ad avvalersi di lavoratori precari (collaboratori a progetto, lavoratori con partita IVA, associati in partecipazione, stagisti, ecc.).

Un primo approccio alla disciplina delle tutele crescenti deve muovere da un confronto con l'art. 18 Stat. lav., così come modificato dalla legge Fornero, per registrarne continuità e discontinuità.

Infatti il primo interrogativo che si pone riguarda l'opportunità di un nuovo intervento sull'art. 18 Stat. lav. a così poca distanza di tempo da quello realizzato con la l. 28 giugno 2012, n. 92.

Un interrogativo al quale si può dare una risposta semplice: la modifica dell'art. 18 voluta dal legislatore del 2012 dimostra di non possedere l'efficacia necessaria a dare alle imprese quella sicurezza in ordine alle conseguenze del licenziamento ingiustificato che avrebbe dovuto concorrere ad invertire la tendenza delle stesse imprese alla fuga dal CTI.

Le incertezze applicative dell'art. 18 appaiono riconducibili, principalmente, a quattro ordini di ragioni:

- 1) l'assetto fortemente innovativo del regime sanzionatorio del licenziamento, con lo sdoppiamento, da una parte, delle condizioni che legittimano l'esercizio del recesso a fronte di una giusta causa o di un giustificato motivo e, dall'altra, dei presupposti identificativi del rimedio operante nel caso di licenziamento ingiustificato;
- 2) la duplicità concorrente di tali rimedi (reintegra/indennità) applicabili al licenziamento ingiustificato sia disciplinare che economico;
- 3) la complessa formulazione del testo normativo imputabile alle mediazioni politiche mosse dall'esigenza mediatica – con conseguenze destabilizzanti sul piano della tenuta delle norme nella fase di applicazione – di *innovare occultando l'innovazione nell'ambiguità*;
- 4) la forte resistenza opposta da una parte della giurisprudenza di merito ad accettare le scelte del legislatore e la tendenza a ricercare, invece, nel labirinto del nuovo testo dell'art. 18 la strada per riaccreditare la reintegrazione nel posto di lavoro come la sanzione *naturale* ed *obbligata* del licenziamento ingiustificato.

Il decreto sulle tutele crescenti dovrà affrontare i nodi attuali dell'art. 18 con un intervento articolato su tre principali linee direttrici:

- 1) la puntuale delimitazione dell'ambito in cui opererà il nuovo regime destinato ai soli lavoratori di nuova assunzione (sono tali i lavoratori assunti a termine il cui rapporto venga trasformato a tempo indeterminato? E gli apprendisti che proseguono il rapporto di lavoro oltre il periodo formativo);
- 2) l'auspicabile conferma dell'impianto concepito dalla legge Fornero per quanto riguarda i due piani relativi, da una parte, alle condizioni legittimanti il recesso e, dall'altra, ai presupposti per l'individuazione della sanzione applicabile;
- 3) il ridimensionamento del meccanismo che determina il concorso di rimedi (reintegra/indennità) esperibili nel caso di licenziamento ingiustificato che, secondo la legge-delega, viene del tutto superato per i licenziamenti economici (individuali e collettivi) per i quali la reintegra non è più prevista e, comunque, circoscritto per il licenziamento disciplinare. In questo caso, infatti, la reintegra sarà attivabile solo a fronte di fattispecie specifiche.

Con riferimento a quest'ultima prospettiva relativa al licenziamento disciplinare per superare le incertezze (o almeno quelle più diffuse) emerse dall'applicazione giurisprudenziale è assolutamente necessario un chiarimento relativo alla valutazione della proporzionalità della sanzione (nel caso in esame il licenziamento) rispetto alla sanzione commessa (art. 2106 c.c.). Valutazione che dovrebbe continuare ad operare per accertare l'ingiustificatezza del licenziamento, ma non anche per individuare la sanzione

ad esso applicabile (reintegrazione/indennità) che, invece, andrebbe circoscritta all'indagine in ordine alla sussistenza della condotta materialmente posta in essere dal lavoratore e che ha determinato il licenziamento.

Peraltro in questo stesso senso deve essere interpretato l'art. 18 nel testo oggi vigente, come ha chiarito la prima sentenza della Cassazione (6 novembre 2014, n. 23669) che si è pronunciata sul punto precisando «che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato», sul presupposto che «occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione».

C'è un'altra recente sentenza della Cassazione (4 settembre 2014, n. 18678) che in qualche modo sembra attirare l'attenzione del legislatore delegato, nella parte in cui riconduce al giustificato motivo oggettivo il licenziamento del lavoratore per scarso rendimento riscontrabile «in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultati dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione». In questo caso il legislatore delegato potrebbe ribadire il principio espresso dalla Cassazione, chiarendo che lo scarso rendimento *oggettivo* (cioè quello misurato in base a parametri, appunto, oggettivi e predeterminati che si distingue e differenzia da quello *soggettivo* imputabile a negligenza o imperizia del dipendente che, invece, dà luogo al licenziamento disciplinare) può essere valutato ai fini del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Con la non trascurabile conseguenza che, nel caso in cui tale licenziamento fosse ritenuto ingiustificato, la sanzione applicabile al datore di lavoro sarebbe quella dell'indennità onnicomprensiva (e non la reintegrazione nel posto di lavoro).

C'è un ulteriore punto da segnalare che, seppure non direttamente riferibile alle tutele crescenti applicabili al licenziamento, si palesa determinante nella strategia del legislatore finalizzata a promuovere il CTI: si tratta della previsione contenuta nella legge di stabilità per il 2015 relativa all'esenzione contributiva triennale ed alla riduzione dell'Irap per i lavoratori assunti a tempo indeterminato.

Anche con riferimento a questo aspetto l'intervento del legislatore del 2014 appare più coraggioso e deciso rispetto a quello operato dalla legge Fornero per sostenere l'obiettivo comune di rendere attrattivo il CTI. La legge Fornero,

infatti, puntava sull'apprendistato, senza essere però riuscita a sottrarre questa tipologia contrattuale dalle *secche* in cui era rimasta invischiata.

Concludendo, si può dire che dalla ricognizione fin qui effettuata delle convergenze e divergenze tra il nuovo regime delle tutele crescenti così come prefigurato nella legge-delega e quello dell'art. 18, emerge un quadro abbastanza chiaro che consente di affermare che le tutele crescenti costituiscono un'evoluzione ed uno svolgimento ulteriore del disegno perseguito dalla legge Fornero, anche se dotato di maggior efficacia, di minori incertezze e, complessivamente, di una rafforzata attitudine a promuovere il CTI attraverso la flessibilità in uscita.

Com'era già avvenuto con la legge Fornero, il regime delle tutele crescenti si dovrebbe innestare all'interno del CTI, senza dar luogo ad una duplicazione delle tipologie contrattuali derivanti dal *ceppo* comune del lavoro a tempo indeterminato. Una duplicazione che avrebbe costituito un'inutile superfetazione, in quanto il contratto di lavoro connotato dalle tutele crescenti si sarebbe aggiunto al CTI caratterizzato dall'applicazione dell'art. 18 nel testo oggi vigente. Con la possibilità in questo caso di scegliere tra l'una o l'altra tipologia contrattuale.

Il nuovo ed il vecchio diritto del lavoro

di Oronzo Mazzotta

1. Le riforme del lavoro

I tempi chiedono “riforme”, per semplificare gli adempimenti, per ridurre il costo del lavoro, il cuneo fiscale per rendere pieghevole il lavoro in entrata o in uscita. L’espressione “riforme” è salvifica, ma ovviamente vuota di significati se non si accompagna all’esplicitazione dei suoi contenuti.

Anche quella del “riformismo” è a sua volta un’ideologia che spesso scarica sulle generazioni successive il peso di mutamenti improvvidi del quadro legale. Potremmo facilmente enumerare i danni che derivano dall’*eccesso di riformismo* che ha caratterizzato l’ultimo quindicennio (non solo nel diritto del lavoro; basti pensare al processo civile ed a quello penale e/o al diritto commerciale e perché no all’Università e alla scuola).

Accanto alla febbre del riformismo si colloca l’esaltazione del metodo sperimentale. Si propongono e si attuano riforme nella consapevolezza che esse rappresentano emblematicamente solo uno dei possibili modi di affrontare i problemi, nella consapevolezza che il fallimento del tentativo debba comportare una revisione della “riforma”. Il che non avviene quasi mai; di qui il carattere ideologico anche dell’idea di legislazione sperimentale.

Di tutto questo siamo però condannati ad occuparci, pur fra mille difficoltà, sia per la necessità di riprogettare la distribuzione di risorse sempre più ridotte sia per ritrovare il filo di una risposta del diritto al mutamento del contesto socio-economico di riferimento.

Appunto: *risposta del diritto*, perché noi non ci occupiamo di lavoro in senso generico, ma di *diritto* del lavoro cioè delle regole. Siamo giuristi e dunque siamo condannati a parlare dell’insieme delle regole che hanno governato e governano (governeranno?) il lavoro, la sua offerta e la sua acquisizione.

Ora si può legittimamente e laicamente sostenere che “diritto del lavoro” sia un’espressione riassuntiva e convenzionale, così che tale insieme risulterebbe indifferente agli slittamenti della frontiera mobile fra capitale e lavoro.

Ma si può – con altrettanto fondamento – assumere che il diritto del lavoro sia un contesto organico, con un suo vocabolario ed una sua grammatica, che risponde – se risponde – ad una *visione storicamente data dell’umanesimo lavorativo*: sia cioè portatore di *valori intrinseci* e condivisi.

Quale che sia la posizione maggiormente attendibile è certo che all’attuale assetto della nostra disciplina si è giunti attraverso una serie di *stagioni*, caratterizzate da *progetti di riforma* che ne hanno scandito l’evoluzione.

Il grande romanzo del diritto del lavoro che ci piace riascoltare, un romanzo forgiato sul sudore e sulla fatica di uomini e donne, di grandi capitani d’industria, ma anche di lestofanti, di grandi aggregazioni di massa, ma anche di corporazioni, ha una narrazione fluida e scorrevole fino agli anni Settanta.

Si può parlarne per fasi regolative, che restituiscono altrettante immagini di lavoratori ed imprese, immagini che semplificano una realtà assai più frastagliata e complessa.

L’immagine che ci restituisce lo *stato liberale* è legata al *diritto di proprietà*: il lavoratore subordinato è proprietario delle sue energie, al pari degli imprenditori che collocano la loro merce liberamente sul mercato. Non è casuale – in questa logica – che quella che oggi definiamo “retribuzione”, con un’espressione che rinvia a contenuti anche sociali e non solo corrispettivi, fosse alle origini nient’altro che il prezzo della merce-lavoro, la cui determinazione era contenuta nel relativo calmiere: il *concordato di tariffa*, il progenitore cioè del nostro contratto collettivo.

Il tumultuoso movimento di emancipazione della classe lavoratrice sviluppatosi a cavallo fra otto e novecento modifica lentamente gli equilibri di potere in fabbrica. Le regole del lavoro che, nel frattempo, lo stato sta costruendo trovano un primo fondamentale momento di sintesi nel Codice civile del 1942. Il codice sposta l’asse regolativo dalla proprietà alla produzione ed accomuna simmetricamente i due protagonisti del conflitto industriale (datore e lavoratore), quali *elementi della produzione*.

Ad obiettivi più ampi di giustizia distributiva si applica invece la carta costituzionale, prendendo, in qualche misura, atto della circostanza che l’accentuazione posta sul modello dell’uomo produttore può penalizzare i lavoratori in altri ruoli sociali.

La Costituzione lascia però aperta la via dialogica nei rapporti fra i produttori, se è vero che accanto al diritto di sciopero valorizza altresì forme più

spiccatamente partecipative per il governo delle imprese (pensiamo all'art. 46 Cost.).

La legislazione degli anni Sessanta e dei primi Settanta si sviluppa però – complice una fase irripetibile di espansione economica – in tutt'altra direzione. Lo statuto dei lavoratori, che di quella legislazione costituisce il fulcro, esalta il ruolo del *produttore/antagonista*, elevando ai massimi livelli la protezione *dentro il contratto* e dentro l'impresa, con l'attribuzione al sindacato del ruolo di cerniera fra il dentro e il fuori.

Nello statuto la fabbrica è il luogo nel quale vanno riaffermati i diritti fondamentali del lavoratore e sviluppata la sua personalità, con la promozione dei nessi solidaristici fra gli individui, per il tramite della rappresentanza sindacale.

Eccoci al punto: qui la fluidità della narrazione si trasforma in vischiosità e lo sguardo sugli accadimenti perde nitidezza.

Cosa è cambiato?

Si può rispondere che cambia anzitutto il *modello di impresa*. È quasi inutile avvertire infatti che il concetto di *produttore* rinvia all'idea di *gerarchia* e che la dimensione gerarchica è caratteristica dei tradizionali modi di organizzazione della fabbrica che usiamo definire, per semplificazione, *fordista*. Sappiamo bene che tale modello si è rapidamente modificato nell'ultimo quarantennio fino ad attingere ad una dimensione assai più articolata e composita. All'interno di questa nuova realtà rilevano, in vario modo, i rapporti fra imprese che si allocano secondo tecniche assai diversificate: forme di integrazione/collegamento orizzontali o verticali; rapporti sequenziali di integrazione del ciclo produttivo, ecc.

D'altra parte la c.d. globalizzazione rende palese la maggiore dinamicità dei capitali – assai spesso di natura finanziaria – che hanno modo di spostarsi con una efficienza ed una rapidità sconosciuta ai lavoratori; di qui i fenomeni di delocalizzazione e di riduzione della protezione sociale su scala planetaria.

È dunque in questo scenario che si sono mosse le *riforme* giuslavoristiche, a partire dagli anni Ottanta, all'insegna di quella flessibilità, *bonne à tout faire*, che è stata declinata con tante variazioni sul tema in contrappunto al garantismo.

Quel che rileva è la graduale – ed ormai irreversibile – assunzione di una prospettiva che fa propria la centralità *delle esigenze datoriali* nel governo della relazione giuridica di lavoro.

In questo quadro una delle tecniche che ha avuto corso agli inizi del nuovo secolo è quella della *proliferazione dei modelli contrattuali che hanno ad oggetto il lavoro*, con aperture – sconosciute al recente passato – al ruolo della

volontà nella determinazione e dei profili soggettivi che di quelli oggettivi del rapporto. Pensiamo alla pre-costituzione su basi discrezionali del ramo d'azienda da conferire nel trasferimento o, soprattutto, agli spazi aperti allo *shopping* fra sottotipi contrattuali, che ha visto la sua punta più alta nel d.lgs. n. 276/2003.

In tal modo l'immagine o il modello di lavoratore dipendente *si riarticola in sotto-modelli*, ciascuno dotato di caratteri propri e destinatario di regolamentazioni differenziate.

