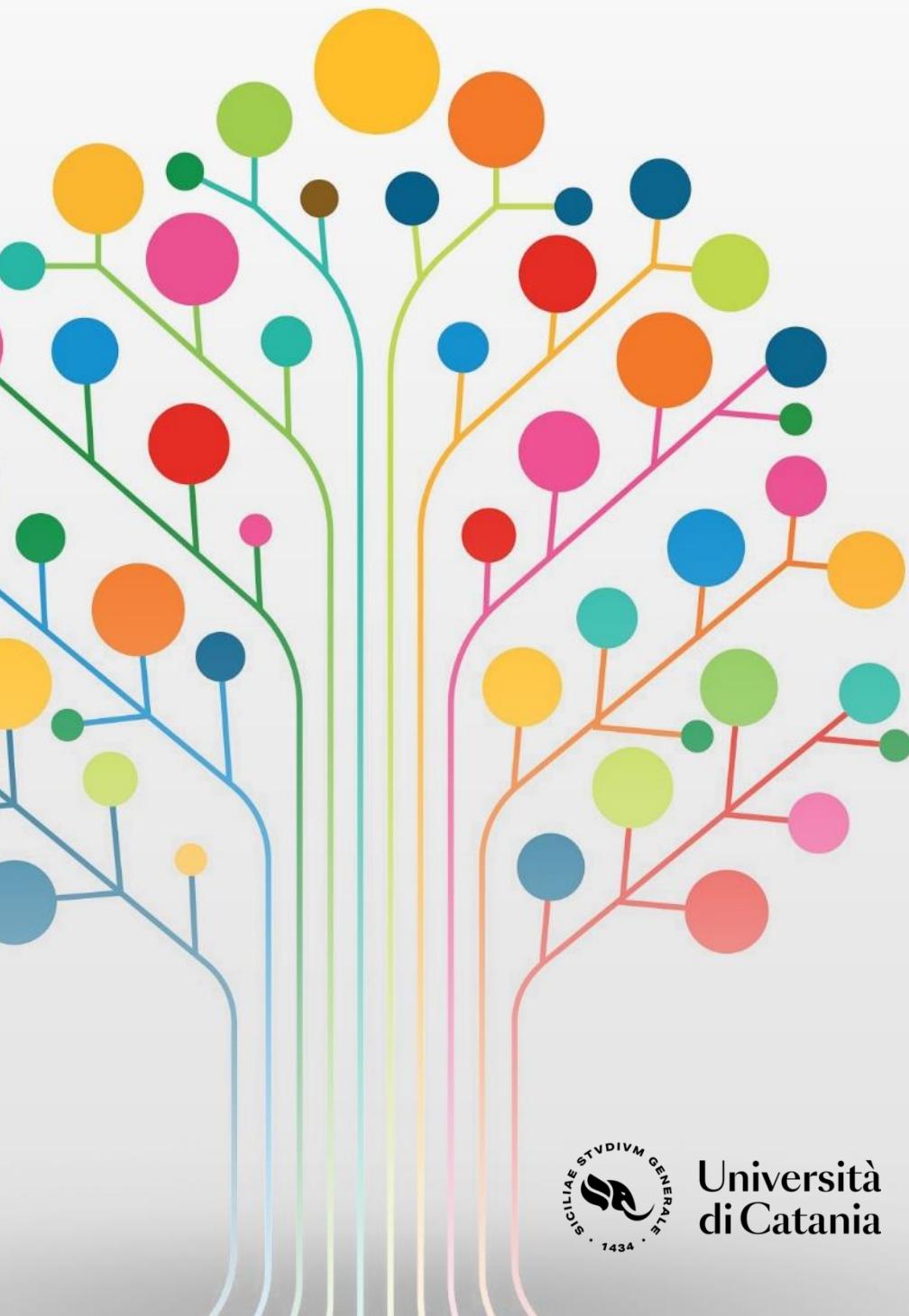


1/2009

20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

FABIO RAVELLI, Università di Brescia

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

FORELLA LUNARDON, Università del Piemonte orientale

MARINA BROLLO, Università di Udine

LUCA RATTI, Università di Bologna

FRANCESCA MARINELLI, Università di Milano

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

ORSOLA RAZZOLINI, Università "L. Bocconi"

VALERIO TALAMO, Dipartimento della Funzione pubblica di Roma

SOMMARIO

| | |
|--|-----|
| La giurisprudenza del lavoro ed il 'diritto vivente' sulle regole interpretative | |
| Valerio Speziale | 1 |
| Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46/07) | |
| Fabio Ravelli | 45 |
| Tecnica e politica delle citazioni | |
| Franco Carinci - Fiorella Lunardon - Marina Brollo | 56 |
| Agency Work and the Idea of Dual Employership: A Comparative Perspective | |
| Luca Ratti | 87 |
| Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche e ambigue risposte del legislatore | |
| Francesca Marinelli | 122 |
| Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali | |
| Franco Carinci | 142 |
| La contrattazione collettiva dopo la delega | |
| Lorenzo Zoppoli | 157 |
| La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009 | |
| Franco Carinci | 169 |
| Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da “unicità di impresa” | |
| Orsola Razzolini | 200 |
| Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico | |
| Valerio Talamo | 238 |

La giurisprudenza del lavoro ed il 'diritto vivente' sulle regole interpretative*

Valerio Speziale

| | |
|---|----|
| 1. La giurisprudenza oggi e l'uso delle tecniche interpretative | 2 |
| 2. La crisi delle tecniche interpretative | 4 |
| 3. La «libertà» del giudice nella applicazione della legge | 7 |
| 4. L'art. 12 delle preleggi ed il dibattito sulla interpretazione | 9 |
| 5. Il «nichilismo interpretativo»: critica | 15 |
| 6. Il «diritto vivente» e l'interpretazione | 19 |
| 7. Le regole sull'interpretazione introdotte dal «diritto vivente» | 23 |
| 8. L'«autorità» del diritto vivente sulla interpretazione e la necessità di regole «a priori» sulla attività interpretativa | 26 |
| 9. L'applicazione delle tecniche interpretative in alcune sentenze | 29 |
| 10. Il giudice come «legislatore di ultima istanza»: critica | 35 |
| 11. Le regole sull'interpretazione e le dinamiche sociali | 36 |
| Riferimenti bibliografici | 39 |
| Abbreviazioni | 43 |

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 82/2009

1. La giurisprudenza oggi e l'uso delle tecniche interpretative

Non vi è dubbio che negli ultimi anni gli orientamenti giurisprudenziali hanno acquisito un'importanza sempre maggiore e condizionano in misura superiore al passato il dibattito giuridico, politico e sociale. Il rilievo crescente della giurisprudenza non è soltanto quantitativo, come attesta l'aumento esponenziale delle sentenze della Cassazione rispetto agli anni '80 e '90, ma anche qualitativo. Questa realtà non dipende soltanto dall'aumento della regolamentazione legislativa (a tutti livelli, centrali e locali) e normativa in genere (regolamenti, atti amministrativi «generali», contratti ed accordi collettivi ecc.). L'incremento regolativo è certamente importante, perché determina una espansione dei diritti individuali e collettivi, amplia la «giustiziabilità» delle situazioni concrete ed enfatizza il ruolo di mediazione sociale del giudice nel momento in cui interpreta ed applica le disposizioni. E non è un caso che la stampa, proprio per il ruolo più significativo svolto dalle sentenze sulla vita quotidiana dei cittadini, dedica ampio spazio alle decisioni più eclatanti. La giurisprudenza, tuttavia, svolge un ruolo sempre più rilevante anche in mancanza di fonti normative espresse o con la reinterpretazione in senso evolutivo di normative esistenti. In relazione al primo aspetto è sufficiente pensare che la «supremazia» del diritto comunitario su quello nazionale ed i rapporti tra i due ordinamenti è stato originariamente definito da alcune importanti decisioni della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea (oltre che della Cassazione), in assenza di disposizioni espresse che regolino la materia¹. Mentre, per quanto attiene, ad esempio, ai confini del danno risarcibile, la Corte Costituzionale e la Cassazione, a normativa invariata, hanno esteso in modo rilevante i limiti e le tipologie dei danni non patrimoniali. Molti altri esempi si potrebbero fare, anche in relazione alla giurisprudenza del lavoro (come dimostrano, ad esempio, gli orientamenti della Corte Costituzionale e della Cassazione in materia di licenziamento disciplinare ed applicazione dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori).

Lo studioso del diritto del lavoro è certamente meno sorpreso di quanto sta accadendo. La sua materia, infatti, da sempre è fortemente condizionata dalla giurisprudenza. Basta pensare al diritto sindacale, dove, in alcuni casi la disciplina si basa su un complesso ed articolato diritto giurisprudenziale emanato in assenza totale di regole legislative, o con l'adattamento di norme pensate per contesti giuridici completamente diversi. Si consideri, ad esempio, lo sciopero nel settore privato che si fonda soltanto sull'art. 40 Cost. e sulla giurisprudenza costituzionale e ordinaria. Oppure le disposizioni del codice civile relative ai contratti collettivi di diritto corporativo, che erano fonti del diritto e che sono state reinterprete ed applicate dai giudici ai contratti collettivi attuali generalmente considerati come espressione di autonomia privata collettiva. Si pensi, in particolare, alla giurisprudenza (ormai superata) sull'art. 2070 c.c.² o a quella sull'art. 2077. Analoghe considerazioni possono essere estese anche al diritto del rapporto individuale di lavoro, in tema, ad esempio, di «giusta retribuzione» ai sensi dell'art. 36 Cost. o, in tempi più recenti, per la qualificazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo quale *estrema ratio*. Tuttavia il lavorista, anche se più abituato alla influenza e dinamicità del diritto giurisprudenziale, non può non essere stupito di quanto sta accadendo.