È su questo territorio, già frantumato e composito, che è intervenuta la l. n. 183/2014, che si pone l'ambizioso obiettivo di ridisegnare, ed in modo ancor più radicale, il profilo del diritto del lavoro nel nuovo millennio.

L'*ubi consistam* della legge (e della conseguente discussione) ha a che fare con il modello di impresa al quale si vuole che si pieghino le regole di governo del lavoro: un'impresa che possa pianificare razionalmente i costi (diretti ed indiretti), che possa inserirsi in un mercato internazionale fortemente concorrenziale, che possa aumentare la *produttività*; il tutto senza che il diritto del lavoro rinneghi la propria storica funzione riequilibratrice delle disuguaglianze.

Nel cuore di questa discussione sta il contratto di lavoro subordinato, uno strumento inventato a cavallo fra otto e novecento, del quale non si riesce ad intravedere ancora un surrogato che soddisfi le medesime funzioni per le quali è nato ed ha proliferato per più di un secolo consentendo la crescita del capitalismo e l'emancipazione dei ceti subalterni.

2. Tipo contrattuale e tipologie

Dei tanti profili di analisi proposti dalla recente legge, mi soffermerò brevemente (in attesa del *clou* costituito dai decreti attuativi) solo su alcuni aspetti evocati nel comma 7 dell'art. 1 della delega, con particolare riguardo alle tipologie contrattuali.

Intanto dobbiamo prendere atto che l'approccio assunto dal legislatore è pragmatico e segna il tramonto, allo stato, di altre opzioni maturate a cavallo fra i due secoli.

Una opzione a lungo coltivata è stata quella di diversificare lo statuto del lavoro dipendente riarticolandolo la fattispecie fondamentale; ne costituisce un importante reperto (archeologico?) l'accento che si rinviene rispetto al lavoro del socio di cooperativa nella l. n. 142/2001, ove si allude ad "altre forme" di

possibile articolazione del lavoro, diverse dalla subordinazione, dall'autonomia e dalla para-subordinazione.

Viceversa la l. n. 183/2014 intende lasciare intatta la fattispecie fondamentale descritta dall'art. 2094 c.c., trascurando, allo stato, altre proposte dirette a costruire sottospecie di lavoro economicamente dipendente – anche se para-subordinato e/o autonomo (ad esempio le c.d. “partite IVA”) – cui estendere spezzoni di disciplina.

Il che consente di ritenere che resta invariata l'opzione secondo cui in presenza degli elementi caratteristici descritti dall'art. 2094 c.c. scattano le protezioni previste per il lavoro giuridicamente (e non economicamente) dipendente. In sostanza alla fattispecie definibile come lavoro subordinato continua a restare applicabile l'intero statuto del lavoro dipendente.

Ciò posto però resta la non irrilevante considerazione secondo cui il legislatore del 2014 può fare bellamente a meno di rivisitare lo schema fondamentale di riferimento per il semplice fatto che *quello schema viene nella sostanza svuotato dall'interno*, attraverso una ridefinizione – pesantemente favorevole all'impresa – del confine mobile fra capitale e lavoro.

È questo, non a caso, il senso dello schema giuridico più *à la page*, quello del c.d. “contratto a tutele crescenti”. Quest'ultimo sembrerebbe un meccanismo in cui, ferma la fattispecie fondamentale del lavoro subordinato, debba essere il *tempo* – piuttosto che la natura intrinseca – a scandire gli effetti dell'applicazione di determinate normative, con la conseguenza che, una volta che il lavoratore abbia raggiunto una determinata anzianità di servizio, al suo rapporto risulterà applicabile il diritto del lavoro ad oggi vigente.

L'apparenza però inganna, almeno a giudicare dallo schema di decreto attuativo circolato durante le feste natalizie. Si tratta invece di un contratto in cui le c.d. tutele non sono affatto crescenti, caratterizzandosi per un notevole abbassamento dei livelli di protezione del lavoro, a cominciare dalla cruciale regolamentazione della materia dei licenziamenti, che abbandona definitivamente il modello della sanzione reintegratoria, per optare per un semplice ristoro di carattere economico (questo sì, forse, crescente nel tempo).

In sostanza il primo decreto attuativo sembra già disegnare un profondo solco nel mercato del lavoro *a carattere generazionale*, con un diritto del lavoro maggiormente garantista, applicabile a chi è già in servizio, ed uno assai meno protettivo destinato ai nuovi assunti.

Un'altra idea che la l. n. 183/2014 sembra avere abbandonato è quella, già accarezzata dalla riforma poi sfociata nel d.lgs. n. 276/2003 (e più ancora dalla l. n. 183/2010), di *svincolare*, almeno in parte, il contratto di lavoro dal necessario rispetto del requisito dell'*inderogabilità*, consentendo alle parti la

costruzione di un regolamento su basi volontarie (magari con l'assistenza sindacale e/o burocratica). Nel diritto posto infatti sono ancora ristrette le aperture alla libertà di scelta individuale da parte del lavoratore, aperture pure preconizzate quasi venticinque anni fa da Massimo D'Antona.

Senonché il tabù della inderogabilità unilaterale è stato aggredito non tanto con i tentativi di proporre deroghe assistite alla volontà negoziale del lavoratore, che notoriamente non hanno scalfito la rigidità del contratto di lavoro, quanto con lo spostamento dell'asse regolativo dal centro – con il contratto nazionale – alla periferia, con il contratto “di prossimità” e/o aziendale. Il tutto con il relevantissimo corollario del potere di deroga all'intero universo del diritto del lavoro.

Ora, se pure allo stato l'art. 8 della l. n. 148/2011 non ha avuto lo sviluppo prefigurato dai suoi estensori, ciò non toglie che, a spingere l'acceleratore, si potrebbe giungere ad una strisciante de-tipizzazione del contratto di lavoro, cui non sarebbe applicabile l'intero statuto del lavoro dipendente.

Ora la parola d'ordine è piuttosto *semplificazione*, una semplificazione declinata però in modi non propriamente *univoci*.

Intanto è una parola d'ordine che costituisce un significativo arretramento rispetto alla *ratio* che ha governato le riforme del recente passato, in cui l'opzione era quella di offrire all'impresa uno strumentario ampio di modelli negoziali cui attingere, proprio allo scopo di recuperare duttilità nell'impiego del lavoro.

Un *revirement* solo apparente emerge dalla riforma Monti che, pur proponendosi programmaticamente di favorire «l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili», «contrastando l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità» e «ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato [...] quale forma comune di rapporto di lavoro», non ha nella sostanza intaccato la molteplicità di modelli e sotto-modelli, lasciando pressoché intatto il quadro preesistente. Ha piuttosto rotto il tabù della causalità del lavoro a termine ed ha dato un forte contributo alla sostanziale monetizzazione della tutela contro i licenziamenti, non fosse altro che come effetto indotto (non voluto?) di una normativa di difficile gestione (anche) giudiziale.

Ora invece si propone un ritorno alla semplificazione, che di per sé non è né buona né cattiva, tutto dipendendo dalla qualità della razionalizzazione e dalla intelligibilità delle scelte giuridico-formali, rispetto alle quali il controllo giudiziale è ovviamente ineludibile.

Le finalità dichiarate sono quelle assai generiche di ottenere una «semplificazione, modifica o superamento delle [...] tipologie contrattuali»

esistenti, con lo scopo di renderle «maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo» (art. 1, comma 7, lett. a, l. n. 183/2014).

Si tratta di indicazioni di fini, alquanto generiche; il che la dice lunga su quanto il disegno sia ancora un semi-lavorato, che quanto più sarà approssimativo, tanto più presterà il fianco ad una valutazione in termini di costituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost., in ragione dell'ambiguità, genericità, quando non contraddittorietà dei criteri direttivi.

Sofferamoci sulla *questione della revisione delle tipologie contrattuali*.

Abbiamo già spiegato come la moltiplicazione delle sotto-specie di contratti di lavoro sia il frutto di una stagione in cui l'apertura alle esigenze dell'impresa è passata anche attraverso l'offerta di un'ampia gamma di prodotti a disposizione di chi intende offrire occasioni di lavoro.

È tempo ora di segnalare che l'espressione – ormai abusata – di tipo e/o tipologia è dotata di *sola forza evocativa*, laddove nella realtà allude a concetti che sul piano giuridico andrebbero declinati con maggiore nitore di contorni.

Come si sa il tipo contrattuale è un'espressione sintetica che rinvia ad un modello caratterizzato dalla soddisfazione di una specifica causa negoziale ovvero ad un insieme omogeneo di effetti giuridici, riconducibili all'applicazione di una determinata normativa.

Sotto questo profilo dunque il tipo contrattuale sinteticamente riassunto entro la definizione di cui all'art. 2094 c.c. ha carattere unitario e la sua ricorrenza effettuale comporta l'applicazione dell'intero statuto del lavoro dipendente.

Quelle che impropriamente vengono definite *tipologie* di lavoro non sono invece altro che sotto-modelli dell'unitario tipo contrattuale “lavoro subordinato”, caratterizzati prevalentemente – se non esclusivamente – da una limitazione della durata del rapporto (nelle forme del lavoro a termine, del part-time, del lavoro intermittente) o dalla articolazione della prestazione dalla parte del lavoratore in una pluralità di parti che offrono una prestazione unitaria (è il caso del lavoro ripartito) o, ancora, dalla compresenza di una causa formativa.

Il punto è però che tutte queste modalità eterodosse di concepire il lavoro subordinato hanno fino ad ora (a partire dalle riforme degli anni Novanta) conservato la necessità di adoperare come sponda il modello/standard (rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato), proponendosi come eccezioni rispetto ad una regola generale. Ne costituisce riprova anzitutto l'idea, più che consolidata sia nelle fonti interne che in quelle di matrice europea, che esista un modello di lavoratore *comparabile*, che costituisce in sostanza il punto di riferimento per una protezione minima di chi presta

lavoro. Tale idea riproponeva la contrapposizione ed il confronto fra lavoratore flessibile e lavoratore stabile e/o integrato nel ciclo produttivo principale.

Gli esempi sono molti: nella somministrazione di lavoro (si vedano gli l'art. 4, secondo comma, della l. n. 196/1997, e l'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003); nel lavoro intermittente (si veda l'art. 38 del d.lgs. n. 276/2003); nel lavoro ripartito (si veda l'art. 44 del d.lgs. n. 276/2003); nel lavoro a termine (si veda l'art. 6 del d.lgs. n. 368/2001); nel caso di lavoratore in distacco transnazionale la cui posizione è comparata con quella del lavoratore dell'impresa destinataria (art. 3, d.lgs. n. 72/2000).

In tutti questi casi la legge si premura di pretendere che il contratto fuori standard non costituisca uno strumento elusivo ed impone una regola di pari trattamento.

Inoltre altrettanto rilevante è la considerazione del carattere elastico dell'eccezione – plasticamente espressa dalla nozione di *specialità* – che ha sempre comportato fino ad ora un ritorno alla disciplina del tipo generale (subordinato e a tempo indeterminato) in tutte le ipotesi di deviazione dallo schema causale specifico e/o di uso improprio o elusivo del sub-contratto.

Tutto questo è però destinato a restare nel passato a marcare i caratteri del vecchio diritto del lavoro. Nel nuovo diritto del lavoro, voluto dal Governo Renzi, il contratto a tutele crescenti non sembra avere “sponde” con cui confrontarsi e rispetto alle quali prospettarsi come fonte di elusione di discipline garantistiche. Esso è destinato a vivere nel nuovo orizzonte normativo, deprivato di buona parte del sistema di garanzie costruito nel sessantennio post-costituzionale. Né è sufficiente a sanare le ambiguità il generico richiamo al diritto europeo. Il parametro di riferimento caratteristico del c.d. metodo aperto di coordinamento (MAC) tende a contrapporre un lavoro “tipico” ad uno “atipico”, che non necessariamente corrispondono al tipo “lavoro subordinato” per c.d. standard.

Del resto nemmeno il tipo contrattuale che noi conosciamo è regolato in maniera omogenea nei vari stati, così che sembra essenziale una presa di posizione circa l'effettiva nozione di tipologia contrattuale che si vuole adoperare e sulla quale si intende incidere.

Come si vede il progetto in discussione lascia aperte molte questioni e, prima fra tutte, la resa dei conti con la valenza per così dire assiologica della subordinazione, legata, secondo una prospettiva, che è ancora presente nella cultura giuslavoristica maggioritaria, all'affermazione dei valori costituzionali dei quali si fa veicolo il contratto di lavoro subordinato e sui quali assai spesso ci ha ammonito la Corte costituzionale.

Le riforme del lavoro nel 2014: ideologie, post ideologie, valori

di Roberto Pessi

1. Premessa

La manovra contenuta nella legge di stabilità 2015 offre, seppur nel contesto di incertezza connesso al complesso iter attuativo, nonché affaticato anche dalla dialettica con la Commissione europea, un quadro di riforme assai significativo, in una sistematica redistributiva che opera uno spostamento di risorse dalle rendite e dai servizi inefficienti al sistema produttivo ed al lavoro. È indubbio che le opzioni compiute si espongono a critiche, spesso funzionali a contestare il percorso politico dell'Esecutivo e del Premier, forse concretamente rivolto al recupero dello storico interclassismo del Partito Popolare di Don Sturzo e della Democrazia Cristiana di De Gasperi.

È oggettivo, di contro, che il disegno nel suo complesso ha una sua forte identità, certo non sempre agevolmente condivisibile dagli operatori del diritto del lavoro, espropriati di certezze storiche (quali, per tutte, la concertazione/contrattazione con i sindacati, specie con quelli Confederali) anche in ordine agli statuti protettivi elaborati per sedimentazioni progressive nell'arco dell'ultima metà del secolo, ma comunque solido nelle premesse (seppur non dimostrate quanto all'effettività sia economica che sociale).

Vi è, dunque, per chi la commenta, in una fase ancora incerta quanto al suo pieno determinarsi, il dovere di una neutralità tecnica, che allontani i giudizi di parte (dettati dalle simpatie connesse alle potenziali distribuzioni dei sacrifici futuri) e che si ancori ad una valutazione degli effetti che il complessivo disegno riformatore può produrre sul mercato del lavoro, sull'occupazione, nonché, ancora, sul sistema di relazioni industriali, sul bilanciamento dei

poteri nel rapporto di lavoro e sul sistema previdenziale (in ragione dell'intervento sul TFR).

Logicamente, peraltro, la manovra, per ciò che attiene alla nostra materia, va collocata, a fini di un equo commento, nel contesto dei provvedimenti che l'hanno preceduta e di quelli che la seguiranno (in particolare il c.d. *Jobs Act* ed i futuri incerti decreti attuativi).

2. Il contratto a termine

Volendo procedere in maniera per così dire “cronologica”, sembra, allora, coerente iniziare dal provvedimento di inizio anno sul contratto a tempo determinato e sull'apprendistato (d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014).

In merito, va certamente espresso un giudizio positivo su quella parte del decreto, licenziato dal Governo lo scorso marzo, relativa alla a-causalità dei contratti a termine, non più limitata al primo rapporto tra le parti, ma estesa anche ai successivi rinnovi (confermandone la sicura “vocazione occupazionale”); poi, replicata anche per la somministrazione a tempo determinato.

Si tratta, certamente, di un intervento che, specie se collocato nell'attuale congiuntura economica caratterizzata da “drammatici”- e sempre crescenti – livelli di disoccupazione, specie giovanile, appare di buon senso, in quanto tenta di incrementare le occasioni di occupazione (anche se discontinua), riducendo, a fini di produzione/incremento dell'offerta di opportunità, l'area del “rischio conversione”, che per molto tempo ha accompagnato l'utilizzo del contratto a tempo determinato.

Non sembra, a tal proposito, che la novella possa incorrere in censure di illegittimità per contrasto con la normativa comunitaria, tra i cui propositi, occorre ricordarlo, vi è anche quello della prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato.

Depono in tal senso il duplice limite posto all'utilizzo del tipo contrattuale in parola: l'uno, inerente la durata massima tra le stesse parti (confermata nei 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi); l'altro, relativo alla percentuale massima di utilizzabilità di lavoratori a termine rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato (fissata, con percentuale derogabile da parte della contrattazione collettiva, al 20%).

Anche riguardo a tale secondo limite, peraltro, sembrano eccessive, in questo contesto, le obiezioni di chi ritiene insufficiente la sanzione (solo economica) che accompagna il superamento del limite percentuale.

In proposito, del resto, la c.d. “delega lavoro” (il c.d. *Jobs Act*), recentemente approvata dal Senato, infatti, conferma trattarsi di una previsione di carattere “emergenziale”, connessa cioè al contesto economico di riferimento, il cui scopo è quello di prevenire il “timore” del datore di lavoro in ordine al contenzioso sempre posto in essere al momento della scadenza del termine, sia quanto alla legittimità dell’apposizione dello stesso, sia quanto alla successione dei rapporti ed alle percentuali (di volta in volta consentite dalla legge e/o dall’autonomia collettiva) di utilizzo di questa tipologia rispetto alla consistenza dell’organico aziendale.

3. L’apprendistato

Più problematico, invece, appare il giudizio in merito a quella parte del decreto dedicata all’apprendistato, non tanto per il contenuto delle modifiche, quanto per le questioni che restano ancora aperte in relazione all’implementazione della relativa disciplina.

Certamente positivo è il recupero della rilevanza della formazione in azienda. Il rilancio dell’apprendistato, infatti, passa necessariamente per la semplificazione dell’istituto, che, in questa fase, è operata principalmente mediante la flessibilizzazione del processo formativo nel rapporto fra servizio pubblico e azienda.

Senonché, questo processo sconta inevitabilmente, da una parte, la perduranza della competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di formazione professionale; e, dall’altra, nell’ambito dell’annunciata ed attesa ampia riforma del titolo V, la persistenza di una perdurante complessità nel rapporto tra Stato e Regioni, specie in ordine alla materia della formazione professionale (che tra l’altro investe il governo dell’istruzione negli istituti tecnici e delle università, specie in ordine al tema dell’alternanza scuola/lavoro), e, conseguentemente, l’esigenza di una manutenzione straordinaria dell’istituto nelle sue tre diverse declinazioni.

A conferma, sembra di dover ritenere che anche l’utilizzo dell’apprendistato nella nuova forma “stagionale” – che rappresenta un ulteriore strumento per intercettare le scarse occasioni di lavoro – rischia di restare solo un auspicio, in relazione all’intreccio delle fonti alle quali il d.l. n. 34/2014 rinvia per la definizione della relativa disciplina, coinvolgendo la contrattazione collettiva,

nonché (e soprattutto) Regioni e Province autonome, cui spetta il ruolo di definire il sistema di alternanza scuola/lavoro.

Uguualmente, rischia di non avere maggior fortuna l'ulteriore novità, che – derogando i limiti di età nell'ambito della sperimentazione già contemplata dal c.d. decreto Carrozza (d.l. n. 104/2013, convertito dalla l. n. 128/2013) ma, di fatto, ancora da avviare – è intesa a promuovere il sistema dell'alternanza, cui si è accennato, per le classi quarta e quinta della scuola secondaria superiore, stante il suo legame indissolubile con una riforma – quella della scuola – che ancora stenta a venire.

La verità è che l'insieme delle norme contenute nel decreto dello scorso marzo si muove solo timidamente verso quell'integrazione tra scuola e lavoro propria del modello tedesco che si intenderebbe “importare” anche nel nostro Paese, necessitando ancora di ulteriori interventi di revisione, che consentano un reale avvio di nuove esperienze, ed un rodaggio produttivo di quelle già avviate. In sostanza, ciò che manca è una “visione d'insieme”, che indichi la compiutezza, l'effettività e la continuità del sistema di regole, senza che lo stesso sia esposto a continue “ondate sismiche” o a pluralità indistinte ed incontrollabili di variazioni interpretative e/o attuative.

L'esigenza di risistemazione della materia investe, del resto, ed in modo drammatico, il tema dei tirocini curriculari e non, ancora coinvolti nell'equivoco dell'assimilazione o meno a percorsi di “mini-apprendistato”, e del tutto sprovvisti di una cornice normativa idonea ad una ricollocazione nell'ambito di un percorso formativo.

Analoga esigenza di ripensamento si pone, seppur sotto altro profilo, per il piano *Garanzia Giovani*, che in questa fase – complice una gestione non sempre capace da parte dei centri per l'impiego (su quasi 240 mila domande, ad inizio ottobre ne erano state “profilate” poco più di un quinto) e la sua destinazione ai soli ragazzi *NEET* (*Not in Education, Employment or Training*) – non è riuscito a dare i risultati attesi, specie sul piano dell'occupazione stabile (così come, del resto, era già avvenuto in riferimento al c.d. bonus Letta, di cui al d.l. n. 76/2013, convertito dalla l. n. 99/2013).

4. La riforma della PA

Sempre nell'ottica dell'esame dei provvedimenti già adottati dal Governo, poi, sembra opportuno spendere qualche battuta sulla prima fase della “riforma” della pubblica amministrazione (d.l. n. 90/2014, convertito dalla l. n. 114/2014).

Il decreto, infatti, apporta innovazioni per così dire marginali al rapporto di pubblico impiego, presentandosi piuttosto come strumento di razionalizzazione e riduzione dei relativi costi, e rinviando al disegno di legge-delega presentato al Senato (ddl S 1577) la risistemazione della materia.

Sotto il primo profilo, comunque, traspare dagli interventi adottati la volontà del legislatore, da una parte, di inserire nuove risorse nei ruoli della pubblica amministrazione (si vedano, in tal senso, le norme sul trattenimento in servizio, sul *turnover* e sulla possibilità di risolvere il rapporto di lavoro per conseguimento dell'età pensionabile); e, dall'altra, di riappropriarsi di una serie di prerogative alle quali l'amministrazione per molto tempo aveva abdicato (le norme in tema di mobilità), ovvero aveva "condiviso" con il sindacato (cui vengono significativamente ridotte alcune prerogative, in linea con contenimenti già auspicati, ma non sempre concretizzati, dagli esecutivi che lo avevano preceduto nell'ultimo quinquennio).

Quanto alla "seconda fase", la delega in discussione in Senato – comunque latamente ispirata ai principi del *New Public Management* – si presenta come assai ampia, contemplando misure di semplificazione (specie in connessione con l'informatizzazione degli uffici); di riorganizzazione e "rarefazione" dei soggetti pubblici; e di riforma ulteriore alla disciplina del rapporto di lavoro.

In particolare, le modifiche in quest'ultima area – che, in questa sede, appaiono di maggiore interesse – si incentrano su una revisione profonda della dirigenza pubblica, da ripensare sotto differenti aspetti, che vanno dall'inquadramento, all'accesso in "due tempi", al conferimento di incarichi, alle responsabilità, nonché alla valutazione ed alla remunerazione; mentre più sfumata appare la revisione/semplificazione (comunque presente) della disciplina dei rapporti di lavoro quanto alle altre categorie di dipendenti pubblici, per le quali sembrano rilevanti soprattutto gli interventi orientati ad una più efficace distribuzione delle risorse finalizzate all'efficientamento dei servizi.

5. L'art. 18 della l. n. 300/1970

Sin qui – fatto salvo l'ultimo accenno alla delega sulla pubblica amministrazione – i provvedimenti legislativi già adottati; dopodiché, si entra nel campo, delle ipotesi, in quanto la legge-delega (C 2660, il c.d. *Jobs Act*) lascia ampia discrezionalità al Governo quanto alle opzioni normative possibili nei decreti attuativi.

In questo quadro, dunque, è consentito fare soltanto alcune considerazioni di massima sull'impianto complessivo e sulle soluzioni che sono emerse ad oggi nel dibattito parlamentare ed in quello politico.

Al centro del dibattito, come è noto, si è collocato l'art. 18 Stat. lav., assunto dal Premier come "totem ideologico" da rimuovere (senza effettiva volontà/possibilità di farlo, e comunque solo limitatamente ai futuri neo-assunti con il futuro contratto a tutele crescenti), e difeso "ideologicamente" dalla sinistra storica (ed in particolare dalla Cgil e dalla Fiom) come sintesi virtuosa della dignità del prestatore d'opera.

Ora, è chiaro agli addetti ai lavori che il tema di confronto è assai più ridotto e si limita all'alternativa tra reintegro e sanzione economica risarcitoria nella sola ipotesi del licenziamento economico.

Lo strappo iniziale, infatti, che immaginava di poter escludere dal reintegro anche i licenziamenti c.d. disciplinari, è stato ricomposto all'interno del partito di maggioranza, per via di una mediazione che sostanzialmente riconferma in quest'area l'impianto della riforma del '92, salvo meglio ridefinire le fattispecie, in cui, alla declaratoria di illegittimità del recesso per giustificato motivo soggettivo, corrisponda il reintegro, e quelle nelle quali, invece, si dia luogo solo ad una sanzione economica.

Alla fine, dunque, in termini di modifiche normative, "tanto rumore per nulla" (o, se preferite, per assai poco).

Fermo il dubbio sull'effetto che avrebbe avuto un intervento sull'art. 18 che avesse effettivamente soppresso il reintegro (salvo per le discriminazioni, tra l'altro, tutelabili per via di diritto comune con la nullità) quanto alla promozione di nuova occupazione e di nuovi investimenti (anche dall'estero), resta il dato tecnico di una modifica normativa marginale (proiettata, quanto alla sua prima applicazione, in un lontano futuro), che, peraltro, ha già generato un vivacissimo contenzioso sociale.

Orbene, che la modifica sia marginale risulta chiaro ad ogni operatore della nostra materia. Il licenziamento economico nelle imprese medio-grandi è sempre attratto dai licenziamenti collettivi (laddove la soglia è assai ridotta, 5 in 120 giorni); se poi operato isolatamente è per lo più dettato da effettivo (ovvero ben ricercato) motivo organizzativo; il contenzioso eventuale così si concentra, semmai, più che sull'effettività del motivo, sulla scelta del lavoratore.

Il vero nodo del dilemma reintegro/non reintegro è, quindi, tutto nei licenziamenti così detti disciplinari; qui i margini di discrezionalità del giudizio sono amplissimi e favoriscono conclusioni difformi su fattispecie

analoghe, con disagio collettivo per l'evidente incertezza in ordine ai comportamenti dovuti.

Ma è chiaro che questo stato di cose non è imputabile alla magistratura; esso è la conseguenza di una nozione, “notevole inadempimento”, che ha la stessa elasticità di quella del “comune senso del pudore”; e ciò in un contesto in cui se l'inadempimento è notevole il rapporto si risolve “per sempre”, laddove se è “quasi notevole” (“notevole meno”) l'effetto negativo massimo è la sospensione del rapporto per 10 giornate lavorative (con neutralizzazione della recidiva nel biennio).

D'altro canto, non sembra poter ottenere risultati, quanto ad una maggior certezza sugli esiti, una rideterminazione delle fattispecie che danno luogo all'uno o all'altro effetto (reintegra, sanzione economica). In proposito l'affidamento di questo compito all'autonomia collettiva, operato dalla riforma del 2012, ha già prodotto il massimo risultato possibile.

Ed allora perché l'intervento? E perché pagare un prezzo così elevato in termini di conflitto collettivo nel partito di maggioranza e con la parte più rappresentativa del movimento sindacale?

Forse, la realtà è che l'obiettivo non era e non è quello di operare effettive modifiche normative, bensì proprio quello di provocare un conflitto che abbia per oggetto, non il merito, ma le ideologie, ovvero che prospetti la proposta di discutere del contenuto delle riforme, non della loro qualificazione come di “destra” o di “sinistra”.

L'auspicio di un esito positivo del tentativo è di molti; in equivalenza molti sperano in quello negativo. Non mi iscrivo tra i guelfi o i ghibellini; attendo, piuttosto, qualche indicazione autorevole degli economisti sulla manovra nel suo complesso e sul punto specifico (anche qui sperando in previsioni che si avverino, diversamente da quanto è avvenuto sin qui, prima, intorno e dopo la crisi globale).

6. Il sistema di relazioni industriali

Resta come elemento negativo di questo conflitto anche l'accantonamento della concertazione sociale.

Qui le ragioni non sono più nella dialettica tra ideologia e post ideologia, in nome dei valori “in sé”, ma sono tutte nell'opzione di riservare alla politica (e nel caso di specie al partito di maggioranza) il merito dell'attribuzione di benefici alla classe lavoratrice, senza più passare per la mediazione delle parti sociali.

Insomma, tutto inizia con il “bonus di 80 euro”, che incrementa le retribuzioni per legge e non per via di contrattazione collettiva, premiando significativamente, per questa scelta, il partito di maggioranza con il risultato elettorale percentualmente “migliore di sempre”.

E, quindi, conseguentemente, prosegue immaginando un percorso riformista sostanzialmente avulso dal sindacato confederale (con cui si auspicano solo confronti brevi e formali), con ridotte funzioni della contrattazione nazionale e forte rilancio di quella decentrata, territoriale ed aziendale.

Il progetto ha una sua coerenza; anzitutto prospetta la fissazione del salario minimo per legge (tra l'altro, anche per i collaboratori coordinati e continuativi), in tal modo ridimensionando la funzione necessaria svolta al riguardo dal contratto di categoria (e spesso ora unica nel tempo della crisi). In questa direzione si avvia così un processo crescente di ridefinizione del ruolo sistemico del sindacato, sempre più allontanato dalle dinamiche che presidiano il reddito, riservate al legislatore (chiamato anche a compensare il blocco dei rinnovi nel pubblico impiego contrattualizzato e le rarefazioni degli stessi nel settore privato) e sempre più proiettato nella gestione delle crisi aziendali diffuse e ricorrenti.