¹ Qui ovviamente ci si riferisce a norme di raccordo tra fonti comunitarie e nazionali, perché è evidente che la interpretazione della giurisprudenza non si regge sul vuoto, ma sulle disposizioni dei Trattati UE e CE e sulla Costituzione.

² L'applicabilità dell'art. 2070 c.c. ai contratti collettivi di diritto comune è stata negata dalla Cassazione soltanto dalla metà degli anni novanta (Cass., S.U., 26.3.1997 n. 2665, GC, 1997, I, 1999 e molte altre successive).

Vi è in primo luogo una evidente instabilità degli orientamenti giurisprudenziali. Rispetto al passato, i contrasti sono notevolmente aumentati e stentano a consolidarsi in un orientamento uniforme. Il fenomeno si registra tra i giudici di merito e nella Sezione Lavoro della Cassazione, che, seppure unica nella struttura, esprime giudizi assai diversi a seconda dei magistrati che la compongono. Anche la funzione delle Sezioni Unite sembra essersi affievolita. Sentenze pensate per mettere un punto fermo su materie contrastate vengono subito (o quasi subito) immediatamente smentite dalla stessa Corte suprema o dai giudici dei diversi gradi di giudizio, in molti casi senza neanche dare conto della esistenza di un precedente che – anche se non vincolante da un punto di vista strettamente giuridico – dovrebbe quantomeno essere preso in considerazione per motivare per quale ragione non lo si voglia seguire. L'impressione è quella di un generale «affievolimento» dell'autorità del precedente giurisprudenziale sia dal punto di vista gerarchico (la Cassazione o le sentenze interpretative della Corte Costituzionale sui giudici di merito), sia per quanto attiene al vincolo interpretativo (almeno sotto la forma di una motivazione che spieghi il perché si intenda non aderire ad un certo orientamento).

L'insoddisfazione è ancora maggiore se si analizzano le argomentazioni utilizzate nelle sentenze. In alcuni casi la motivazione è così carente (ridotta in poche righe che nulla, o quasi, dicono sulle ragioni in base alle quali si è giunti ad una certa conclusione), da sollevare il dubbio che si possa considerare rispettato il canone costituzionale dell'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali (art. 111, c. 6, Cost.). In altre decisioni si nota una mancanza di coerenza interna nelle giustificazioni adottate (che appaiono logicamente deboli o contraddittorie), o fondate su argomenti del tutto opinabili. L'insoddisfazione non è relativa ai contenuti delle decisioni. Questi ultimi sono sempre discutibili e dipendono da tante diverse variabili (tra cui le capacità, le conoscenze e le opzioni di valore da cui ciascun giurista è influenzato). Il rilievo negativo più evidente è la carenza nell'uso delle regole interpretative.

Le sentenze si riferiscono a casi concreti che nascono dall'applicazione di testi normativi espressi in fonti legali o in atti contrattuali. Il giurista o l'operatore del diritto si attenderebbero che il giudice, quando interpreta questi testi per risolvere la controversia, lo faccia utilizzando delle regole che, oltre ad essere racchiuse in disposizioni di legge (art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c.; artt. 1362 ss. c.c.), sono in qualche misura parte del suo bagaglio culturale. Tra queste ad esempio la formulazione letterale della disposizione (pur in tutte le sue possibili variabili di senso connesse alla «elasticità e vaghezza» del linguaggio), la *ratio* perseguita dal legislatore, la lettura sistematica dell'enunciato normativo nel contesto di altre disposizioni e così via. Su queste regole, che sono fonte di accese discussioni, si tornerà in seguito. Il problema è che di esse, in molte sentenze, non vi è traccia alcuna e questo nonostante vi sia una rilevante quantità di precedenti giurisprudenziali proprio sulle tecniche interpretative. Inoltre, le regole sull'interpretazione sono usate in modo del tutto peculiare, almeno rispetto alla «tradizione» ed alle aspettative del giurista. Ad esempio, in molte decisioni si nota una vera e propria insofferenza per il testo della disposizione, la cui interpretazione avviene a prescindere dalla formulazione letterale, nonostante l'importanza fondamentale di questo canone interpretativo e senza argomentare il perché di questa esclusione. Oppure il giudice enfatizza un dato secondario, ad esempio una certa interpretazione suggerita da una circolare ministeriale, e non spiega per quale ragione questo elemento debba prevalere su una pluralità di altre regole che porterebbero ad una conclusione completamente

diversa. Ovviamente non è possibile generalizzare, perché vi sono anche numerose decisioni molto accurate sia nella motivazione che nell'uso delle regole interpretative³.

Sembrerebbe che, nei casi sopra criticati, la giurisprudenza utilizzi il «metodo eclettico», che «consente al giudice di selezionare, per ogni controversia, le direttive interpretative di volta in volta più adeguate a *giustificare a posteriori* l'esito sostanziale suggerito dalle 'opzioni politiche o ideologiche' cui il giudice stesso abbia ritenuto di aderire»⁴. Oppure esse sarebbero espressione del «metodo del realismo intuizionistico» (una «variante estrema del metodo eclettico»), secondo il quale il giudice deve «badare al sodo dei rapporti di forza, siano essi economici o politici; le decisioni giudiziali devono essere arbitraggi tra interessi confliggenti; ciò che conta è la giustizia sostanziale del caso concreto, non gli argomenti che possono essere addotti per giustificare le decisioni...»⁵. Se così fosse, saremmo in presenza di metodi interpretativi assai lontani da quelli che appartengono al bagaglio culturale tradizionale del giurista e che, tra l'altro, sembrano configurare una radicale alterazione del rapporto tra fonti normative ed attività del giudice. Quest'ultimo non «applicherebbe» la legge, ma «creerebbe» di volta in volta «il diritto» necessario a risolvere il caso concreto.

Le questioni sono ovviamente assai complesse. Non pretendo di fornire una spiegazione certa e tanto meno una soluzione. Il mio scopo, assai più modesto, è quello di aiutare a comprendere i problemi sollecitati da questi orientamenti giurisprudenziali ed esprimere alcune riflessioni su questi temi.

2. La crisi delle tecniche interpretative

La crisi delle tecniche di interpretazione può trovare spiegazione in molteplici fattori. Si prendano, ad esempio, due «argomenti interpretativi» essenziali che sono codificati nell'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile: l'interpretazione letterale (il senso della legge fatto palese «dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse») e «l'intenzione del legislatore». Questi canoni interpretativi sono stati lungamente analizzati e se ne è rilevata la indeterminatezza e la possibilità di utilizzare, con lo stesso nome, tecniche diverse⁶. Tralasciando per adesso questi problemi, va detto che certamente le modifiche intervenute nel contesto sociale e giuridico e nella formulazione dei documenti normativi hanno reso più problematica la loro utilizzazione.

È difficile, ad esempio, pensare che la «lettera» del testo possa avere un valore determinante a fronte della diffusione di norme «aperte» o di clausole generali che affidano al giudice il compito di determinarne l'effettivo contenuto e che sono prive di una formulazione linguistica

³ Per l'analisi della giurisprudenza in materia v. *infra* § 9.

⁴ Chiassoni 2008, 3. Sul concetto di «direttive interpretative» v. *infra* § 4.

⁵ Chiassoni 2008, 3.

⁶ V. *infra* § 4.

dettagliata⁷. Si pensi alle nozioni di giusta causa o giustificato motivo o alle «comprovate ragioni tecniche, organizzative» che consentono il trasferimento del lavoratore⁸.

In relazione sempre al canone della lettera della legge, si è già osservato «il degrado del linguaggio tecnico giuridico e, in generale, dell'arte di fare le leggi» e la perdita, nel linguaggio comune, del «rigore lessicale e sintattico⁹. Tra l'altro le modalità di formazione di molti testi normativi - realizzati in «concitati» processi legislativi caratterizzati dall'introduzione di miriadi di emendamenti - enfatizzano l'indeterminatezza del linguaggio. Senza dimenticare, inoltre, che, nel diritto del lavoro, molte leggi formalizzano il contenuto di accordi collettivi tra le parti sociali, con il vincolo di non cambiare le espressioni contenute nel testo contrattuale, che spesso sono ambigue perché esprimono un delicato compromesso tra interessi confliggenti¹⁰. In sostanza, «aumentano le variabili interpretative e le lacune dei testi legali. Di qui la frequente necessità di ricorrere ad argomenti di logica delle preferenze per giustificare la scelta dell'una o l'altra delle interpretazioni possibili o dell'uno o l'altro dei progetti ermeneuticamente proponibili di decisione dei casi non previsti»¹¹.

I fenomeni indicati, ovviamente, rendono anche più difficile l'individuazione della «intenzione del legislatore», sia nella sua variante soggettiva (la volontà di coloro che hanno predisposto materialmente la legge), sia in quella oggettiva (la *ratio* della disposizione quale scaturisce dal suo esame e dalle finalità perseguitate)¹².

Anche il criterio dell'interpretazione sistematica, che costituisce una delle tecniche più tradizionali, è messo in crisi dai fenomeni sopradescritti. Questa regola, come è noto, presuppone una lettura della disposizione nel contesto in cui si colloca e si fonda sulla «presunzione di coerenza (assenza di antinomie) e congruenza (assenza di disarmonie assiologiche) dell'ordinamento giuridico»¹³. La «caoticità» della produzione legislativa e l'affastellarsi di testi che rispecchiano logiche e valori diversi (frutto di delicati equilibri politici) rendono sempre più difficile leggere una normativa alla luce della sua coerenza e congruenza¹⁴.