Non casualmente viene evocato il modello tedesco, di fatto rilanciando quella contrattazione di prossimità di cui al “deprecato” art. 8, l. n. 148/2011, già molto praticato, seppur in clandestinità (che anche qui potrebbe definirsi “ideologica”).

Nel quadro si colloca anche la promessa di un intervento legislativo sulla democrazia sindacale. La sua concretizzazione potrebbe essere coerente con la promozione della contrattazione aziendale (anche in chiave di risoluzione delle problematiche della sua efficacia, la cui generalizzazione potrebbe non confliggere con l'art. 39 Cost.); e sintonica con un pensiero (quello del Premier) che, per le forme partito e sindacato, privilegia il dato elettorale (per tutti le c.d. primarie) rispetto a quello associativo.

Si tratta, in ogni caso, di un percorso a complessa realizzazione; dovrà, infatti, scontare le resistenze di quelle parti sociali (esclusa la Cgil) che hanno dato prova, anche nel recentissimo passato (da ultimo l'accordo interconfederale 10 gennaio 2014), di volontà e potenzialità di autogoverno.

Nel breve, come detto più volte, privilegio ancora la soluzione più semplice (ovvero il restauro della lett. *a* dell'art 19 della l. n. 300/1970), sufficiente almeno a risolvere il problema dell'accesso ai diritti sindacali in azienda, ancora aperto malgrado l'intervento della Corte costituzionale nel 2013.

7. II TFR

Del resto, che l'Esecutivo assegni a se stesso (e solo a se stesso) il compito di presiedere alle dinamiche salariali e, più in generale, a quelle reddituali è confermato (oltre che dal nuovo bonus di 80 euro alle neo-mamme nel triennio futuro) dalla vicenda del c.d. “inserimento del TFR in busta paga”.

Non entro qui nel merito delle numerose problematiche che evoca l'intervento; tra l'altro, del tutto diversamente articolate se l'approdo sarà quello della percettibilità del montante di accantonamento annuale per intero o nella misura del 50%; ovvero, ancora, se l'opzione sarà o meno ripetibile di anno in anno o irreversibile; ovvero, anche, se investirà o meno le quote future già destinate alla previdenza complementare; ovvero, infine, se sarà regolata come anticipazione, con invarianza del regime fiscale, o convertita in retribuzione con doppia novazione, e quindi assoggettata a tassazione corrente ed a obbligatorietà contributiva.

Ciò che preme qui sottolineare è la circostanza che l'istituto già oggetto di riforma nel 1982, era stato sostanzialmente affidato per le sue dinamiche all'autonomia collettiva, prima con la previsione del potere di quest'ultima di modificarne la base di computo, poi, assai più incisivamente, con la devoluzione del TFR maturando alla previdenza complementare (volontariamente, ma con il silenzio/assenso e con l'esproprio, alle imprese con più di 50 dipendenti, degli accantonamenti futuri non destinati al risparmio previdenziale, da accreditarsi al neo Fondo di tesoreria istituito presso l'Inps) e, quindi, in assoluta prevalenza, ai fondi pensione negoziali, gestiti pariteticamente dalle parti sociali.

Oggi, con l'operazione prospettata, in sé ragionevole (come il bonus di 80 euro) a fini di ulteriore incremento del circolante e di rilancio dei consumi per la ripartenza della produzione industriale, l'Esecutivo, tuttavia, ricentralizza tutti gli strumenti idonei al presidio dei redditi presenti e futuri della classe lavoratrice, spostandone il governo dal sistema di relazioni industriali al potere legislativo.

Credo che questa sia la direzione su cui vada orientato il dibattito oggi e su cui vadano fatte riflessioni ed approfondimenti.

Questo spiega anche le mie perplessità sull'insistere dell'attenzione sulle temute modifiche (per i futuri neo-assunti) del “famigerato” art. 18 della l. n. 300/1970; sembra, infatti, che si trascuri il nodo vero del progetto di riforma, che è quello del ridimensionamento del sistema di relazioni collettive nel quadro del riassetto di tutti gli equilibri ordinamentali.

8. Il contratto a tutele crescenti

In questo contesto confesso una scarsa propensione ad appassionarmi al tema del contratto a tutele crescenti, nonché, ancora, alla annunciata riduzione (semplificazione) dei tipi negoziali.

Invero, anzitutto, guarderei con simpatia al richiamo, fatto anche qui, al modello tedesco (di cui alla riforma del 2013), ed in particolare all'acquisizione dei c.d. *mini-jobs*.

In realtà si tratterebbe di rivisitare l'area del lavoro accessorio ed occasionale, semplificandola da talune complessità (come i voucher), ampliandone le ipotesi di utilizzo (soggettive ed oggettive), rafforzandone l'inutilità qualificatoria, correlandola ad un ammortizzatore sociale integrativo del reddito sino alla soglia del salario minimo legale, determinandone un'utilità diretta alla trasparenza per ambedue le parti del rapporto.

Se l'operazione sarà ben condotta può anche portare all'emersione di una parte significativa del sommerso (seppur non di quello malavitoso) con concorrenti benefici sul Pil e sui dati statistici.

Nutro, invece, qualche dubbio sulle affermazioni ricorrenti di una nuova e più incisiva azione di contrasto dei rapporti ai confini della subordinazione. Invero, sembra difficile pensare ad ulteriori inasprimenti degli interventi operati dalla riforma del 2012 (per tutti il regime delle presunzioni) nei confronti dei rapporti associativi, delle c.d. partite IVA e dei collaboratori coordinati e continuativi, a progetto e non.

Di contro, ascolto con qualche divertimento le cifre delle tipologie contrattuali (acquisendo, per via televisiva, la notizia che sarebbero quarantasette, in sintonia con la smorfia napoletana ed un celebre film di Antonio De Curtis, in arte Totò).

Non riesco, per evidenti limiti nei miei studi, a pervenire, per sommatoria analitica, a quel numero. Dubito, in ogni caso, che un intervento di riforma possa produrre semplificazioni sostanziali.

Dubito, in particolare, che una riforma possa investire il contratto a termine (e/o la stagionalità), il tempo parziale, la somministrazione; ma anche, per restare agli esempi, il lavoro ripartito o il lavoro a chiamata.

In concreto, lo sforzo fatto da Marco Biagi di intercettare e regolare tutti i lavori può essere semplificato quanto alla regolazione delle fattispecie, solo se si abbandona la prospettiva qualificatoria a fini di diversificazione degli statuti protettivi attribuibili, spostando il baricentro sulla omogeneizzazione degli statuti stessi.

È qui tutto il nodo del problema; ed è qui il dissenso tra chi pensa di procedere per estensione a tutti (dipendenti delle piccole imprese, parasubordinati, autonomi socialmente deboli) dello statuto protettivo forte (simbolicamente e sinteticamente visualizzato nel reintegro di cui all'art. 18) e chi, diversamente, ritiene che ciò sia possibile solo per riarticolazione delle tutele (allora, emblematicamente, ragionando della soppressione della tutela reale).

Sono neutro rispetto al tema; salvo la convinzione che il confronto dovrebbe essere affrontato, questo sì, in chiave “post-ideologica” (ovvero senza attribuire alle opinioni espresse la qualificazione “di destra” o “di sinistra”), ed ancorato a solide valutazioni statistico-economiche sui possibili effetti sull'occupazione delle due diverse opzioni.

Comprendo, in ogni caso, che il successo o l'insuccesso dell'introduzione del contratto a tutele crescenti dipenderà dalla scelta che il legislatore opererà in ordine al regime di stabilità riconosciuto dopo il triennio.

Se, infatti, nel breve periodo esso potrà fruire del doppio traino connesso all'intervento di decontribuzione in suo favore, nonché di quello prospettato di appesantimento contributivo sul contratto a termine, successivamente, a regime, il suo destino si giocherà in termini di concorrenza con le due opzioni limitrofe (ovvero, ancora contratto a termine a-causale, ugualmente a potenzialità triennale, nonché apprendistato ulteriormente sburocratizzato dal preannunciato intervento sul titolo V della Costituzione).

Ed, allora, su questo destino potrebbe avere incidenza significativa il regime di stabilità prescelto.

9. Gli ammortizzatori sociali

Quest'ultima problematica evoca l'altro importante intervento riformatore prospettato nel c.d. *Jobs Act*: la riforma degli ammortizzatori sociali, immaginata originariamente come strumento finalizzato a garantire la stabilità occupazionale nel mercato, piuttosto che nel rapporto.

In realtà, questa prospettiva iniziale sembra superata dal contesto che ha imposto, per ragioni di equilibrio, la sostanziale riconferma dei regimi di stabilità come prodotti dalla riforma del 2012.

Tuttavia, il progetto di riforma degli ammortizzatori ha conservato una sua complessiva coerenza in termini di flessibilizzazione del mercato del lavoro che dovrebbe garantire una maggiore mobilità ed inclusività sociale.

Il modello ispiratore, sembra essere ancora quello tedesco, nel quale alla tradizionale indennità di disoccupazione – della quale si rafforza l'impronta

occupazionale (“universalizzandola” anche a favore dei collaboratori a progetto) ed assicurativa (legandone la durata alla storia contributiva del percettore) – si affiancherebbe una sorta di “assegno universale” riservato a coloro che incolpevolmente restino privi di una occupazione al termine del periodo di fruizione dell’Aspi.

Si tratta certamente di un modello condivisibile, anche nella parte in cui lo stesso impone al percettore del sostegno al reddito obblighi di partecipazione alle iniziative di attivazione proposte dai servizi per l’impiego, ovvero di svolgimento di “attività sociali” nei confronti delle comunità locali.

Tale modello, tuttavia, sembra oggi più programmatico che reale, ovvero difficilmente concretizzabile, specie in relazione alle scarsità delle risorse economiche disponibili, che non sono solo quelle necessarie al finanziamento della prestazione “residuale”, ma anche (e soprattutto) quelle relative alla revisione del sistema di politica attiva del lavoro e dei controlli connessi alla responsabilizzazione del percettore ed al mantenimento dello stato di disoccupazione.

Nella attuale congiuntura economica, tra l’altro, sollevano maggiori dubbi, le previsioni che rimodulano – al ribasso – le integrazioni salariali. La necessità di uno strumento di tutela forte in costanza di rapporto di lavoro, del resto, è testimoniata sia dal recente rifinanziamento degli ammortizzatori sociali in deroga; che dalla nuova operatività dei fondi di solidarietà settoriali di cui all’art. 3, l. n. 92/2012.

Al contrario, anche in relazione alla previsione – della cui utilità è lecito dubitare – che subordinerebbe l’accesso alla CIG all’esaurimento «delle possibilità contrattuali di riduzione dell’orario di lavoro», appare assolutamente necessaria la revisione della disciplina dei contratti di solidarietà, sia nella loro “tradizionale” veste difensiva; sia in quella antica, ma, di fatto, assai poco utilizzata, espansiva.

Di questi ultimi, in particolare, si potrebbe immaginare una mutazione finalizzata alla gestione del *turnover*, sul modello del part-time generazionale, anche al fine di gestire i fenomeni connessi all’invecchiamento della collettività aziendale che, per effetto della riforma delle pensioni (d.l. n. 201/2011, convertito dalla l. n. 214/2011), non sono più governabili attraverso l’utilizzo congiunto di CIG e mobilità.

10. Conclusioni

Volendo trarre una qualche conclusione sembra, anzitutto, che gli approfondimenti dovranno attendere i decreti attuativi. Il percorso di concretizzazione della delega sarà lungo, sofferto ed articolato; sconterà l'evolversi degli equilibri politici interni al Partito Democratico, alla maggioranza, al Parlamento; sarà condizionato dai margini di manovra che ci saranno concessi dall'Unione europea, dagli andamenti dell'economia, dalle risorse disponibili.

Nell'ambito di questo percorso indicazioni significative verranno anche dal mercato del lavoro; qui, e da subito, si potrà misurare l'impatto della neutralizzazione del fattore lavoro dall'imponibile Irap; ancora qui si vedranno gli effetti degli incentivi alle assunzioni introdotti dai precedenti esecutivi, sino ad ora poco incisivi, ma oggi posti a regime; sempre qui si verificherà l'impatto di *Garanzia Giovani*, il cui avvio è stato rallentato da incertezze di impianto ed inerzie regionali.

Sul procedere delle riforme avrà un peso importante anche l'andamento dei consumi. Il consolidamento del bonus degli 80 euro dovrebbe porsi come primo effetto moltiplicatore della ripresa; l'eventuale accelerazione del progetto del TFR in busta paga, insieme al varo del nuovo "bonus bebè" dovrebbe incrementare l'effetto volano. Sinergica per la ripresa produttiva dovrebbe poi essere la normalizzazione del pagamento alle imprese dei debiti della pubblica amministrazione.

Alla fine il Paese potrebbe riprendere il suo cammino; e le riforme sul lavoro giungere a buon fine in un clima più condiviso di superamento dei conflitti sociali e sindacali.

Aiuterebbe un'informazione più misurata, meno orientata al clima "forcaiolo" della ricerca del colpevole ad ogni costo. Aiuterebbe un ripensamento dei tempi del controllo (sul dissesto idrogeologico, sui lavori pubblici, sulla corruzione), più preventivo per fare e fare bene, meno successivo, laddove la repressione non educa e non ripristina la vita o la ricchezza perduta.

In ogni caso, qualsiasi sia l'esito finale delle riforme di questo Esecutivo (buone o cattive, giuste o sbagliate), ed in particolare di quelle, tante, che interessano la nostra materia, ad esse andrà riconosciuto un pregio: quello di aver aperto, nella loro fase di gestazione, un dibattito sul merito dei provvedimenti proposti, ancorato ai valori da difendere nel concreto svolgersi dell'esistente, accantonando quelle preclusioni ideologiche che avevano alimentato il pensiero dell'ultimo cinquantennio.

Al processo ha certo, e significativamente contribuito il fallimento delle scienze economiche, mai così evidente e mai così drammatico. Né ad esso risulta estraneo il deterioramento, forse irreversibile, degli equilibri internazionali, con tutte le conseguenze sui flussi dei migranti e sugli approvvigionamenti energetici.

Ma, insomma è tempo di ripensamenti e di rifondazioni; lo testimonia persino il sinodo dei Vescovi con l'aprirsi nella Chiesa Cattolica di una dialettica esplicita (e non più' sotterranea) tra riformisti e conservatori.

Si respira quindi un'aria nuova. Ed è proprio la gravità della crisi, specie sul versante occupazione, che, distruggendo via via certezze in ordine alla strumentazione classica per il suo contrasto e superamento, promuove una rifondazione anche della nostra materia partendo dai fondamentali.

Non potremo farlo noi, sia per età, che per sedimentazioni culturali; questo è compito della nuova generazione dei giuslavoristi, cresciuta in una dimensione internazionale ed in un contesto già globalizzato.

Spetta a noi, tuttavia, liberarla da condizionamenti e complessi (spesso imputabili al rispetto per l'età), perché possa esprimere, con fantasia, una sistematica innovativa idonea a riformulare l'essere ed il dover essere del nostro diritto del lavoro.

I minimi salariali: il problema dell'*erga omnes*

di Giulio Prosperetti

Il problema della fissazione per legge dei minimi salariali pone problemi di costituzionalità per l'efficacia *erga omnes* data ad un elemento che è invece specifica competenza dell'autonomia collettiva.

L'annuncio di una determinazione legale del minimo salariale aveva fatto presagire una riduzione del costo del lavoro in settori marginali, che avrebbero potuto contribuire a ridurre la disoccupazione, richiamando in qualche modo il modello tedesco.

Ma tale prospettiva sembra del tutto smentita dal testo della delega sul *Jobs Act* approvato dal Senato.

Infatti, l'annuncio fatto dal Governo in ordine alla previsione di un minimo salariale uniforme aveva fatto supporre un depotenziamento della contrattazione collettiva nazionale; invece, il testo della delega approvato al Senato sembra indirizzato a rafforzare la contrattazione collettiva nazionale, laddove si limita a prevedere l'introduzione di un salario minimo solo nei settori non regolati dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Del resto, come prevede la specifica norma in questione, anche la fissazione di tale compenso orario, nei settori non coperti dalla contrattazione nazionale, potrà essere fatta solo previa consultazione con tali sindacati.

Sembrerebbe una nuova legge Vigorelli ed invero la l. n. 741/1959 delegò il Governo a fissare minimi salariali e normativi conformemente ai contratti collettivi vigenti all'epoca.

Ma la Corte costituzionale, con sentenza n. 106/1962, ritenne legittima la legge del 1959 solo in base al carattere transitorio, provvisorio ed eccezionale di tale normativa, e dichiarò, infatti, l'incostituzionalità della proroga fatta dalla l. n. 1027/1960, in quanto veniva ad essere violata l'autonomia collettiva

e l'art. 39 Cost. per il quale solo attraverso la procedura indicata da tale articolo poteva essere attribuita efficacia *erga omnes* alla contrattazione collettiva.

Ecco allora che non possiamo interpretare la delega nel senso che il minimo compenso orario previsto dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, sia da ritenersi un minimo legale, giacché in tal modo, in una situazione come l'attuale di pluralismo sindacale, si verrebbe a dare quella efficacia *erga omnes* alle retribuzioni fissate dai contratti collettivi siglati dai sindacati confederali contrariamente a quanto all'epoca deciso dalla Corte costituzionale, tanto più che i contratti collettivi presi a riferimento sarebbero anche quelli futuri.

Una tale interpretazione sarebbe, pertanto, incostituzionale, anche se potrebbe argomentarsi nel senso che trattandosi di minimi salariali, ancorché fissati dalla contrattazione collettiva, riguarderebbero non tanto il sinallagma contrattuale, quanto piuttosto la tutela della persona, per cui solo sotto questo aspetto si potrebbe giustificare il rinvio alla contrattazione collettiva.

Se pertanto, potrebbe ritenersi che implicitamente la delega conferisca alla contrattazione collettiva confederale un'efficacia *erga omnes* riferita ai minimi retributivi, può però avanzarsi un'interpretazione contraria, anche se meramente letterale della lett. f, art. 7, del ddl C 2660 (*Jobs Act*).

Si deve rilevare, infatti, che la norma in oggetto non prevede che, nei settori regolati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, i minimi salariali acquistino necessariamente efficacia *erga omnes*, essendo la previsione normativa riservata solo alla fissazione del compenso orario minimo per i settori non coperti dalla contrattazione collettiva confederale.

Se pertanto il minimo salariale legale non dovesse applicarsi (in forza della suddetta interpretazione) ai settori coperti dalla contrattazione collettiva nazionale, non avendo tali contratti efficacia *erga omnes*, i contratti collettivi ancorché stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sarebbero, comunque, sostituibili e derogabili secondo le normali regole della successione tra contratti collettivi stipulati da OO.SS. diverse.

In conclusione, se i minimi fissati dai contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi fossero estesi *ex lege*, si porrebbe un problema di costituzionalità, ma, se invece, la delega legislativa fosse interpretata nel senso che solo nei settori non coperti il legislatore possa fissare un minimo salariale, ciò corrisponderebbe ad un intervento del legislatore legittimato dal carattere sussidiario della norma.

Tuttavia, anche questa considerazione non sembra poter risolvere il problema della costituzionalità della norma, giacché i settori non coperti dalla contrattazione collettiva confederale, potrebbero (ed è così in molti casi) essere regolati da una contrattazione collettiva fatta da sindacati che non rientrano tra quelli comparativamente più rappresentativi; in tal caso non si vede come possa sovrapporsi una regola legale in materia salariale rispetto a contratti collettivi comunque espressione dell'autonomia collettiva.

Un salario minimo fissato per legge non può incidere su pattuizioni sindacali che regolano il sinallagma contrattuale può, però, rappresentare un livello minimo a tutela della persona per cui dovrebbe essere sufficientemente basso per non interferire sulla negoziazione dei maggiori importi rimessi alla negoziazione collettiva.

Anche il problema riferito alla possibilità per la contrattazione di prossimità di derogare la contrattazione collettiva nazionale *in pejus* con riferimento alle retribuzioni va esaminato in relazione al *Jobs Act*.

Ci si domanda se con un'apposita norma, che ampli le materie rimesse alla contrattazione di prossimità, la contrattazione aziendale possa essere posta in grado di rimodulare al ribasso le retribuzioni previste dalla contrattazione nazionale.

Ora, anche qui si pone un problema interpretativo, ed invero, la delega approvata al Senato non parla di contratti collettivi nazionali, bensì di contratti collettivi sottoscritti dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Pertanto, si potrebbe anche intendere che, a livello territoriale o aziendale, sindacati locali aderenti ad organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possano autonomamente definire minimi salariali.

Alla luce di tale interpretazione letterale una modifica dell'art. 8, l. n. 148/2011, non impatterebbe sulla previsione del *Jobs Act*, sempre che la contrattazione di prossimità sia, appunto, stipulata da sindacati aderenti alle confederazioni comparativamente più rappresentative.

Ma anche a voler prescindere da una modifica legislativa dell'art. 8, cit., a ben vedere, potendo la contrattazione di prossimità incidere sull'orario di lavoro e sull'inquadramento del personale, sicuramente una tale contrattazione può raggiungere indirettamente l'obiettivo della riduzione del costo del lavoro a livello aziendale.

Opportunità di una riforma?

di Francesco Santoni

Scrivendo Gino Giugni nella sua relazione al V Congresso dell'Aidlass tenutosi a Bari il 23-24 aprile 1982: «Sarebbe avventato presentare il diritto del lavoro italiano come una razionale espressione di una cultura industriale tesa a controllare i processi economici in ragione di chiari valori sociali. Non c'è dubbio, al contrario, che esso ha alcuni contenuti di elevata irrazionalità economica, non di rado consuma ricchezza più di quanto non agevoli a produrne, tende troppo spesso a risolvere i problemi con operazioni di puro e semplice trasferimento di oneri, sullo stato, sui datori di lavoro, su determinate categorie di lavoratori a vantaggio di altre. Tali fenomeni appaiono nel modo più vistoso nel campo della previdenza sociale».

Questa efficace, quanto impietosa, sintesi sullo stato del diritto del lavoro di oltre trent'anni fa conserva intatta tutta la sua attualità, anche perché il nostro sistema protettivo, tradizionalmente caratterizzato da un elevato grado di protezione sociale, è divenuto ben più pervasivo dal momento che l'impianto legislativo si è dovuto adattare ad una molteplicità di situazioni non del tutto omogenee, in un contesto appesantito dalla moltiplicazione delle regole e dalle incertezze della loro concreta applicazione.

Per tali motivi, la legge-delega di riforma del mercato del lavoro intende promuovere, fra l'altro, l'avvio di un processo di semplificazione nella gestione dei rapporti di lavoro e l'eliminazione delle norme interessate da rilevanti contrasti interpretativi, nel lodevole tentativo di ridurre una regolazione di dettaglio caratterizzata da un formalismo giuridico esasperato e fonte di uno smisurato contenzioso.

Non vi è dubbio, però, che l'aspetto più significativo della delega sia la prospettiva di una riforma degli ammortizzatori sociali e dei servizi all'impiego di cui si parla da tempo, tanto che ogni intervento settoriale deciso

finora in materia ha contemplato la clausola di rito di essere una soluzione temporanea in attesa di una definitiva riforma, promessa da tempo ma mai concretamente attuata. È auspicabile, pertanto, che la nuova prospettiva di intervento pervenga a soluzioni più efficaci sul problema della disoccupazione, che la stessa delega ricerca attraverso la riforma della CIG e delle connesse tutele previdenziali. Anche se va osservato che quando nel passato si è cercato di proporre un riassetto definitivo della CIGS, come avvenuto ad esempio con la l. n. 223/1991, la soluzione non ha retto per molto tempo alle pressioni indotte dalla necessità di affrontare crisi aziendali di particolare rilevanza sociale, per cui si è ritornati quasi subito a soluzioni ritagliate su vicende particolari ed a vantaggio di limitate categorie di soggetti, fino ad arrivare a risultati del tutto irrazionali per la densità dei criteri derogatori, come quelli che hanno caratterizzato la vicenda Alitalia nel 2008. Infatti, come è noto, con l'approvazione della l. 27 ottobre 2008, n. 166, furono rese operative le modifiche apportate alla legge sulla ristrutturazione delle grandi imprese in crisi, con la possibilità, funzionale al salvataggio dell'Alitalia, di vendere *asset* a trattativa privata, di ricorrere all'affitto di beni o rami aziendali per favorire il risanamento dell'azienda o quantomeno evitarne il fallimento. Inoltre, proprio nella vicenda dell'Alitalia è riaffiorato l'antico quanto ambiguo rapporto precario e compromissorio tra la CIG e la sospensione dell'efficacia dei licenziamenti. Un legame che l'intervento legislativo del 1991 aveva inteso invece recidere, ancorando ad altri presupposti la tutela dei lavoratori nell'impresa in crisi, allo scopo di evitare la mera sopravvivenza formale di aziende decotte solo per permettere ai lavoratori la conservazione di un altrettanto formale rapporto di lavoro. È auspicabile pertanto che le future scelte del legislatore pervengano ad una stabile e non più derogabile disciplina dei rimedi sulle crisi aziendali, tenendo conto che il sistema di protezione giuslavoristico è stato ritagliato prevalentemente sul settore industriale, per cui il riassetto degli ammortizzatori sociali non può non essere diretto anche alle imprese di servizi ed a quei settori finora sprovvisti di tutele ma che si sono sviluppati in seguito alle profonde trasformazioni intervenute nel sistema economico.

La delega prospetta pure il riordino delle forme contrattuali, ritenute eccessive e non sempre funzionali allo sviluppo dell'occupazione.

Obiettivo, quest'ultimo, non realizzato nemmeno con la l. n. 92/2012, caratterizzata dalla discrezionalità fin troppo ampia lasciata alla magistratura nell'individuazione delle tutele applicabili.

In proposito, la delega prende atto del sostanziale fallimento della riforma Monti-Fornero che aveva enunciato, proprio nella norma di apertura, l'obiettivo della costruzione di un mercato del lavoro inclusivo e dinamico in grado di contribuire alla creazione dell'occupazione, alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione, con l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili attraverso il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato come forma contrattuale dominante. Si voleva impedire in tal modo l'abuso delle collaborazioni parasubordinate, caratterizzate dallo stato di dipendenza economica, con il restringimento degli spazi per l'impiego del lavoro a progetto e del contratto di associazione in partecipazione, nonché mediante il ridimensionamento del lavoro intermittente e del lavoro occasionale accessorio.

Gli esiti di tale riforma non sono stati quelli sperati, essendosi registrato l'aumento del tasso di disoccupazione. Pertanto, la nuova richiesta di delega rinnova la volontà del Governo di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro», e da tale punto di vista fornisce giustificazione politica alla stessa richiesta del provvedimento ed alle finalità politiche enunciate, tra le quali spiccano quelle di procedere ad una analisi delle forme contrattuali esistenti per poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale ed il contesto produttivo, nazionale ed internazionale, in funzione di interventi volti anche all'eventuale superamento di talune fattispecie.

A questo proposito l'enunciato contenuto nella parte iniziale dell'art. 1, comma 7, del testo della delega approvato dal Senato riecheggia analoghe disposizioni volte a rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro, fra cui va ricordato l'art. 1, comma 2, della l. n. 92/2012, dove si prevedeva un impianto organizzativo per un sistema di monitoraggio, con cadenza annuale, degli interventi e delle misure contemplate dalla riforma al fine di valutarne gli effetti sulle tendenze in atto nel mercato del lavoro. Per cui sarebbe stato quanto meno necessario portare a compimento gli esiti di questo monitoraggio, peraltro già in corso, per desumere elementi utili per eventuali correzioni delle discipline esistenti, anche alla luce del quadro macro-economico e del concreto impatto delle singole tipologie contrattuali sui dati quantitativi e qualitativi dell'occupazione.

Un elemento di novità è piuttosto la previsione di una ulteriore tipologia contrattuale volta a favorire l'inserimento nel mondo del lavoro con tutele crescenti. Tale scelta, legata all'idea di un contratto unico a tempo indeterminato a tutele progressive, si ispira a progetti emersi da qualche tempo nel dibattito politico come una possibile soluzione per superare il dualismo fra soggetti tutelati e soggetti esclusi da ogni disciplina protettiva. Infatti, a

giudizio degli originari proponenti, il contratto unico avrebbe dovuto ricomporre in uno schema unitario le prestazioni più esposte alla precarizzazione, anche nella prospettiva di una regolarizzazione delle collaborazioni autonome continuative, attraverso un modello di contratto di lavoro dipendente con un «costo di separazione» di entità limitata nella fase di ingresso, di durata non superiore a 3 anni, offrendo contestualmente alle imprese una maggiore flessibilità caratterizzata da un meccanismo di tutela progressiva contro i licenziamenti limitata ad una indennità proporzionata all'anzianità di servizio, lasciando così applicabile la sanzione della reintegrazione prevista dall'art. 18, l. n. 300/1970, ai soli licenziamenti determinati da motivo illecito, ovvero a partire dal terzo anno in avanti.

Inoltre, in queste proposte, il contratto unico avrebbe dovuto sostituire non solo alcune prestazioni contrattuali flessibili, ma pure l'apprendistato professionalizzante e di alta qualifica, nonché il contratto di lavoro a tempo determinato, con alcune specifiche eccezioni.

Il modello profilato nella delega pare tenere conto invece dei più recenti sviluppi legislativi che hanno privilegiato sia il contratto a termine che l'apprendistato e ne hanno valorizzato il rilancio per favorire la crescita dell'occupazione e l'inserimento dei giovani nel mondo del lavoro.