⁷ Mengoni 1996, 98; Id. 1986, 9 ss.; Zagrebelsky 1992a, 186 – 187; Di Majo 1984, 540 ss.; Castronovo 1986, 25; Guarneri 1988, 403 ss.

⁸ Lo stesso può dirsi per le «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro» connesse al contratto a t. determinato.

⁹ Mengoni 1996, 97

¹⁰ In questi casi a volte l'ambiguità è voluta, perché solo in tale modo si trova un accordo con un testo che lascia aperte diverse interpretazioni che ciascuno dei contraenti farà propria e cercherà poi di imporre nella prassi applicativa. Si rinvia, su tali aspetti a Guerra 2008, 8; Vidiri 2003, 88.

¹¹ Mengoni 1996, 98.

¹² Su tali aspetti v. *infra* § 4.

¹³ Guastini 2004, 167. Sull'interpretazione sistematica v. *infra* testo e nt. 64.

¹⁴ Da questo punto di vista le recenti riforme sul contratto a termine sono un caso paradigmatico. Dopo i contrasti insorti sull'art. 1 del d.lgs. 368/2001 in relazione al carattere temporaneo o meno della causale, il legislatore del 2007 ha inteso rafforzare la prima interpretazione con l'aggiunta del c. «01» («il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato»). Pochi mesi dopo, il nuovo governo non ha modificato il testo prima indicato, pur riformando la materia con la legge 133/2008. Tuttavia, la nuova normativa ha introdotto, alla fine del c. 1, un inciso («anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro»), che, soprattutto se letto con la espressione simile prevista per la somministrazione di mano d'opera, ha chiaramente la finalità di rendere «più flessibile» la disciplina. A mio giudizio, in sede di interpretazione sistematica, è possibile attribuire alla disposizione un significato che

Ma la «sofferenza» dei canoni interpretativi tradizionali si lega anche a fenomeni strutturali di cambiamento della realtà sociale e del diritto. In primo luogo il mutamento della stessa concezione dell'interpretazione. Nel positivismo ottocentesco il giudice era la «bocca della legge» che si limitava a «scoprire» il significato - voluto dal legislatore - di disposizioni che avevano un senso preciso ed erano espressioni di valori stabili e coerenti¹⁵. Questa funzione dell'interpretazione, che corrispondeva ad un modello del tutto astratto ed irrealistico anche nell'epoca in cui fu ideata, è stata radicalmente messa in discussione da importanti cambiamenti politici e sociali e dalla stessa evoluzione degli studi sull'interpretazione. Oggi è diffusa l'idea che il testo della legge (la disposizione) è un elemento di un processo ermeneutico che conduce alla definizione del suo contenuto (la norma), che può essere anche molto diverso da quanto, ad una prima lettura, è effettivamente scritto. Il giudice, in sostanza, non scopre - tramite sillogismi «automatici»¹⁶ - un significato già esistente, ma lo «crea» attraverso l'interpretazione, anche se, ovviamente, vi è ampia discussione sui limiti e sui contenuti di tale attività creativa¹⁷. E, per comprendere come questa concezione rappresenti un «comune sentire», basta ricordare che il Presidente della Corte Costituzionale, in tempi recenti, ha affermato che «anche i giudici, costituzionali e comuni, risultano a pieno titolo coinvolti, sia pure entro confini determinati, in una sorta di processo allargato di produzione legislativa, in quanto titolari di attribuzioni direttamente derivanti dalla Costituzione»¹⁸.

Questa attività creativa, ovviamente, esalta la discrezionalità del giudice, che, in una società «aperta», caratterizzata dal pluralismo dei valori «ed in cui gli stessi valori costituzionali sono variamente interpretati e soppesati», sarà chiamato ad un'opera di «bilanciamento di beni e di interessi, soppesando vantaggi e svantaggi, secondo diversi punti di vista, delle varie soluzioni ipotizzabili»¹⁹. E non a caso si è affermato che «la causa dell'incertezza nei processi di applicazione del diritto non è in una cattiva disposizione mentale dei giuristi ma nel deperimento di un quadro di principi di senso e valore generalmente condiviso»²⁰. Senza dimenticare inoltre che, in questa opera di bilanciamento e concretizzazione della legge, il giudice è direttamente investito del

conferma le esigenze temporanee. Non vi è dubbio, peraltro, che, nel medesimo art. 1, sono presenti espressioni diverse, ispirate a differenti opzioni di politica del diritto, che sicuramente non facilitano una lettura «coerente e congruente».

¹⁵ Ho usato nel testo l'espressione «positivismo ottocentesco» per definire «la teoria del diritto dominante nel secolo XIX: quel modo di vedere secondo cui (...) un ordinamento giuridico è un insieme di norme completo e coerente, l'interpretazione del diritto è un atto di conoscenza (non di volontà), la sua applicazione è logico – deduttiva» (Guastini 2007, 2, che, riprendendo le tesi di Norberto Bobbio, qualifica questa teoria come «positivismo teorico»). Va detto, peraltro, che il termine «positivismo» racchiude diversi significati (che riflettono differenti teorie del diritto). Si tratta infatti «di una intera tradizione di pensiero che copre più di due secoli e comprende un gran numero di teorie spesso tra di loro configgenti anche su questioni centrali» (Civitarese Matteucci 2006a, 703). Mi pare, peraltro, che sulle caratteristiche del positivismo nato alla fine del secolo XIX vi sia concordanza nell'attribuirgli le caratteristiche sopra indicate. Sul positivismo giuridico e sulle polemiche sorte, anche di recente, sul tema (dovute in parte anche al saggio di Baldassarre 2005), oltre agli autori citati, si rinvia a Scarpelli U. 1965, Bobbio 1965, Civitarese Matteucci 2006b, 66 ss., Baldassarre 2007 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹⁶ Mengoni 1996, 69; Baldassarre 2007, 5.

¹⁷ V. *infra* nel testo.

¹⁸ Chieppa 2003, 3180.

¹⁹ Mengoni 1996, 97 e 98.

²⁰ Zagrebelsky 1992a, 201. Si tratta di un'opinione assai diffusa. Si vedano, tra gli altri, Marinelli 2008, 45 ss.; Baldassarre 2007, 41 ss. Si è rilevato che il «pluralismo - o “politeismo” (Max Weber) - dei valori etico-normativi» determina differenti «visioni del mondo», «che si riflettono fatalmente in interpretazioni alternative e configgenti delle medesime disposizioni» (Chiassoni 2007, 144 - 145).

potere di verificare se e in che misura i principi della Costituzione (o dell'ordinamento comunitario) siano direttamente coinvolti con il caso da decidere²¹, in coerenza con una evoluzione dell'ordinamento che enfatizza il ruolo di «valori metalegislativi»²² incorporati nei testi costituzionali quali strumenti di controllo assiologico del diritto positivo. Questi mutamenti «rendono sempre meno rispondente alla realtà la figura del giudice politicamente irresponsabile, vincolato a una decisione già programmata da una specifica previsione normativa formulata in termini condizionali (se x, allora y). Oggi il giudice deve frequentemente integrare la fattispecie normativa o trovare da sé la regola di decisione...»²³.

È evidente che in questo contesto il giudice mal sopporti l'esistenza di regole interpretative (come quelle codificate nell'art. 12 delle preleggi) che limitano la sua discrezionalità e tende a fondare la propria decisione anche *contro* di esse, nella misura in cui queste ultime non riflettano quella funzione di mediazione sociale continua che la società contemporanea sembra affidargli²⁴. Inoltre, in questo nuovo ambiente, le ideologie che permeano la società sottopongo il giudice, che non si sente più vincolato alla «sacralità» del testo normativo ed alla volontà del legislatore, a tensioni meta giuridiche che influenzano le sue decisioni e alimentano «l'insofferenza» verso canoni interpretativi rigidi.

3. La «libertà» del giudice nella applicazione della legge

La situazione sopra delineata implica necessariamente la rinuncia a qualsiasi pretesa di trovare delle regole generali e condivise che governano l'interpretazione? La domanda non è retorica ed anzi sembra vi sia chi abbia risposto in questo senso. In un testo ormai diventato famoso²⁵, l'autore afferma che è il caso concreto che determina le regole giuridiche da applicare e non la disposizione prevista dalla legge. Il giudice deve partire da un'ipotesi specifica (un fatto a cui è attribuito un «senso» ed un «valore») e deve poi cercare la norma adeguata²⁶. Se la regola giuridica risponde alle esigenze del caso non vi sono problemi. Altrimenti il giudice deve adattare il

²¹ Il principio è ormai consolidato nel nostro ordinamento. Si rinvia sul tema, tra gli altri, a Onida 1977, 537, 593; Paladin 1996, 110 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Malfatti, Panizza, Romboli 2003, 313 ss.; Romboli 2002, 249 ss.; Romboli 2006, 6 ss.; Bin 2006 11 ss.; Nogler 2007, 597.

²² Mengoni 1996, 39.

²³ Mengoni 1996, 98. La funzione integrativa o sostitutiva del giudice è sostenuta anche da Zagrebelsky 1992a, 200 ss.; Baldassarre 2007, 31 ss.; Romboli 2006, 4 ss.; Paladin 1996, 110 ss. e molti altri (v. *infra* nel testo e § 11).

²⁴ Su tale funzione e sull'importanza che essa svolge nella produzione normativa si rinvia a Baldassarre 2007, 42. Si è anche affermato che «l'indebolimento del pensiero dogmatico... è una delle cause dell'instabilità della giurisprudenza e anche dell'insorgere in qualche parte di essa di una certa *hybris* insofferente al vincolo della legge» (Mengoni 1996, 88). Un'affermazione, questa condivisibile, anche se a mio giudizio le ragioni fondamentali di questa situazione sono quelle indicate nel testo.