La stessa disciplina dell'apprendistato introdotta dal d.lgs. n. 167/2011 lo definisce come un contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione ed alla occupazione dei giovani e la l. n. 92/2012, all'art. 1, comma 1, lett. *b*, ha ribadito la necessità di valorizzarne la finalità come modalità prevalente per l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro. Non per caso, la dottrina, a commento del d.lgs. n. 167/2011, tende a ricondurre l'obbligo formativo ad una sorta di patto accessorio inerente ad un vero e proprio contratto di lavoro a tempo indeterminato con oggetto un periodo di formazione finalizzato alla prosecuzione del rapporto con il medesimo datore di lavoro. Tale mutata funzione dell'apprendistato sarebbe dedotta infatti dalla durata indeterminata del vincolo, come definito dalla legge, oltre che dalla duplice funzione di dare una professionalità al giovane e garantirgli tendenzialmente l'occupazione presso la stessa impresa. In tale direzione è rivolta pure la l. n. 92/2012, che subordina, ad eccezione dei datori che occupano meno di 10 dipendenti, l'assunzione di nuovi apprendisti alla prosecuzione del rapporto di lavoro al termine del periodo di apprendistato.

Anche il riordino delle fattispecie contrattuali adottato con il d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014, lascia trasparire non solo un consolidamento di precedenti opzioni in favore dei contratti a termine e dell'apprendistato ma pure un sostanziale superamento della dicotomia tra lavoro a tempo

indeterminato e lavoro a termine, se non un ridimensionamento dello sfavore legislativo per quest'ultima tipologia contrattuale, che emergeva più marcatamente nei precedenti provvedimenti.

Pertanto, la situazione di incertezza economica, la crisi occupazionale e il favore per la tipologia contrattuale, confermata nel recente d.l. n. 34/2014, costituiscono elementi dai quali è possibile desumere che il nuovo contratto a tutele crescenti dovrebbe affiancarsi al rapporto a tempo determinato, senza implicare ulteriori modificazioni. Le due tipologie dovranno pertanto convivere e trovare tra di loro un equilibrio, per cui la maggiore flessibilità garantita dalla "a-causalità" del contratto a termine dovrebbe essere compensata da una riduzione del cuneo fiscale e di alcune voci di contribuzione del contratto unico a tempo indeterminato tale da renderlo meno costoso e più vantaggioso per le aziende. Infatti durante i primi 36 mesi in caso di licenziamento illegittimo la formula di tutela progressiva risulterebbe poco competitiva per il datore di lavoro, che potrebbe comunque utilizzare l'assunzione a termine senza il vincolo dei limiti al potere di recesso, ancorché rappresentati da un'indennità risarcitoria crescente legata all'anzianità. Resta poi la questione della sorte del lavoro a progetto che potrebbe essere assorbito nella fattispecie unica del contratto a protezioni crescenti, nonostante che con l'approvazione del d.lgs. n. 276/2003 abbia avuto un'ampia diffusione anche per l'estensione di specifiche tutele anche a quei soggetti, tradizionalmente inquadrati nella c.d. parasubordinazione, che in precedenza ne erano privi.

Sarà quindi la fase attuativa della delega a stabilire nei testi delegati sia la convenienza rispetto alle altre tipologie contrattuali, sia la tempistica dell'ampliamento delle tutele del contratto di lavoro a protezione crescente, in un contesto regolativo che si pretende semplificato e sfoltito della giungla di fattispecie, molte delle quali raramente applicate, anche se dalla delega non emerge con chiarezza quali siano le fattispecie flessibili che il Governo intenderà abrogare.

La presenza nel disegno di legge-delega dell'intenzione del Governo di introdurre un contratto a tempo indeterminato con tutele che aumentano gradualmente con il passare del tempo ha riaperto il lacerante dibattito sulla flessibilità in uscita che, nelle aspettative più ottimistiche, dovrebbe favorire un migliore contemperamento tra la conservazione del posto e l'interesse di chi è disoccupato in cerca di inserimento nel mercato del lavoro. Anche se le valutazioni in proposito permangono controverse poiché non vi è alcuna diretta dimostrazione che la flessibilità in uscita, così come del resto la

flessibilità in entrata, possa concretamente favorire la ricerca e lo sviluppo dell'occupazione.

È pur vero che la delega riprende l'idea di un contratto a tutele progressive, nel quale la disciplina contro il licenziamento dovrebbe essere sterilizzata solo nella fase iniziale del rapporto. Ma poiché la legge nulla specifica in proposito, rinviando ai decreti attuativi le soluzioni praticabili, il timore che una tutela meramente risarcitoria in caso di licenziamento proporzionata all'anzianità di servizio possa rappresentare una soluzione permanente appare fin troppo evidente. Solo così è possibile giustificare le forti resistenze manifestate dal fronte sindacale all'introduzione del nuovo modello contrattuale ed alla revisione dell'attuale disciplina dei licenziamenti, ancorché limitata alla fase di avvio del rapporto.

Anche se in proposito è appena il caso di osservare che, trattandosi di una delega al Governo, la stessa dovrebbe essere comunque soggetta ai limiti indicati nell'art. 76 Cost., rappresentati notoriamente dalla individuazione di un tempo limitato e da oggetti definiti, che attengono alla specificazione puntuale dei tipi di rapporti e situazioni identificabili nell'ambito di una stessa materia. Pertanto la Costituzione ha inteso vietare non solo il conferimento al Governo dei pieni poteri, ma qualunque legge delegante che non contempli la necessaria previsione dei settori disciplinabili dai conseguenti decreti. Tanto più che nella specie è prevedibile che l'Esecutivo adotterà svariati decreti legislativi nell'adempimento di una delega avente carattere plurimo, in quanto relativa a molteplici profili della disciplina dei rapporti di lavoro collegati ma diversificabili fra loro.

Considerata l'assoluta carenza nella legge-delega di ogni riferimento alla disciplina dei licenziamenti, se si eccettua l'espressione "tutele crescenti" che appare troppo vaga per consentire una qualche previsione, si ha motivo di ritenere che la materia potrebbe essere oggetto di successivi autonomi adattamenti con legge ordinaria. Infatti, il Governo non potrebbe senza delegazione delle Camere emanare decreti legislativi che abbiano valore di legge ordinaria. Diversamente, il Governo eserciterebbe un potere di cui non dispone, con conseguente sua sindacabilità per difetto di delega, mentre la stessa legge delegante, laddove poco rigorosa nella formulazione dei principi e criteri direttivi nonché nella definizione degli oggetti da regolare, sarebbe anch'essa sindacabile da parte della Corte costituzionale per violazione dei requisiti richiesti dall'art. 76, anche prima che entri in vigore il relativo decreto legislativo.

Questione diversa è invece il dato di fatto innegabile che la disciplina dei licenziamenti individuali debba essere aggiornata soprattutto dopo le

modifiche apportate dalla l. n. 92/2012, con il superamento dell'originaria unitarietà della tutela reale. Infatti, in seguito all'emanazione della l. n. 92/2012, è stata introdotta una più articolata graduazione delle sanzioni rimessa al giudice in relazione al vizio di legittimità concretamente riscontrato. Non per caso risulta modificata la stessa rubrica dell'art. 18, l. n. 300/1970, non più limitata alla vecchia «reintegrazione nel posto di lavoro» ma dedicata ora alla «tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo». L'attuale disciplina contempla così quattro distinti regimi sanzionatori in relazione alle diverse ipotesi di invalidità del licenziamento, ora regolate anche sulla base di una più articolata tutela indennitaria applicabile.

Pertanto, la vecchia tutela reale, consistente nella reintegrazione nel posto di lavoro con l'aggiunta delle conseguenze risarcitorie, risulta sostituita in molti casi con una soluzione meramente pecuniaria, che peraltro esclude ogni alternativa alla liquidazione economica e quindi la stessa possibilità di instaurare un nuovo vincolo lavorativo, come avviene invece nella diversa ipotesi della tutela obbligatoria, tuttora regolata dall'art. 8, l. n. 604/1966. Il nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali era stato del resto invocato da più parti al fine di ridurre le gravose conseguenze economiche connesse alla durata del processo, poiché la lite poteva concludersi a distanza di anni con conseguente aggravio economico dell'obbligazione risarcitoria gravante sul datore di lavoro, oltre che a discapito dello stesso soggetto tutelato.

Tuttavia, la soluzione adottata dalla l. n. 92/2012 ha aperto la strada a non poche incertezze interpretative, moltiplicando le causali delle fattispecie illegittime e quelle delle corrispondenti sanzioni, rimettendo inoltre queste ultime alla discrezionalità del magistrato investito della lite, che può disporre comunque la reintegrazione qualora accerti l'insussistenza delle motivazioni addotte dal datore a fondamento del proprio recesso. Soprattutto destano incertezze l'ipotesi della insussistenza della ragione giustificatrice del licenziamento per motivi soggettivi e quella della manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo, entrambe collegate ad una formulazione troppo indeterminata della norma che non trova precedenti nell'ordinamento civile, anche perché riecheggia concetti propri del diritto penale ma nel caso del tutto inadeguati, specie se riferiti alle ipotesi del licenziamento per motivi economici, insuscettibili di graduazione se riconducibili a fatti oggettivamente rilevanti. A dette incertezze si aggiunge pure l'ambigua formulazione del nuovo comma 7 dell'art. 18, secondo cui il giudice può altresì applicare la reintegrazione attenuata senza fornire

particolari indicazioni in ordine a tale possibile opzione, che resta del tutto discrezionale.

Pertanto, sarebbe auspicabile una correzione legislativa che fornisse chiarezza su alcuni aspetti più controversi della disciplina in materia.

Quanto poi alla prospettata revisione della disciplina delle mansioni per contemperare l'interesse dell'impresa con i vincoli sullo *jus variandi*, nonché per adeguare la normativa dei controlli a distanza a suo tempo introdotta dall'art. 4, l. n. 300/1970, con l'evoluzione dei nuovi processi tecnologici è forse il caso di avvertire una diversa esigenza di adeguamento, più opportuna su quest'ultimo aspetto che sul primo.

Infatti, ad una interpretazione iniziale più formalistica e restrittiva, secondo cui l'art. 13, comma 2, della l. n. 300/1970 non ammetterebbe deroghe finanche nell'ipotesi in cui si rendesse necessario soddisfare un concreto interesse del lavoratore, si era già affiancato un orientamento più propenso ad ammettere l'affievolimento delle sue garanzie professionali, in presenza di serie di ragionevoli esigenze aziendali. Ma è soprattutto in presenza della prospettiva della perdita del posto di lavoro che è apparsa più manifesta l'esigenza di superare il divieto della modifica *in peius* delle mansioni, nella convinzione che bisogna salvaguardare il prevalente interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione. In tale linea interpretativa, già ora si tende a giustificare la prassi del c.d. *recesso modificativo*, consistente nel licenziamento, o nelle dimissioni, seguite da una successiva riassunzione, ammesso che il datore riesca poi a superare la presunzione semplice della natura fraudolenta dell'operazione; fino ad orientamenti giurisprudenziali più inclini a considerare legittimi i patti di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, o addirittura provvedimenti di adibizione unilaterale a mansioni non equivalenti, rivolti ad evitare il licenziamento; od ancora mutamenti peggiorativi delle mansioni per periodi transitori in presenza di esigenze aziendali improrogabili, che si giustificano alla stregua dei principi generali di correttezza e buona fede.

In altri casi, è poi la stessa legge a consentire l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, anche inferiori, con diritto alla conservazione della retribuzione di provenienza, come nell'ipotesi della lavoratrice madre durante la gestazione e fino a 7 mesi dopo il parto (si veda l'art. 7, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151); nel caso di sopravvenuta inabilità allo svolgimento delle mansioni contrattuali per infortunio o malattia (si vedano gli artt. 1, comma 7, e 4, comma 4, l. 12 marzo 1999, n. 68); nel caso in cui il lavoratore per motivi sanitari inerenti alla sua persona è allontanato temporaneamente dall'attività

che lo espone ad un agente chimico ed assegnato ad altro posto nell'ambito della stessa azienda (art. 8, commi 1 e 2, d.lgs. 15 agosto 1991, n. 227). Mentre una ipotesi particolare, sulla quale pare soffermarsi ora la legge-delega, è prevista dall'art. 4, comma 11, l. 23 luglio 1991, n. 223, in presenza di una crisi dell'impresa che determini l'esigenza di una riduzione di personale, con la possibilità dell'adibizione a mansioni diverse (anche inferiori), come misura alternativa al licenziamento dei lavoratori in esubero individuati in un accordo sindacale concluso nell'ambito della particolare procedura prevista dalla legge. A tale più remota ipotesi, si è aggiunta poi quella contemplata nel più recente art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011, che pure prevede la possibilità di stipulare accordi in deroga a scapito della professionalità acquisita dai lavoratori sulla base delle finalità indicate dalla norma. Ed in tale direzione, non particolarmente innovativa, sembra porsi pure la delega con la previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le OO.SS. dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi nelle quali è possibile un mutamento delle mansioni.

Più avvertita appare piuttosto la revisione della disciplina dei controlli a distanza, a suo tempo introdotta dall'art. 4, l. n. 300/1970, tenuto conto dell'evoluzione tecnologica e delle nuove esigenze organizzative dell'impresa. L'introduzione su larga scala dell'informatica nell'organizzazione produttiva ha già avuto del resto non pochi riflessi sull'interpretazione dell'art. 4, l. n. 300/1970, poiché molto spesso la potenzialità del controllo risulta insita negli stessi sistemi di lavoro. Inoltre, sul punto, si è formata una vasta casistica che oscilla tra l'utilizzazione di registratori per la verifica del tempo e del ritmo di lavoro dei singoli operatori, all'installazione di dispositivi che inviano messaggi di identità, consistenti ad esempio in tachigrafi o impianti satellitari sugli automezzi di servizio, la cui autorizzazione è strettamente funzionale alla salvaguardia dell'incolumità di persone e cose. In tale contesto, va considerata pure la diffusione delle c.d. etichette intelligenti costituite da un circuito elettronico miniaturizzato contenente informazioni, che può essere collegato a strumenti di monitoraggio del personale in particolare attività lavorative dove si renda necessaria l'esatta localizzazione dei dipendenti, sia pur con l'osservanza di precisi standard normativi, come riconosciuto dalle fonti regolamentari emanate in materia. Ne consegue pertanto una notevole distanza tra le fattispecie rispetto alle quali era stata modellata la soluzione originaria e gli sviluppi successivi, tanto da prospettarsi la necessità di un suo adeguamento legislativo.

Discipline flessibili e cambiamento della funzione della norma inderogabile nella legislazione e nella contrattazione recente

di Giuseppe Santoro Passarelli

1. Premessa

Non si può negare che ormai dal 2008 una crisi economica “globale” senza precedenti stia provocando in Italia la chiusura progressiva di imprese medie e piccole, chiusura che conseguentemente ha generato un tasso di disoccupazione ormai superiore al 12% con punte di disoccupazione giovanile in particolare nel centro sud del 40% e un aumento considerevole del lavoro nero e una prospettiva di crescita inesistente.