²⁵ Zagrebelsky 1992a.

²⁶ «Il fatto, di per sé, nella sua semplice realtà storico-materiale... non avanza pretese, è muto e non postula "adeguatezza" (Zagrebelsky 1992a, 189). Tuttavia, il caso concreto a cui il fatto si riferisce non può essere disciplinato da una regola di diritto se non se ne trova il «senso» e «valore». «Per "senso" si deve intendere qui la connessione tra un'azione e il suo "prodotto sociale"» (in sostanza, le conseguenze che tale azione produce nella società). «Ad esempio, lo stesso fatto materiale della morte procurata ad un uomo può essere inteso in molti differenti "sensi": come mezzo rivolto contro la vita altrui, oppure contro le sofferenze altrui (eutanasia)... oppure come difesa di un bene primario proprio o altrui (legittima difesa)...» (Id. 187 – 188). «La comprensione di senso conduce e condiziona la comprensione di valore in vista del giudizio» (una cosa sono i valori coinvolti nell'omicidio volontario, altri quelli connessi all'eutanasia), fermo restando che «il "senso" e il "valore" che devono avere rilievo dal punto di vista dell'applicazione giudiziaria hanno un significato oggettivo, non soggettivo» (Id. 188).

significato dei testi normativi per cercare la «giustizia sostanziale», ricordando che «le esigenze dei casi valgono di più della volontà legislativa e possono invalidarla»²⁷. In relazione ai metodi di interpretazione, si è sostenuto che «la ricerca della regola non è determinata dal metodo, ma è il metodo a essere conseguenza della (direzione della) ricerca, dipendendo da ciò che si vuole trovare»²⁸. Si è detto che in questo modo «il giudice deve – prima - decidere il caso secondo giustizia (in accordo, cioè, con i suoi privati sentimenti di giustizia) e – poi - cercare nell'ordinamento una norma idonea a giustificare la sua decisione»²⁹.

Ritengo che il pensiero di Zagrebelsky può essere interpretato anche in modo diverso (la necessità di attribuire al caso concreto rilievo determinante ai fini dell'interpretazione e di trovare, se necessario, regole nuove nell'ambito dei principi costituzionali)³⁰.

Tuttavia, se il pensiero dell'autore è quello prima descritto in modo più ampio³¹, troviamo in questo caso la razionalizzazione espressa di alcune delle tecniche giurisprudenziali in precedenza indicate. Il riferimento è al «metodo eclettico» o a quelle del «realismo intuizionistico» già richiamati in precedenza³². A me sembra che questa teoria e la giurisprudenza che vi fa (più o meno inconsapevolmente) riferimento, a parte le numerose obiezioni specifiche che si potrebbero sollevare³³, costituiscono la teorizzazione del giudizio equitativo del giudice, seppure nei limiti complessivi definiti dai principi e valori costituzionali. Non è un caso che Zagrebelsky rivaluti l'equità, seppure depurata dal suo fondamento «giusnaturalistico» e finalizzata a realizzare le «esigenze di giustizia sostanziale che si trovano materializzate nei casi che chiedono di essere risolti nei termini del diritto»³⁴.

Non vi è dubbio che una simile teoria è contraddetta da una molteplicità di fonti normative di segno opposto, tra cui, prima di tutto, l'art. 101 della Costituzione («I giudici sono soggetti soltanto alla legge»), le varie disposizioni che limitano il giudizio equitativo ai casi espressamente previsti dalla legge (art. 113 c.p.c.), che sottopongono le sentenze di merito al controllo su una eventuale «violazione di legge» (art. 360, n. 3, c.p.c.) o che ribadiscono la necessità di indicare le norme ed i principi di diritto nella motivazione della sentenza (art. 118, c. 2, disp. att. c.p.c.) e

²⁷ Zagrebelsky 1992a, 183.

²⁸ Zagrebelsky 1992a, 184. Si potrebbe dire che «ancora una volta: non è il procedimento a disposizione del giudice che determina il risultato, ma il risultato a cui si vuol giungere che determina la regola che di volta in volta viene adottata» (Bobbio 1968a, 701). I metodi di interpretazione si configurerebbero «come possibilità, offerte all'interprete, di legittimare i risultati desiderati o comunque ritenuti più appropriati» (Viola, Zaccaria 1999, 212).

²⁹ Guastini 2004, 281, nt. 34.

³⁰ Si veda, ad esempio, quanto da lui affermato (1992a) nelle pagine 181, 183 e 210.

³¹ Ritengo che il pensiero di Zagrebelsky ha un certo margine di ambiguità e consente anche l'interpretazione proposta nel testo. Non vi è dubbio, peraltro, che la tesi qui criticata sia stata considerata come quella «autentica» (si vedano, ad esempio, Guastini 2004, 281, nt. 34 e Bognetti 2004, 6).

³² V. *retro* nt. 4 e 5.

³³ Si vedano, ad esempio, le serrate critiche di Guastini 2004, 281, nt. 34

³⁴ Zagrebelsky 1992a, 205 e 204. E, a conferma del suo pensiero, l'autore afferma che «...attraverso l'interpretazione e, eventualmente, la questione di costituzionalità, i giudici hanno il potere (e il dovere) di far prevalere l'equità sulla mera volontà del legislatore» (corsivo mio: Id. 1992a, 215, nt. 22).

altre ancora³⁵. In definitiva, l'indubbia maggiore discrezionalità del giudice nell'interpretare ed applicare le disposizioni non si traduce nel potere di creare «norme *ad hoc*» che, prescindendo dalla legge o *contro* il suo contenuto, consentano ai giudici di sostituirsi al potere legislativo, trasformandoli nei «padroni del diritto» (un evento considerato in realtà in modo negativo anche da chi ha usato questa espressione)³⁶.

Il giudice, dunque «non è la legge» e se il testo che la contiene non rappresenta per il magistrato «un semplice “punto di partenza” (P. Haberle) sul quale la “società aperta degli interpreti” può liberamente (secondo le proprie logiche culturali) costruire i significati normativi»³⁷, il limite del rispetto della legge e della necessità di ricostruire il suo significato determinano un duplice effetto. In primo luogo, se il magistrato non è libero di attribuire ad una disposizione qualsiasi significato ma è in qualche misura condizionato da un testo normativo, le regole sulla interpretazione acquistano un valore determinante per controllare in che modo egli abbia attribuito un senso a certi enunciati ed abbia argomentato le proprie decisioni. Inoltre, il vincolo della legge impone al giudice anche al rispetto delle disposizioni sulla interpretazione, quando, come nel nostro caso, l'ordinamento giuridico codifica una disciplina della materia. Se ed in che misura tali regole sono obbligatorie ed efficaci è un altro discorso. Ma, almeno dal punto di vista teorico, il giudice non può prescindere da esse, trascurando completamente le tecniche interpretative poste dal diritto positivo.

4. L'art. 12 delle preleggi ed il dibattito sulla interpretazione

Le regole sulla interpretazione previste dalla legge (ad es. gli artt. 12 e 14 delle disposizioni preliminari al c.c. o le altre fonti che, direttamente o indirettamente, si occupano del tema)³⁸ sono state peraltro oggetto di una forte svalutazione da parte della dottrina o comunque di critiche radicali. In relazione all'art. 12 delle preleggi - che è l'unico preso in considerazione in questa sede³⁹ - si è negato il valore precettivo di tale disposizione, che, insieme alle altre in materia, non

³⁵ Tra queste l'art. 114 c.p.c. (giudizio di equità su istanza di parte e su diritti disponibili); l'art. 822 c.p.c. («gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità»), la necessità di indicare, nel ricorso per cassazione, le «norme di diritto su cui si fondono» i motivi di impugnazione (art. 366, c. 1, n. 4 c.p.c.) ecc.

³⁶ Zagrebelsky ritiene che l'eccezionale importanza oggi acquisita dalla funzione giurisdizionale potrebbe portare a «riconoscere nei giudici gli attuali "padroni del diritto"». «Ma i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia» (Zagrebelsky 1992a, 208 e 213).

³⁷ Baldassarre 2007, 34.

³⁸ Un elenco delle disposizioni in materia, sparse nel codice e nelle leggi speciali, è espresso da Guastini 2004, 184 ss. Tra queste, l'art. 1, c. 4, della l. 10.12.1990 n. 287, secondo cui l'interpretazione delle disposizioni contenute nel titolo primo della legge stessa è «effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza» (si rinvia, sul punto, a Rescigno G.U. 2008, 18).

³⁹ Per evidenti ragioni (il tema analizzato è ... sconfinato), l'analisi si soffermerà soltanto sull'art. 12 delle preleggi e sulle disposizioni relative alla interpretazione dei contratti e non sulle altre disposizioni in materia. Ovviamente non ci si occuperà neanche dell'analogia, che, anche se coerente con l'argomento (l'interpretazione, infatti, è il mezzo con cui si estendono analogicamente le disposizioni: Bobbio 1968b, 604; Caiani 1958, 349 ss.; Quadri 1974, 269 ss.; Tarello 1980, 350 ss. Giuliani 1999, 428 ss.) riguarda «piuttosto l'integrazione del diritto» (Guastini 2004, 184).

sarebbero «vere e proprie norme giuridiche»⁴⁰ o, sarebbero del tutto «inutili»⁴¹. Ma anche tra coloro che affermano il carattere giuridico di queste disposizioni⁴² vi sono quelli secondo i quali esse hanno il solo scopo di ridurre il margine di libertà interpretativa, perché introducono «vincoli agli operatori dell'applicazione, come giudici e funzionari amministrativi», anche se «lasciano aperta la strada a diverse possibilità interpretative (in concreto, a diverse scale di privilegiamento dei diversi argomenti interpretativi)»⁴³. Per altri, lo scopo dell'art. 12 sarebbe soltanto quello di evitare «ogni *interpretazione* puramente *arbitraria* o *cervellotica*», e la disposizione avrebbe un contenuto «volontariamente indeterminato»⁴⁴. Vi sono anche opinioni diverse, secondo le quali l'art. 12 non è inutile o non deve essere ignorato. Tra queste, ad esempio, si è sostenuto che l'articolo contiene «almeno tre regole fondamentali»⁴⁵. Tuttavia l'orientamento prima descritto è molto diffuso⁴⁶.

Questa tendenza, d'altra parte, rispecchia la stessa problematicità del tema. Si è osservato che «la parola *interpretazione* ha significati diversi: non so dire quanti (e dubito possano essere elencati)» e se vi sia «un elemento comune» tra essi⁴⁷. In realtà, mi sembra che la definizione di interpretazione più accettabile e condivisa sia quella secondo la quale l'interpretare è «l'attività che consiste nel *determinare il significato di una disposizione...*»⁴⁸, ricavandone «norme» (che sono il risultato del processo interpretativo e, quindi, esprimono il significato ad essa attribuito)⁴⁹. Ma a

⁴⁰ Tarello 1980, 299; Paladin 1996, 104 (a questi due autori si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche); Giuliani 1999, 417; Sacco 1999, 266.

⁴¹ Bobbio 1938, 127; Paladin 1996, 104 (con altre citazioni).

⁴² A giudizio di Sacco «oggi la dottrina italiana ammette tutta, senza farsi problemi, che l'interprete sia soggetto alle regole dettate dal legislatore» (1999, 266, con indicazioni bibliografiche).

⁴³ Tarello, 1980, 303 e 306. Betti (1949, 137 ss.) ritiene che la disposizione delle preleggi introduca limiti al potere interpretativo della magistratura. Anche Ross (1958, 153) afferma che le regole interpretative (inclusa quelle contenute nell'art. 12) riducono l'area della discrezionalità del giudice. E non va dimenticata l'opinione secondo la quale l'art. 12 delle preleggi non solo sarebbe rivolto ai giudici, ma avrebbe un rilievo costituzionale, definendo i confini tra potere legislativo e giudiziario (Gorla 1969, 234 ss.).

⁴⁴ Chiassoni 2008, 24; Id. 2007, 154.

⁴⁵ Rescigno G. U. 2008, 20, in relazione all'uso della analogia e dei principi sussidiari dell'ordinamento giuridico e soprattutto con riferimento alla «regola per cui nessuno può ignorare le parole scritte dal legislatore (nel senso ampio del termine legislatore) e qualunque conclusione di ordine giuridico deve partire dalle parole ufficiali del legislatore pertinenti al caso e concludere sempre leva in qualche modo su tali parole...».

⁴⁶ Paladin (1996, 104) afferma che i canoni contenuti nell'art. 12 «sono apertamente svalutati – in forme più o meno radicali – ad opera di molti e autorevoli studiosi dell'interpretazione». In senso analogo Romboli 2006, 23, che ritiene che l'art. 12 sia «un vecchio arnese» (con ulteriori citazioni). Sacco, che pur ritiene che l'art. 12 delle preleggi vincoli l'interprete, rileva che dai contenuti dell'art. 12 «si cava poco» (1999, 266, 268).

⁴⁷ Rescigno G. U. 2008, 30. Chiassoni (2007, 50, nt. 2) rileva che «pressoché qualunque scritto sull'interpretazione giuridica contiene una stipulazione [...] di una o più nozioni di "interpretazione"» e ne fornisce un lungo esempio con molte diverse definizioni di vari autori (M.S. Giannini, Gorla, Betti, Tarello, Sacco, Scarpelli, Jori e altri).

⁴⁸ Chiassoni 2007, 50.

⁴⁹ In tal senso Guastini 2004, 99 ss.; Id. 1998, 16 (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Sacco 1999, 261; Tarello 1980, 63 ss.; Zagrebelsky 1992b, 69; Paladin 1996, 102 (che cita numerosi altri autori favorevoli a questa tesi); Crisafulli V. 1993, 46; Modugno 1998, 5 ss. Rescigno G.U. (2008, 6 ss., 11 ss.) distingue la «comprehensione» dalla «interpretazione», partendo dal presupposto che l'interprete, dinanzi ad un caso, deve rispondere ad una «domanda» («quali sono le norme poste dal legislatore applicabili al caso»: 6). La «comprehensione» consiste nell'attività con cui l'operatore giuridico comprende le parole del testo e le applica al caso concreto che deve decidere (perché le parole sono sufficienti a rispondere alla domanda). «L'interpretazione» si ha quando il significato ricavabile dalla disposizione non consente di rispondere alla domanda e, pertanto, l'interprete deve manipolare uno o più enunciati ricavabili dal sistema per trarne una norma non scritta. L'autore, dunque, propende per un significato molto più ristretto dell'attività interpretativa. Si potrebbe dire peraltro che, anche quando le parole del testo sono estremamente chiare e rispondono ad una determinata domanda

parte i problemi di definizione (che, peraltro, sono espressione di diverse concezioni dell'interpretazione nell'ambito della teoria generale del diritto), l'art. 12 delle disposizioni preliminari è stato variamente criticato nei suoi contenuti, perché «il suo significato non è affatto chiaro ed univoco»⁵⁰

Si è discusso, ad esempio, se il riferimento alla «legge», che riguarda non solo l'atto legislativo in senso formale, ma «tutte le fonti del diritto senza eccezioni»⁵¹ implichi che anche la Costituzione o le leggi costituzionali debbano essere interpretate ai sensi dell'art. 12⁵². Inoltre si è affermato che la locuzione «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», che si riferisce alla formulazione letterale del testo normativo, ponga problemi ulteriori. Un primo aspetto problematico, in realtà, si lega, più che alle parole utilizzate dall'art. 12, alla idoneità o meno del testo scritto a fornire significati univoci. Infatti, si è sottolineato che il linguaggio ordinario e quello giuridico sono dotati di una «pluralità di sensi» (si è parlato della «vaghezza semantica» delle disposizioni)⁵³ e che l'art. delle preleggi esaminato implicitamente confermi questa realtà⁵⁴. La indeterminatezza del linguaggio comune e di quello tecnico è sostenuta con diverse graduazioni. A chi afferma che prima della interpretazione non vi è alcun significato e che i giudici possano attribuire al testo qualsiasi contenuto⁵⁵ si affianca chi ritiene che la vaghezza semantica non è infinita e che il testo normativo ammette più di un significato, ma non qualsiasi «senso» in base alla discrezionalità dell'interprete⁵⁶. Altri distinguono tra casi chiari e casi difficili o tra testi univoci e testi equivoci ed oscuri, sottolineando il diverso grado di chiarezza del linguaggio in relazione alle differenti ipotesi⁵⁷. Si sostiene poi che l'idea di cogliere il significato soltanto in base al dato puramente linguistico è illusoria, perché il «senso» della disposizione può essere colto soltanto in un

(e quindi si «comprendono»), il lettore attribuisce sempre un significato alla disposizione e, quindi, la interpreta. A parte questa considerazione (che tocca il problema di definire convenzionalmente cosa sia l'interpretazione), concordo pienamente con l'a. quando critica la presunta «oscurità totale» di tutte le disposizioni e la possibilità, per l'interprete, di attribuire ad esse qualunque significato (ma sul punto v. *infra* § 5).

⁵⁰ Guastini 2004, 184. La problematicità del contenuto dell'art. 12 è sottolineata anche da Marinelli 2008, 9 ss.; Paladin 1996, 104 (che parla di disposizione ambigua); Sacco 1999, 267 ss., Chiassoni 2007, 148 ss.; Id. 2008, 13; Modugno 1998, 81 ss.

⁵¹ Guastini 2004, 187, che afferma che questa «è l'opinione concorde della dottrina e della giurisprudenza»; Chiassoni 2007, 148.

⁵² Tarello (1980, 307 ss.) distingue tra diversi organi (Presidente della Repubblica, Parlamento ecc.) e ritiene che la Corte costituzionale non è vincolata dall'art. 12 nella interpretazione della Costituzione. Nello stesso senso Modugno 1998, 84. Paladin (1996, 111) esclude che la norma delle preleggi sia applicabile alla legge fondamentale. Guastini (2004, 296 – 297) elenca gli argomenti a favore e contro la tesi positiva e quella negativa, anche se ritiene che l'interpretazione della Costituzione non abbia alcuna specificità rispetto a qualsiasi testo normativo (277 ss.). Quest'ultima tesi è stata definita «sconcertante» da G. U. Rescigno (2007, 17 ss.).

⁵³ Luzzati 1990; Marinelli 2008, 7 ss.

⁵⁴ Chiassoni 2007, 148, secondo il quale il tenore della disposizione fa pensare che «una stessa "legge" può avere, di fatto, una pluralità di significati, suggerita dal divieto di attribuire alla legge un "senso" diverso da quello accreditato sulla base delle direttive ermeneutiche contestualmente indicate»; Id. 2008, 12.

⁵⁵ È la tesi dello «scetticismo estremo», sostenuta, ad esempio, da Troper 1999, 473 ss., Tarello 1974, 265 ss., 389 ss., 403 ss.