Secondo qualche dottrina queste sarebbero cause sufficienti a giustificare nell’attuale contesto socioeconomico il superamento dell’inderogabilità delle norme perché, come è stato detto, tali norme, il più delle volte, a precetto generico si sono moltiplicate fino a regolare tutti gli aspetti del rapporto di lavoro e per questa ragione attuerebbero una sorta di “uniformità oppressiva” che contrasterebbe con le esigenze di sviluppo e di competitività delle imprese e con le mutevoli esigenze della produzione.

In altri termini diventa ancor più stringente la domanda se i principi che regolano il rapporto di lavoro e le tecniche di tutela predisposte dal nostro ordinamento siano ancora efficaci a tutelare l’interesse dei lavoratori al posto di lavoro nel senso che possono essere utilmente fatte valere dagli stessi lavoratori o se invece bisogna accettare la tesi che per garantire l’occupazione l’apparato di tutele predisposto dal nostro ordinamento nell’arco del secolo ventesimo a favore dei lavoratori, in particolare subordinati, debba essere progressivamente smantellato perché, essendo troppo costoso, da un lato

compromette la necessaria competitività delle imprese sul mercato internazionale, e dall'altro, non è attrattivo per le imprese estere che vogliono operare in Italia.

A questa domanda si può rispondere prendendo in esame separatamente:

- 1) il rapporto tra norma inderogabile e autonomia individuale;
- 2) il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello;
- 3) il rapporto tra norma inderogabile e contratto collettivo.

2. La norma inderogabile nel rapporto tra legge e autonomia individuale

Si può ora abbozzare una risposta alla domanda inizialmente posta e cioè quale sia l'incidenza della norma inderogabile sull'autonomia individuale.

Come si è già rilevato l'inderogabilità serve a neutralizzare il diverso potere contrattuale fra le parti, in particolare se si vuole conservare la natura contrattuale dei rapporti di lavoro e sindacali.

È anche vero che la contrapposizione degli interessi immanente nelle relazioni di lavoro e sindacali può essere risolta da metodi decisionali di concertazione tra le forze sociali e il Governo, attraverso il c.d. scambio politico in cui ogni parte contribuisce, nei limiti delle proprie competenze, alla soluzione degli obiettivi prefissati. È opportuno però, avere ben presente, che la concertazione italiana, è allo stato inesistente: appaiono lontani anni-luce i tempi in cui i sindacati conducevano lunghe e laboriose trattative con il Governo su materie importanti come fisco sanità oltre ovviamente alle materie del lavoro. È noto che di recente sono stati velocemente consultati.

D'altra parte la concertazione sia nella forma pregnante del passato sia in quella ridotta della consultazione ben difficilmente può essere omologata al dialogo sociale così come è regolato dalla normativa europea.

Fatta questa premessa si deve osservare che nel nostro ordinamento bisogna distinguere la norma inderogabile con efficacia sostitutiva che sterilizza l'autonomia individuale i cui prodotti difformi dalle norme inderogabili sono sostituiti di diritto dal contenuto delle stesse norme e conseguente conservazione del contratto (si veda l'art. 2077 c.c.) dalla norma inderogabile che va oltre la fase acquisitiva dei diritti ma riguarda la disposizione dei diritti già sorti (art. 2113 c.c.).

Nel primo caso la inderogabilità è assoluta e la sanzione è appunto costituita dalla nullità delle clausole difformi e dalla loro sostituzione con quelle della norma violata, nel secondo caso *l'inderogabilità delle norme da parte*

dell'autonomia individuale non è quasi mai assoluta (con l'eccezione degli artt. 2103, comma 2, c.c. e 36, comma 3, Cost.) nel senso che all'inderogabilità delle norme non corrisponde un'indisponibilità assoluta, ma relativa dei diritti, regolata dall'art. 2113 c.c.

In altri termini nel nostro ordinamento vale il principio, come regola generale, dell'indisponibilità relativa e non assoluta dei diritti del lavoratore subordinato.

Ciò significa che i lavoratori possono disporre dei loro diritti osservando determinate procedure e garanzie secondo quanto dispone l'art. 2113, comma 4, c.c.

Si vuole dire in altri termini che il lavoratore non è un *capite deminutus* perché l'inderogabilità delle norme, pur stabilita a tutela dei suoi diritti, non gli impedisce di valutare tempi e modi di esercizio dei medesimi e di conseguenza ben si può dire che *il regime generale predisposto dall'art. 2113 c.c. a differenza dell'art. 2103, comma 2, c.c. neutralizza la rigidità della norma inderogabile e conseguentemente tempera la c.d. uniformità oppressiva delle norme inderogabili.*

3. Il temperamento della norma inderogabile nel rapporto tra contratti collettivi di diverso livello

Si tratta ora di accertare quale sia il rapporto tra clausole del contratto collettivo nazionale e contratto collettivo così come è regolato dagli accordi interconfederali 28 giugno 2011 e 31 maggio 2013 e di recente dal testo unico del 10 gennaio 2014.

E ancora se questo accordo sia in qualche misura la causa della competizione tra contratti collettivi di diverso livello.

Orbene con questo accordo le parti sociali hanno stabilito che il contratto nazionale può individuare limiti e procedure secondo cui il contratto aziendale può derogare in peggio le clausole del contratto nazionale. E in assenza del contratto collettivo nazionale le modifiche peggiorative possono essere stabilite da intese a livello aziendale ma, in questo caso, tali accordi devono essere stipulati di intesa con le OO.SS. territoriali di categoria espressione delle confederazioni firmatarie dell'accordo interconfederale.

In questa seconda ipotesi, la necessaria approvazione del sindacato esterno supplisce alla mancanza del filtro costituito dal contratto nazionale ed è richiesto, inoltre, il rispetto di ulteriori condizioni relativamente alle materie derogabili e alle finalità dei contratti aziendali in deroga.

Da queste disposizioni si comprende come per la prima volta le parti sociali prendano atto che il contratto aziendale possa derogare *in peius* determinati trattamenti nei limiti previsti dal contratto nazionale.

Anche in questo caso, pertanto, l'uniformità oppressiva delle clausole inderogabili del contratto collettivo nazionale non sussiste perché lo stesso contratto collettivo stabilisce condizioni e modalità per la sua deroga *in peius*.

E inoltre risulta smentita anche la tesi secondo cui la stessa contrattazione collettiva favorirebbe la competizione tra contratti collettivi di diverso livello perché il testo unico del 2014 conferma in modo inequivocabile che le deroghe stabilite a livello aziendale sono ammesse nei limiti e secondo le procedure stabilite dal contratto nazionale.

4. La diversa funzione della norma inderogabile di legge nel rapporto tra legge e contratto collettivo

Quanto al *rapporto tra norma inderogabile di legge e contratto collettivo*, bisogna distinguere le ipotesi in cui la legge-delega la sua funzione regolamentare al contratto collettivo come avviene ad esempio nello sciopero nei servizi pubblici essenziali dove il contratto è delegato ad individuare le prestazioni indispensabili o, nei licenziamenti collettivi, a stabilire i criteri di scelta dei lavoratori che possono essere licenziati. E in questi casi il contratto collettivo assolve ad una funzione integratrice della legge.

In altre ipotesi la legge assegna al contratto collettivo il potere di derogare norme di legge inderogabili.

In questo caso quindi la legge non attribuisce al contratto collettivo il potere di sostituire le clausole difformi del contratto individuale ma autorizza il contratto collettivo a derogare a determinate condizioni norme di legge imperative che comunque restano in vigore. Anche in queste ipotesi, quindi, risulta temperata l'uniformità oppressiva della norma inderogabile.

A tal proposito vale la pena richiamare il citato art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, rubricato *Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*, che abilita i contratti aziendali o territoriali, sottoscritti da particolari soggetti e a determinate condizioni, a regolare specifiche materie indicate dalla legge con due effetti peculiari:

- a) efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati. In questo caso si tratta di una vera e propria efficacia generale perché è stabilita da un atto normativo, diversamente da quanto previsto dalle clausole 4 e 5 dell'accordo interconfederale, che in quanto fonte negoziale ha esso stesso

un'efficacia limitata. Il riferimento a «tutto il personale in forza» contenuto nell'accordo interconfederale deve essere inteso a tutto il personale iscritto alle associazioni espressione delle confederazioni firmatarie;

- b) possibilità di derogare non solo ai contratti nazionali ma anche a norme di legge, con i soli limiti del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

È importante sottolineare che la legge lascia alle parti l'iniziativa in ordine all'effettiva stipulazione di questi particolari contratti aziendali.

Ancora, l'art. 8 individua direttamente le materie sulle quali i contratti di prossimità sono abilitati ad intervenire con efficacia generale e/o derogatoria.

Diversamente da quanto previsto dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011, quindi, si prescinde da eventuali deleghe da parte dei contratti nazionali, con una attribuzione di competenza a titolo originario al contratto di prossimità.

L'aspetto più rilevante, tuttavia, è senza dubbio la competenza derogatoria dei contratti *ex art. 8* spinta fino alle norme di legge, diversamente dai normali contratti aziendali che, per il testo unico del 10 gennaio 2014 possono al massimo derogare le discipline contenute nei contratti nazionali.

Anche in considerazione della vaghezza dei limiti alla efficacia derogatoria (la norma fa salvi il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro), suscita perplessità che modifiche così rilevanti possano essere affidate alla sede sindacale aziendale, notoriamente più condizionata dalla controparte di quanto sia la sede sindacale nazionale.

Ciò non significa ovviamente che si debba limitare la competenza del contratto aziendale a vantaggio del contratto nazionale. È fin troppo evidente infatti che in materia retributiva la competenza del contratto aziendale è destinata ad ampliarsi, fermo restando i minimi stabiliti dal contratto nazionale, indispensabili per quella miriade di lavoratori che prestano la loro opera nelle imprese minori, ovviamente prive del contratto aziendale.

Senza sottacere le riserve sulla costituzionalità dell'art. 8 della l. n. 148/2011, a quanto pare non ancora rimesso allo scrutinio di costituzionalità, si può osservare, sia pure in prima approssimazione, che questa norma vulnera il principio dell'inderogabilità delle norme di legge da parte del contratto collettivo e tende a scardinare il principio della gerarchia tra contratti collettivi di diverso livello perché attribuisce a titolo originario al contratto aziendale la funzione di derogare la norma di legge senza la mediazione del contratto collettivo nazionale.

E, sotto questo profilo, favorisce la competizione tra contratti collettivo nazionale e aziendale con l'obiettivo ultimo del superamento del livello nazionale di contrattazione.

Lo spirito che anima questa norma è dunque diverso da quello che ha spinto le parti sociali prevedere un sistema di deroghe peggiorative a livello aziendale lasciando il governo delle relazioni industriali al sindacato nazionale. E questa diversa impostazione emerge con chiarezza nella postilla del 21 settembre 2011 all'accordo del giugno del 2011 che invita le parti sociali ad attenersi alle procedure previste dallo stesso accordo interconfederale e di conseguenza può considerarsi un invito implicito ai sindacati firmatari degli accordi interconfederali, a non seguire la procedura prevista dall'art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011.

A questo punto si tratta di verificare se il suddetto art. 8 possa considerarsi un episodio normativo ancora isolato o sia destinato a segnare un'inversione di tendenza e cioè che il contratto aziendale sia abilitato a derogare *in pejus* norme di legge.

A questo proposito si deve osservare che la normativa successiva, pur non ricorrendo alla stessa tecnica dell'art. 8 nel senso che non autorizza il contratto aziendale a derogare *in peius* norme di legge, interviene direttamente a modificare talune normative inderogabili che regolavano rapporto di lavoro.

Mi riferisco per esempio alla l. 92/2012 che flessibilizza la disciplina preesistente in materia di licenziamento per giustificato motivo perché riduce l'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione, e riconosce al giudice il potere di decidere se applicare la sanzione della reintegrazione o del risarcimento in caso di licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo.

Anche la recente normativa in materia di contratto a termine, come è noto, ha sicuramente flessibilizzato la disciplina precedente del 2001, perché ha abolito le causali anche se ha demandato al contratto nazionale e non aziendale l'aumento percentuale del contingentamento dei contratti a termine.

Vale la pena chiarire la differenza tra disciplina inderogabile e disciplina flessibile. La prima ha riguardo alla fonte, nel senso che la norma inderogabile non lascia spazio all'autonomia individuale e collettiva se non nei limiti stabiliti dalla stessa normativa inderogabile; viceversa, la disciplina flessibile non sta a significare che la normativa è derogabile ma che la normativa successiva modifica quella precedente attenuando direttamente il codice protettivo precedentemente riconosciuto al lavoratore. In questo senso la disciplina del contratto a tempo determinato del 2014 è sicuramente più flessibile di quella del 2001 e del 2007.

E parimenti se si ha riguardo al *Jobs Act* di questi giorni e cioè alla legge-delega in materia di lavoro, approvata dal Senato, è agevole constatare come essa (art. 1, comma 7) intervenga su materie come le mansioni e classificazione e inquadramento del personale, materie già prese in considerazione dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011, con lo scopo di flessibilizzare la disciplina dell'art. 13 dello Statuto.

In altri termini questa legge-delega sembra eliminare direttamente l'inderogabilità assoluta dell'art. 13 dello Statuto, e, d'altra parte, abilita la contrattazione anche aziendale a prevedere nuove ipotesi di demansionamento. Si noti tuttavia che gli agenti sindacali anche nel caso di contrattazione aziendale restano i sindacati confederali o di categoria.

Nella legge-delega è prevista altresì una revisione della disciplina dei controlli a distanza (art. 1, comma 7, materia già presa in considerazione dall'art. 8) con lo scopo, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica, di contemperare le esigenze produttive e organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore.

5. Conclusioni

Si può concludere, in attesa di leggere il testo dei decreti delegati, che anche la legge-delega ha come obiettivo di attenuare, direttamente e mediante l'ausilio del contratto collettivo, il carattere inderogabile di talune disposizioni dello Statuto dei lavoratori eliminando taluni limiti all'esercizio dei poteri dell'imprenditore.

Viceversa sembra cambiare la funzione della norma inderogabile nel rapporto tra legge e autonomia collettiva perché, come risulta anche dagli esempi sopra citati, le normative più recenti attribuiscono sempre più spesso al contratto collettivo la facoltà di derogare *in peius* alla norme di legge, oppure intervengono direttamente a "*flessibilizzare*" normative previgenti.

Ci si potrebbe domandare, tra l'altro, se la tecnica della sostituzione automatica, baricentro delle tutele accordate dal diritto del lavoro con la norma inderogabile, sia destinata a diventare da fondamento un problema del diritto del lavoro.

La sostituzione automatica risponde, infatti, ad una marcata esigenza di tutela della parte contrattuale debole, i cui interessi sono fatti preventivamente propri dall'ordinamento ed imposti all'altra parte nel momento della determinazione del contenuto del contratto.