⁵⁶ Secondo la teoria «scettica moderata», su cui v. Guastini 2004, 27 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche); Modugno 1998, 6 ss.; Sacco 1999, 174 ss. Uno dei più autorevoli esponenti della teoria scettica è H. Kelsen secondo cui ogni testo normativo fornisce una «cornice» (*frame*) di possibili significati tutte ugualmente possibili (Kelsen 1934, 80; Id. 1950, XVI; Id. 1966, 384).

⁵⁷ Si tratta della teoria «eclettica», che vanta studiosi importanti (Hart. 1961; MacCormick 1978) e che è analizzata da Modugno 1998, 8 ss.; Guastini 2004, 28 ss.; Chiassoni 2007, 143 ss. (a questi due ultimi autori si rinvia per la bibliografia). A quelle indicate si aggiunge la teoria «cognitiva» (l'interpretazione è un atto di conoscenza che consiste nello «scoprire» il significato già contenuto nel testo, che viene così svelato), che trova fondamento nel pensiero di Savigny (Tarello 1980, 57, nt. 42) e che «è oggi ormai generalmente creduta» (Guastini 2004, 34). Per un'analisi delle varie teorie indicate nelle note precedenti v. Diciotti 2003, 5 ss.

determinato contesto (e cioè nell'ambito «di situazioni reali o ipotetiche identificate da una serie di caratteristiche "essenziali", o "assunti di fondo", selezionati e considerati dall'interprete»)⁵⁸.

A parte i problemi descritti, altri ne nascono in relazione alla formulazione specifica dell'art. 12. Ci si è domandati, ad esempio, se il «senso» a cui fa riferimento la disposizione debba essere inteso in relazione al linguaggio comune o a quello tecnico giuridico e, risolti questo aspetto, quale dei due debba prevalere in caso di contrasto nei significati ricavabili dalle due formulazioni. Inoltre ci si chiede se la «lettera» debba essere ricostruita utilizzando le regole linguistiche dell'epoca in cui il testo fu redatto, oppure in base a quelle esistenti al momento della applicazione⁵⁹. La «intenzione del legislatore» è stata intesa in senso soggettivo (la volontà dell'organo legiferante desumibile dai lavori preparatori o da altre indagini storiografiche) o come «volontà oggettiva» (la finalità perseguita dalle disposizioni, la *ratio* desumibile da una lettura sistematica della normativa) o in entrambe le versioni⁶⁰. Tra l'altro, l'art. 12 pone sullo stesso piano interpretazione letterale ed «intenzione» e non spiega se tra essi vi sia un ordine gerarchico, se debbano essere usati simultaneamente e quale dei due criteri debba prevalere qualora la loro applicazione conduca ad esiti interpretativi diversi⁶¹.

Va detto, peraltro, che i problemi descritti non esauriscono il tema. Non vi è dubbio, ad esempio, che le tecniche interpretative non siano soltanto quelle previste nell'art. 12, anche se formulazione letterale ed intenzione del legislatore sono regole universalmente utilizzate, radicate «nella cultura giuridica occidentale» ed elevate a norme di diritto positivo «in numerosi ordinamenti»⁶². Il che, a ben vedere, dimostra che questa disposizione non può essere considerata «un vecchio arnese» ormai inutilizzabile e da mettere da parte. È indiscutibile, peraltro, che il giurista si avvale di molte e diverse tecniche, definite con termini diversi («argomenti interpretativi», «canoni» «direttive», «regole», «codici», «metodi», «principi»), che l'art. 12 non considera in alcun modo e che sono il frutto di una elaborazione culturale secolare⁶³.

In questo ambito vanno ricordati l'argomento sistematico (che deriverebbe implicitamente dalla interpretazione logica desumibile dall'art. 12)⁶⁴, quello *a contrario* (nelle varianti interpretativa e produttiva), ed *a fortiori*. Non vanno dimenticati, poi, l'argomento «apagogico» (o «per assurdo»), analogico, dei principi generali, quello della «dissociazione», l'argomento autoritativo, economico, «orientato alle conseguenze» ed altri ancora. Tra le tecniche ermeneutiche, inoltre, vanno

⁵⁸ Chiassoni 2007, 84 con indicazioni bibliografiche. Secondo Paladin (1996, 106) anche l'art. 12 delle preleggi attribuisce particolare rilievo al contesto in cui risultano inserite le locuzioni linguistiche.

⁵⁹ Chiassoni 2007, 82 e 149; Id. 2008, 13 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche). Conf. Paladin 1996, 105. Si vedano anche le osservazioni di Marinelli 2008, 37 ss., 84 ss.; Guastini 2004, 187 ss.; Sacco 1999, 210 ss.

⁶⁰ Chiassoni 2007, 150; Id. 2008, 16 ss.; Guastini 2004, 184; Marinelli 2008, 10; Paladin 1996, 107; Sacco 1999, 188 ss.; Tarello 1980, 364 ss., 370 ss.

⁶¹ Chiassoni 2007, 150 - 151; Id. 2008, 19; Guastini 2004, 189 ss.; Marinelli 2008, 9; Zagrebelsky 1992a, 184 ss.

⁶² Chiassoni 2007, 81 e 84. Tarello, (1980, 287 ss.) ricostruisce, anche storicamente, l'evoluzione delle varie disposizioni sull'interpretazione adottate in alcuni ordinamenti giuridici europei, con un costante riferimento al «significato proprio delle parole» ed alla «intenzione del legislatore». L'importanza del criterio letterale in altri ordinamenti è sottolineata anche da Monasteri 1993, 36 ss.

⁶³ Per la fungibilità terminologica delle regole interpretative v. Chiassoni 2007, 79 – 80.

⁶⁴ Chiassoni 2007, 150; Id. 2008, 18; Paladin 1996, 106. Sull'interpretazione sistematica si rinvia a Tarello 1980, 375 ss.; Lazzaro 1965; Velluzzi 2002; Sacco 1999, 232 ss.; Guastini 2004, 167 ss.

incluse anche l'interpretazione estensiva, restrittiva, evolutiva, adeguatrice così via⁶⁵. Le tecniche descritte, che servono a giustificare la scelta di determinate interpretazioni e quindi ad argomentare la soluzione prescelta, sono «innumerevoli»⁶⁶, anche se molte sono riconducibili a quelle sopra elencate⁶⁷. La dottrina, peraltro, ne ha moltiplicato concettualmente il numero. In una recente analisi, fondata su «direttive ermeneutiche», che sono equivalenti agli «argomenti» prima analizzati, si è sostenuto che l'interprete dovrebbe utilizzare direttive primarie (tra cui l'interpretazione letterale e secondo l'intenzione del legislatore), direttive secondarie (che disciplinano «l'uso delle direttive primarie e pongono criteri per valutare la correttezza» delle interpretazioni fondate su quelle primarie)⁶⁸ e direttive assiomatiche (le scelte di valore che orientano la selezione delle direttive primarie e secondarie). L'interpretazione richiederebbe l'uso di decine di direttive incluse nelle tre categorie sopradescritte, anche se la selezione di alcune tra esse ne dovrrebbe ridurre il numero⁶⁹.

Oltre alla difficoltà di individuare le tecniche interpretative, un problema ancora più complesso è quello di trovare un criterio gerarchico tra i vari argomenti che consenta di selezionarli e stabilire una scala di preferenze nel loro uso (una questione che, come si è visto, si pone anche per l'art. 12 delle preleggi).

Vi è chi, ad esempio, nega qualsiasi ordine preferenziale e ritiene che essi possano essere tutti legittimamente utilizzati⁷⁰. Anzi, proprio la mancanza di un criterio che indichi quale regola di interpretazione si debba usare ed il carattere impreciso delle regole stesse consentirebbe di giungere a risultati interpretativi inconciliabili, anche se tutti razionalmente giustificabili⁷¹. Altri ritengono che una gerarchia nelle tecniche di interpretazione, seppure relativa, possa essere individuata⁷², pur nell'ambito di una forte discrezionalità nella scelta delle regole utilizzabili che accentua il «soggettivismo» dei risultati interpretativi. In sostanza, anche se con accenti diversi, è diffusa l'opinione che la pluralità delle tecniche interpretative che possono essere usate in relazione al medesimo testo normativo può condurre ad enucleare contenuti delle disposizioni del tutto diversi (come nel caso, ad esempio, in cui si utilizzi il solo criterio dell'interpretazione letterale o, al contrario, esclusivamente quello della *ratio*, oppure si preferisca l'interpretazione sistematica rispetto a quella estensiva e così via)⁷³.

⁶⁵ Sugli argomenti interpretativi si rinvia Tarello 1980, 341 ss.; Modugno 1998, 61 ss.; Guastini 2004, 139 ss.; Chiassoni 2007, 80 ss.; Id. 2008, 6 ss.

⁶⁶ Guastini 2004, 142.

⁶⁷ Tarello (1980, 341 ss.) individua 15 argomenti. Altri autori variano da 10 a 20 (Guastini 2004, 142, nt. 9) o ne sottolineano il numero variabile (Sacco 1999, 205), fino alla recente elaborazione di Chiassoni (v. nt. 69).

⁶⁸ Chiassoni 2007, 100.

⁶⁹ Chiassoni 2007, 78 ss.; Id. 2008, 6 ss. L'autore individua 26 direttive primarie ed un numero elevato di ulteriori direttive secondarie ed assiologiche. Chiassoni si ispira a Tarello (1980), Guastini (2004), Wroblewsky (1976 e 1989) ed Alexy (1998), con l'intento di «combinare le idee portanti dei quattro modelli» interpretativi di questi autori e con l'elaborazione di un proprio «modello, incentrato sulla nozione di codice interpretativo» (2007, 79).

⁷⁰ Zagrebelsky 1992a, 184 ss.; Ross 1958, 153; Guastini 2004, 141 ss.; Marinelli 2008, 9 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

⁷¹ Così, ad es., Ross 1958, 153 – 154.

⁷² Cfr., ad es., Chiassoni 2007, 80 ss. ed Alexy 1998.

⁷³ Guastini 2004, 50 – 51; Diciotti 2003, 64: «gli argomenti dell'interpretazione, insomma, considerando la loro varietà e la loro adattabilità per il conseguimento di obiettivi differenti, sembrano consentire l'attribuzione agli enunciati legislativi di tutti i loro possibili significati».

Gli studi in materia, peraltro, hanno da tempo sottolineato come, oltre a quelli indicati (la «vaghezza semantica» dei testi normativi; la rilevanza del contesto entro cui la disposizione è letta; la lacunosità dell'art. 12 delle preleggi; la molteplicità delle tecniche interpretative ed il loro uso selettivo) altri fattori incrementino la discrezionalità dell'interprete e la «parzialità» delle soluzioni proposte. L'interpretazione, secondo la «teoria ermeneutica», ha una struttura «dialettica» e un andamento «circolare»⁷⁴. L'interprete si avvicina al testo in base alla propria «precomprensione», che è «un pre – giudizio sul contenuto del testo, in anticipo sui, e a scapito dei, risultati dell'esegesi; un pregiudizio che spinge l'interpretazione verso esiti segnati dall'arbitrio soggettivo»⁷⁵. Esso consiste nell'insieme di valori, ideologie, emozioni, esperienze che, più o meno consapevolmente, condizionano la lettura della disposizione e l'attribuzione di significato⁷⁶. Si pensi, nel diritto del lavoro, alla «ideologia» della flessibilità quale strumento di incremento dell'occupazione o, al contrario, quale fattore di destrutturazione e precarizzazione del lavoro. Tra le precomprensioni vanno incluse anche le tesi dogmatiche (una certa teoria del contratto, la tutela del contraente debole ecc.) che individuano una serie di concetti astratti che influenzano il lettore⁷⁷. L'interprete deve avere «“una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi” per assoggettarli al controllo della riflessione critica». Egli «deve essere costantemente disposto a mettere alla prova la sua precomprensione, a confrontarla criticamente, in relazione al problema proposto, con le parole del testo e a introdurre nelle proprie aspettative di senso tutte le correzioni richieste dalla esegesi del testo»⁷⁸. Le precomprensioni, peraltro, includono anche le diverse «ideologie dell'interpretazione (e cioè le concezioni sul ruolo che l'attività interpretativa è destinata a svolgere). Si è detto, infatti, che ogni metodo interpretativo «rinvia [...] a una certa concezione ontologica del diritto: per esempio, l'interpretazione esegetica rinvia all'idea del diritto come protocollo di una volontà legislativa perfettamente e completamente dichiarata; l'interpretazione secondo l'intenzione del legislatore all'idea positivistica del diritto come (mera) volontà di questo» e così via⁷⁹. Altri hanno sottolineato come via sia una «ideologia statica» dell'interpretazione, informata ai valori «della certezza del diritto, della stabilità diacronica della disciplina giuridica dei rapporti sociali e della prevedibilità delle decisioni interpretative giudiziali». A questa si affianca una «ideologia dinamica», che mira, attraverso l'interpretazione, al continuo

⁷⁴ Guastini 2004, 22. La teoria ermeneutica trova fondamenti essenziali nel pensiero di Heidegger 1927, Gadamer 1960 ed Esser 1972. Per un'analisi approfondita del suo significato e della sua profonda influenza, oltre a Guastini 2004, v. Zaccaria 1984; Mengoni 1996, 2 ss.; Viola, Zaccaria 1999, 189 ss.; Zaccaria 1996; Sacco 1999, 271 ss.; Baldassarre 2007, 33 ss.

⁷⁵ Mengoni 1996, 6 – 7.

⁷⁶ Si rinvia, in particolare, a Gadamer ed Esser citati nella precedente nt. 74. Si vedano anche le osservazioni di Sacco 1999, 176 ss. e Baldassarre 2007, 33 ss.

⁷⁷ Guastini (2004, 50) ritiene che «l'interpretazione è fatalmente sempre condizionata» dalle tesi dogmatiche. Conf. Chiassoni 2007, 144. Mengoni (1996, 19), in polemica con Wróblewsky (che valutava le precomprensioni solo in relazione alle preferenze di valore soggettive) ritiene che «elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificatamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso». Anche Tarello (1980, 54 ss.) assegna un particolare rilievo alla influenza della dottrina nell'interpretazione.

⁷⁸ Mengoni 1996, 11 che riproduce il pensiero di Gadamer 1960, 316. Le diverse precomprensioni possono avere un livello di consapevolezza differente. A quelle più inconsce (ad es. i pregiudizi morali), si affiancano quelle più o meno avvertite (la tradizione dogmatica a cui fa riferimento Mengoni), sino alle ideologie più scoperte, come quella della flessibilità di cui si è parlato nel testo.

⁷⁹ Zagrebelsky 1992a, 185, che esprime le stesse conclusioni per l'interpretazione sistematica, storica, sociologica ecc.

adattamento del diritto positivo alle esigenze della vita sociale e che esalta la funzione creatrice del diritto da parte del giudice⁸⁰.

Nel «circolo» interpretativo⁸¹, il significato del testo della disposizione deve essere individuato prima di tutto in astratto per cercare di coglierne il senso e verificando se le proprie precomprensioni (nell'ampia formulazione prima descritta) trovino o meno conferma nel testo anche alla luce della influenza che il «co – testo» (cioè le altre disposizioni ed il sistema normativo di cui esso è parte) esercita sul risultato dell'interpretazione⁸². L'ipotesi interpretativa può trovare conferma o può essere smentita ed occorre allora procedere ad elaborarne una nuova. Inoltre questa operazione non è sufficiente. «Nel processo interpretativo del diritto, il caso è la molla che muove l'interprete e dà la direzione. Sulla base di esso ci si rivolge al diritto per interrogarlo e per avere da esso una risposta»⁸³. Nel processo di concretizzazione del diritto (e cioè di sua trasformazione in una regola per una specifica situazione)⁸⁴, «il significato del testo non si lascia cogliere compiutamente se non in relazione ad un caso da decidere [...] Il testo rimane muto fino a quando l'interprete, sollecitato da un caso concreto, non riesca a capire la questione cui il testo risponde»⁸⁵. «Un testo, che sulla carta o alla luce dell'esperienza applicativa precedente sembra chiaro, può oscurarsi di fronte alla provocazione di un nuovo caso»⁸⁶. Tra l'altro, oltre alla rilevanza del caso concreto, la comprensione di un testo normativo presuppone che esso sia «messo in relazione con i dati di fatto (extratestuali) emergenti nel suo ambito normativo, definito dal segmento di realtà sociale individuato come campo di applicazione della norma»⁸⁷.

L'interpretazione, dunque, è un processo assai complesso, nel quale tutti i fattori sopra indicati entrano in considerazione ed in cui regole interpretative (codificate o meno), precomprensioni in senso lato, concretizzazione della disposizione danno vita a «giochi interpretativi»⁸⁸ che possono condurre ad esiti finali molto diversi, in un contesto di «particularismo interpretativo» che, nella tradizione giuridica occidentale, è «un dato di fatto incontrovertibile»⁸⁹.

5. Il «nichilismo interpretativo»: critica

Gli studi prima descritti hanno messo in evidenza aspetti importanti.

⁸⁰ Chiassoni 2007, 117 - 118, che descrive il pensiero di Wroblewsky.

⁸¹ L'interpretazione giuridica ha la struttura circolare della domanda e della risposta (Esser 1972, 133).

⁸² Guastini 2004, 22; Baldassarre 2007, 30; Viola, Zaccaria 1999, 195; Betti 1955, 308 ss.

⁸³ Zagrebelsky 1992a, 183, «Dal caso, l'interprete procede alla ricerca delle regole e a esso ritorna, in un procedimento circolare (il cosiddetto "circolo interpretativo") di riconduzione bipolare che trova la sua pace nel momento in cui si compongono in modo soddisfacente le esigenze del caso e le pretese delle regole giuridiche».

⁸⁴ Mengoni 1996, 83; Esser 1972, 133; Guastini 2004, 129 ss.

⁸⁵ Mengoni 1996, 82. Il precursore di questa tesi è Ascarelli, secondo il quale «l'applicazione trova la sua giustificazione nell'applicazione e ogni interpretazione visualizza un'applicazione (al caso o ad una classe di casi)» (Ascarelli 1959, 74) e «la norma vive come 'norma' solo nel momento in cui viene applicata» (Id. 1959, 140 ss.).

⁸⁶ Mengoni 1996, 83. In tal senso anche Marinelli 2008, 14, 19. G. U. Rescigno (2008, 6 ss.) sottolinea come il senso di una disposizione dipende dalla «domanda» (il caso concreto a cui essa deve rispondere): «prima viene la domanda, e poi si valuta se rispetto a quella specifica domanda le parole del legislatore, così come stanno scritte, sono sufficienti e chiare oppure esigono riformulazioni» (8).

⁸⁷ Mengoni 1996, 17. Su tali aspetti v. *infra* § 11.

⁸⁸ Guastini 2004, 23 - 24; Chiassoni 2007, 124.

⁸⁹ Chiassoni 2007, 78.