Dal punto di vista del lavoratore la sostituzione automatica determina un miglioramento delle condizioni di lavoro, proprio perché il contenuto del contratto stipulato in violazione della norma inderogabile di legge o della clausola inderogabile del contratto collettivo viene rideterminato a suo favore. Dal punto di vista dell'impresa, però, i maggiori costi di questa rideterminazione potrebbero compromettere la possibilità di stare sul mercato e comportare la riduzione dei livelli occupazionali o addirittura la cessazione dell'attività. Ed è innegabile che in periodi di crisi questo rischio è più elevato, con la conseguenza che discipline inderogabili troppo rigide e tutelanti possono in realtà ritorcersi contro quest'ultimo (ma non solo, anche contro gli altri dipendenti) nel momento in cui l'impresa è costretta a chiudere.

Certo il ricorso sempre più spesso al contratto collettivo con il fine di derogare a discipline che possono rivelarsi troppo rigide in determinati contesti può risultare penalizzante per il singolo lavoratore laddove intervengano deroghe peggiorative.

Ma tali tecniche possono rivelarsi indispensabili per garantire i livelli occupazionali nella misura in cui consentono all'impresa di rimanere sul mercato. In quest'ottica, allora, il baricentro delle tutele accordate dal diritto del lavoro, tradizionalmente incentrate sulla protezione del singolo lavoratore come contraente debole, potrebbe tendenzialmente spostarsi verso una dimensione collettiva, tesa a mantenere i livelli occupazionali anche a costo di mettere in discussione principi consolidati e cedere qualcosa sul piano delle garanzie individuali. Le minori garanzie individuali a seguito delle deroghe peggiorative o dell'introduzione di discipline più flessibili rispetto alle precedenti sarebbero controbilanciate dal mantenimento del posto di lavoro, considerato prevalente in un'ottica di contemperamento dei vari interessi.

Si deve anche rilevare, però, che la sempre più estesa facoltà di deroga del contratto nazionale da parte di quello aziendale nel nome della lotta all'uniformità "oppressiva" rischia di compromettere, di fatto, la funzione solidaristica che il contratto nazionale tradizionalmente assume.

Le condizioni minime stabilite nel contratto nazionale, infatti, proprio perché uniformi, sono determinate tenendo conto dei differenti contesti socio-economici del territorio italiano.

Il potenziamento del contratto aziendale in deroga, soprattutto se svincolato dal controllo a monte da parte del contratto nazionale, rischia inevitabilmente di far saltare il primo livello di contrattazione e le relative logiche solidaristiche, a tutto vantaggio di discipline pattizie che tengono conto esclusivamente di interessi particolari, relativamente ai quali ognuno negozia per sé.

Sulle criticità del c.d. *Jobs Act*

di Paolo Tosi

Diceva Franco Carinci che Renzi e il Governo sono insensibili alle pressioni, specie di matrice sindacale. Penso piuttosto che siano mal disposti nei riguardi di quelle che vengono dai canali tradizionali, cioè dai tavoli della concertazione o anche del dialogo sociale, ma non sempre di quelle che si manifestano attraverso le vie informali dei *media*, specie se non sono toccate scelte ritenute imprescindibili.

Un esempio eloquente è offerto dalla vicenda del salario minimo garantito nel passaggio dall'originario disegno di legge alle modifiche recate dal c.d. maxi-emendamento governativo. Qui le pressioni di parte dello schieramento sindacale hanno certamente determinato la scelta dell'esclusione dalla delega dei settori coperti dai contratti di categoria. Eppure questa sarebbe, proprio in quei settori, la via che potrebbe favorire (tra l'altro, rescindendo il tradizionale collegamento giurisprudenziale dei minimi tariffari di categoria con l'art. 36 Cost.) la riscrittura degli equilibri interni del sistema contrattuale sul terreno del governo degli assetti retributivi con l'apertura di spazi effettivi per la retribuzione decentrata di produttività. È quanto però le Confederazioni, specie la Cgil, non vogliono. Basta rammentare come una delle ragioni del suo rifiuto di sottoscrivere l'accordo interconfederale sulla produttività del 2012 fu proprio la previsione di un certo *self restraint* da parte delle federazioni di categoria a vantaggio della contrattazione di secondo livello (aziendale o territoriale).

La stessa cecità il Governo ha dimostrato quando, nel più ampio disegno di politica economica e fiscale, ha previsto l'inseribilità in busta paga del TFR e l'aumento del prelievo fiscale sui rendimenti della previdenza complementare penalizzandola anziché promuoverla ulteriormente quale canale di

compensazione della progressiva contrazione delle pensioni erogate dalla previdenza di base.

Qualche riflessione sulle contraddizioni che affliggono il disegno di legge e sulla elusione in esso riscontrabile di uno snodo essenziale per un effettivo rilancio occupazionale.

Il legislatore delegato viene a più riprese sollecitato alla semplificazione delle procedure, a cominciare da quelle per la CIG, perfino con l'adozione di «meccanismi standardizzati di concessione»; al tempo stesso però viene gravato della «necessità di regolare l'accesso alla cassa integrazione guadagni solo a seguito di esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro, eventualmente destinando una parte delle risorse attribuite alla cassa integrazione a favore dei contratti di solidarietà». Un controllo siffatto richiede all'evidenza un'indagine incompatibile con la semplificazione procedurale e per di più accresce, in una logica chiaramente contenitiva, i poteri discrezionali del Ministero concedente.

Al disegno ulteriormente riduttivo degli ammortizzatori sociali si accompagna il silenzio in materia di licenziamenti collettivi. Anche volendo ritenere che essi rientrino nei «licenziamenti economici» per i quali il legislatore delegato è vincolato ad intervenire «escludendo la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro», su questo versante una diversità di disciplina per i nuovi assunti rispetto ai lavoratori in servizio appare ben difficilmente componibile in un assetto complessivamente razionale.

Non è però possibile ignorare che la disponibilità ad assumere a tempo indeterminato da parte dell'impresa esposta ai flussi del mercato globale dipende dall'affidamento nella possibilità di realizzare tempo per tempo un congruo equilibrio tra personale in carico e personale di cui ha bisogno. Ridotta la valvola di sfogo della CIG, cancellata l'indennità di mobilità s'imporrebbe una disciplina flessibile del licenziamento collettivo accompagnata da una mirata politica di sostegno al reddito dei lavoratori licenziati.

Diceva ancora Franco Carinci che il nostro è il Paese dove i licenziamenti collettivi sono più liberi. Forse sul piano della legge scritta, non certo su quello del diritto vivente, anche dopo la legge Fornero che pur sulla carta ha mantenuto la reintegra solo con riguardo alla disciplina dei criteri di selezione dei lavoratori da licenziare. Ma, a valle dell'orientamento giurisprudenziale consolidato che ricostruisce anche quale contenuto di un diritto individuale azionabile il rispetto delle previsioni procedurali dell'art. 4, l. n. 223/1991, la violazione di tali previsioni si presta ad essere proiettata sulla legittimità

dell'applicazione dei criteri selettivi sotto specie di compromissione della sua conoscibilità da parte del singolo lavoratore.

Resto dunque dell'opinione, più volte manifestata, che la rigidità dissuasiva della propensione ad assumere a tempo indeterminato sia costituita non tanto dall'art. 18, anche vecchio testo, in sé bensì dalla sua esportazione sul terreno dei licenziamenti collettivi.

Notizie sugli autori

| | |
|------------------------------|--|
| Emilio Balletti | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Seconda Università degli Studi di Napoli |
| Francesco Basenghi | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia |
| Alessandro Bellavista | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Palermo |
| Stefano Bellomo | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Perugia |
| Franca Borgogelli | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Siena |
| Alessandro Boscati | Professore straordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Milano |
| Marina Brollo | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Udine |
| Piera Campanella | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo |
| Franco Carinci | già Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bologna Alma Mater Studiorum |
| Carlo Cester | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova |
| Pasquale Chieco | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Bari Aldo Moro |
| Alfonsina De Felice | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Napoli Federico II |
| Marco Esposito | Professore straordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Napoli Parthenope |

| | |
|-----------------------------|--|
| Vincenzo Ferrante | Professore straordinario di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano |
| Alessandro Garilli | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Palermo |
| Domenico Garofalo | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Bari Aldo Moro |
| Donata Gottardi | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Verona |
| Fausta Guarriello | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio |
| Stefano Liebman | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Milano Bocconi |
| Mariella Magnani | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Pavia |
| Sandro Mainardi | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bologna Alma Mater Studiorum |
| Arturo Maresca | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Roma Sapienza |
| Oronzo Mazzotta | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Pisa |
| Luigi Menghini | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Trieste |
| Michele Miscione | Già Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Trieste |
| Mattia Persiani | Professore emerito di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Roma Sapienza |
| Roberto Pessi | Professore ordinario di Diritto del lavoro, LUISS Guido Carli |
| Alberto Pizzoferrato | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bologna Alma Mater Studiorum |
| Giulio Prosperetti | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Roma Tor Vergata |
| Maurizio Ricci | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Foggia |
| Carmelo Romeo | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Catania |

| | |
|------------------------------------|--|
| Francesco Santoni | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Napoli Federico II |
| Giuseppe Santoro Passarelli | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Roma Sapienza |
| Rosario Santucci | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi del Sannio di Benevento |
| Valerio Speciale | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio |
| Paolo Tosi | Già Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Torino |
| Antonio Viscomi | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Catanzaro Magna Græcia |
| Roberto Voza | Professore associato di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Bari Aldo Moro |
| Carlo Zoli | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bologna Alma Mater Studiorum |
| Lorenzo Zoppoli | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Napoli Federico II |

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

1. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), **Lavoro: una riforma a metà del guado**, 2012
2. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), **Lavoro: una riforma sbagliata**, 2012
3. M. Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2012
4. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2012**, 2012
5. AA.VV., **I programmi alla prova**, 2013
6. U. Buratti, L. Casano, L. Petruzzo, **Certificazione delle competenze**, 2013
7. L. Casano (a cura di), **La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?**, 2013
8. F. Fazio, E. Massagli, M. Tiraboschi, **Indice IPCA e contrattazione collettiva**, 2013
9. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, **In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine**, 2013
10. M. Tiraboschi (a cura di), **Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale**, 2013
11. U. Buratti, **Proposte per un lavoro pubblico non burocratico**, 2013
12. A. Sánchez-Castañeda, C. Reynoso Castillo, B. Palli, **Il subappalto: un fenomeno globale**, 2013
13. A. Maresca, V. Berti, E. Giorgi, L. Lama, R. Lama, A. Lepore, D. Mezzacapo, F. Schiavetti, **La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231**, 2013
14. F. Carinci, **Il diritto del lavoro in Italia: a proposito del rapporto tra Scuole, Maestri e Allievi**, 2013
15. G. Zilio Grandi, E. Massagli (a cura di), **Dal decreto-legge n. 76/2013 alla legge n. 99/2013 e circolari "correttive": schede di sintesi**, 2013
16. G. Bertagna, U. Buratti, F. Fazio, M. Tiraboschi (a cura di), **La regolazione dei tirocini formativi in Italia dopo la legge Fornero**, 2013
17. R. Zucaro (a cura di), **I licenziamenti in Italia e Germania**, 2013

18. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2013**, 2013
19. L. Mella Méndez, **Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo**, 2014
20. F. Carinci (a cura di), **Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte costituzionale n. 231/2013**, 2014
21. M. Tiraboschi (a cura di), **Jobs Act - Le misure per favorire il rilancio dell'occupazione, riformare il mercato del lavoro ed il sistema delle tutele**, 2014
22. M. Tiraboschi (a cura di), **Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34. Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese - Prime interpretazioni e valutazioni di sistema**, 2014
23. G. Gamberini (a cura di), **Progettare per modernizzare. Il Codice semplificato del lavoro**, 2014
24. U. Buratti, C. Piovesan, M. Tiraboschi (a cura di), **Apprendistato: quadro comparato e buone prassi**, 2014
25. M. Tiraboschi (a cura di), **Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro**, 2014
26. F. Carinci (a cura di), **Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014**, 2014
27. S. Varva (a cura di), **Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento**, 2014
28. R. Scolastici, **Scritti scelti di lavoro e relazioni industriali**, 2014
29. M. Tiraboschi (a cura di), **Catastrofi naturali, disastri tecnologici, lavoro e welfare**, 2014
30. F. Carinci, G. Zilio Grandi (a cura di), **La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto I**, 2014
31. E. Massagli (a cura di), **Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva**, 2014
32. F. Carinci (a cura di), **La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto II**, 2014
33. S. Stefanovichj, **La disabilità e la non autosufficienza nella contrattazione collettiva italiana, alla luce della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020**, 2014
34. AA.VV., **Crisi economica e riforme del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna**, 2014
35. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2014**, 2014

36. M. Tiraboschi (a cura di), **Occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche**, 2015
37. F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), **I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni**, 2015
38. M. Soldera, **Dieci anni di staff leasing. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato nell'esperienza concreta**, 2015
39. M. Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2015

SOCI ADAPT

| | | |
|---------------------------------------|--|---|
| ABI | Confindustria Verona | Gi Group |
| AgustaWestland | Confindustria Vicenza | Ifoa |
| Aifos | Confprofessioni | IKEA Italia Retail |
| AIALOG | Consiglio regionale Veneto – ANCL – Associaz. nazionale cons. lavoro | INAIL |
| ANCC-Coop | Consorzio formazione&lavoro | Isfol |
| ANCE | Coopfond-Legacoop nazionale | Italia Lavoro |
| Angem | Cremonini | KPMG |
| ANINSEI | Dussmann Service | LVH-APA |
| Anmil Onlus | Ebinter | Manpower |
| Assoimprenditori Alto Adige | Ebiter Taranto | Manutencoop |
| Assolavoro | Electrolux Italia | Marelli motori |
| Assosistema | Elior Ristorazione | Marsica Innovation & Techology s.r.l. - LFoundry |
| Banca Popolare dell'Emilia Romagna | Enel | MCL |
| Campagnolo | Eni | Provincia di Verona |
| Chiesi Farmaceutici | Esselunga | Quanta |
| CIA | Farmindustria | Randstad Italia |
| Cimolai | Federalberghi | Sodexo Italia |
| CISL | Federdistribuzione | Sodexo Motivation Solutions Italia |
| CISL Funzione Pubblica | FederlegnoArredo | Synergie Italia Agenzia per il lavoro |
| CNA | Federmeccanica | Telecom Italia |
| CNA pensionati | Fedit | Tempor |
| Coldiretti | FILCA-CISL | Trenkwalder |
| Confagricoltura | Fincantieri | UGL |
| Confartigianato | FIPE | UIL |
| Confcommercio | FISASCAT-CISL | Umana |
| Confcooperative | Fondazione CRUI | Unindustria Treviso |
| Confesercenti | Fondazione studi consulenti del lavoro | Union Labor |
| Confimi Impresa | Fondirigenti | |
| Confindustria | | |
| Confindustria Bergamo | | |

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