Vi è in primo luogo la conferma - già avvertita da chi professionalmente lavora sui testi normativi - che l'interpretazione non è un procedimento ideologicamente neutro, in cui i giudici o l'interprete - con l'applicazione di regole predefinite - «scoprono» il «vero ed oggettivo» significato del testo legislativo. In sostanza, è stata abbandonata lillusione, tipica del positivismo ottocentesco, per cui sarebbe possibile applicare al diritto metodologie che consentissero di raggiungere l'oggettività propria delle scienze naturali (un postulato, quest'ultimo, del tutto superato anche nell'ambito della scienza in generale)⁹⁰. L'interpretazione, al contrario, è un'attività connotata da forte soggettività sia in relazione ai contenuti che si vogliono attribuire alle disposizioni (influenzate dalle varie precomprensioni), sia in rapporto alle scelte ed alla utilizzazione delle varie tecniche interpretative. «Non vi sono interpretazioni *oggettivamente corrette*, se con ciò si ha in mente una correttezza indipendente dai giudizi di valore soggettivi»⁹¹. Inoltre, i vari modi con i quali è possibile tradurre una disposizione in norma non sono «metodologicamente innocenti»⁹² ma implicano scelte valoriali connesse anche a specifiche ideologie dell'interpretazione. Si può dunque affermare che l'attività interpretativa è «politica» in senso lato, perché implica necessariamente l'uso di «preferenze soggettive» insopprimibili.

Le teorie sull'interpretazione, peraltro, hanno anche sottolineato come le precomprensioni debbano essere specificate e controllate attraverso un processo che consenta di verificare le congruità tra «aspettative di senso» e testo da interpretare. Il che, a ben vedere, conferma l'importanza di regole che presiedano al processo interpretativo e che riducano l'ambito di discrezionalità dell'interprete.

Tuttavia, gli studi prima analizzati sembrano impedire l'obiettivo sopra indicato. L'impressione che si ricava è quella di una realtà in cui le regole, se vi sono, non escludono il carattere arbitrario della interpretazione. Le difficoltà di comprensione linguistica dei testi (la «vaghezza» delle disposizioni), l'invasione delle precomprensioni e dei giudizi di valore, la debolezza dei canoni interpretativi (che hanno contenuti incerti e comunque sempre contestabili) e la loro fungibilità (per cui l'utilizzazione alternativa o congiunta di questi stessi argomenti può condurre ad esiti opposti e tutti coerenti e razionalmente giustificabili) sembrano confermare questa conclusione. L'idea che il giurista si forma è quella di un'attività che consente di legittimare qualsiasi contenuto della disposizione, con una sorta di «nichilismo interpretativo», nel quale ciascuno trova la tecnica che gli è più utile per legittimare la propria ed arbitraria scelta individuale.

In realtà, la sensazione di sconforto iniziale a cui va incontro il giurista che si illudeva vi fossero delle regole può in parte essere mitigata. Va detto, in primo luogo, che una parte della dottrina riduce il grado di «invarianza» delle tecniche interpretative e sembra codificare prescrizioni in materia meno lasciate all'arbitrio soggettivo⁹³. Tuttavia è soprattutto l'esperienza applicativa che mette in luce una realtà diversa.

⁹⁰ Mengoni 1996, 9; Rescigno G. U. 2003, 835: anche nelle scienze naturali l'indagine è condizionata dalla visione soggettiva dello scienziato. In relazione al carattere «non oggettivo» delle scienze cfr. Popper 1934, 308 ss.

⁹¹ Chiassoni 2007,74. In senso analogo anche Tarello 1980 e Wroblewsky 1976.

⁹² Chiassoni 2007,124.

⁹³ In relazione, ad es., all'art. 12 delle preleggi si afferma che «la maggior parte dei giuristi e, come si vedrà, la giurisprudenza unanime» ritengono che «con la locuzione "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse" si prescrive all'interprete di

Quando occorre interpretare un testo normativo i giuristi lo analizzano e spesso giungono a conclusioni contrastanti. Tuttavia, come già osservato, le interpretazioni difformi (che si traducono in norme differenti) sono due, più raramente tre, molto più raramente quattro⁹⁴. I giuristi, dunque, «riducono drasticamente l'area del dubbio»⁹⁵, selezionando i pochi significati alternativi su cui si apre un dibattito che può portare, in conclusione, alla prevalenza di una tra le varie tesi esposte (che diventa, nel linguaggio dei pratici, «l'opinione dominante»). D'altra parte, una situazione analoga si verifica nell'attività giurisdizionale. Gli avvocati, in relazione al caso concreto che sottopongono al giudice, esppongono una tesi che presuppone una certa interpretazione di una disposizione rispetto al fatto oggetto di giudizio (a volte, sostengono, magari in via subordinata, altre tesi, ma in genere le une in alternativa alle altre). Il giudice analizza le due ipotesi interpretative proposte, le pone a confronto con i fatti accertati nell'istruttoria e aderisce all'una o all'altra (o ne afferma una nuova). Anche in questa situazione l'interpretazione riguarda due o tre (al massimo) possibili alternative. A volte, tra l'altro, dal punto di vista astratto la soluzione è unica sia per gli avvocati che per il magistrato. La differenza nelle conclusioni non è data dal contrasto sul contenuto teorico della disposizione, ma dalla diversa ricostruzione dei fatti che ciascuno propone. Il giudizio, in questi casi, cambia in relazione a come i fatti si sono svolti e non in conseguenza di diverse letture che potrebbero legittimare norme differenti. Ed in queste ipotesi sono quindi anche i casi concreti oggetto del processo che riducono drasticamente il numero delle potenziali interpretazioni alternative. D'altra parte, se si consultano i repertori e le riviste giuridiche, ci si rende conto che i contrasti giurisprudenziali si sostanziano, anche qui in due (al massimo tre) ipotesi contrastanti (su cui spesso i giuristi, con la loro opera di analisi e commento, svolgono un ruolo determinante nel selezionare le tesi e nell'influenzare i giudici).

La realtà pratica del diritto ci consente allora di giungere ad una conclusione: la indeterminatezza e fungibilità delle tecniche interpretative, astrattamente concepibili, di fatto hanno un rilievo concreto assai minore di quello che si potrebbe credere. Questa conclusione «è una generalizzazione empirica di quanto si osserva nella realtà giuridica» e non una percezione meramente soggettiva⁹⁶. Ne derivano due conseguenze. In primo luogo, è assai difficile sostenere che, a fronte di un testo, qualsiasi significato è possibile in quanto le tecniche in materia di interpretazione non esistono o sono tra loro totalmente intercambiabili. Inoltre, nonostante la «debolezza» degli argomenti interpretativi, vi sono regole condivise tra giuristi ed operatori del diritto che riducono le ambiguità derivanti dai potenziali significati ascrivibili ad un testo normativo. Si tratta, certo, di regole relative e non assolute, che possono essere contestate. Esse, peraltro, comportano che interpretazioni che utilizzino canoni e giungano a conclusioni in contrasto con quelle

procedere all'interpretazione letterale, o grammaticale, ovvero secondo le regole sintattiche e semantiche della istituzione linguistica cui appartengono i segni con cui le disposizioni sono state formulate, salvo distinguere tra vocaboli ordinari, vocaboli specialistici e, nell'ambito di questi ultimi, vocaboli tecnico-giuridici» (Chiassoni 2007, 149, con indicazioni bibliografiche).

⁹⁴ Rescigno G.U. afferma che «non ricordo nessun caso in cui sono cinque» (2003, 846).

⁹⁵ Rescigno G.U. 2003, 846.

⁹⁶ Le parole del testo sono di Guastini (2004, 49), il quale peraltro le utilizza per affermare, al contrario, che «ogni singolo enunciato normativo...è interpretato in modi diversi e confliggenti dai diversi operatori». Il che è certamente vero, ma nei limiti «relativamente incerti» prima descritti. In sostanza, l'esistenza di conflitti interpretativi non significa possibilità di un numero infinito (o assai elevato) di diverse possibili interpretazioni.

comunemente adottate siano considerate «come assolutamente impraticabili (assurde, folli, da incompetente, da arrogante spudorato)» o «ne segna altre come fortemente opinabili»⁹⁷.

Da questo punto di vista, ad esempio, non vi è dubbio che il testo della disposizione, nonostante la «vaghezza» del linguaggio, abbia una pluralità ridotta di possibili significati alternativi o, addirittura, ne abbia uno soltanto⁹⁸. La «disposizione non è una specie di materiale bruto senza significato» su cui l'interprete opera a suo piacimento scegliendo quello che gli sembra il più opportuno⁹⁹. Le regole sintattiche e grammaticali e le stesse convenzioni linguistiche riducono in modo consistente la «cornice»¹⁰⁰ dei contenuti ascrivibili al testo. In base a tali regole, a volte il «senso» è univoco. E, quando non lo è, vi possono essere pochi (o pochissimi: in molte situazioni non più di due) significati diversi e non una varietà infinita di essi, come dimostra l'esperienza applicativa (in dottrina e giurisprudenza) sopra descritta. Una conclusione, questa, che vale soprattutto in rapporto ad una considerazione astratta del contenuto linguistico della disposizione, a prescindere dal caso concreto a cui può essere applicato (che ne potrebbe, al contrario, arricchire il senso o portare ad affermare che l'ipotesi fattuale non trova espressa regolamentazione nella disposizione stessa)¹⁰¹.

Qualche esempio può essere utile. L'art. 85, primo c., della Costituzione afferma che «Il Presidente della Repubblica è eletto per sette anni». Credo che nessuno possa dubitare che la disposizione stabilisca che la Presidenza è una carica elettiva e che essa abbia durata predeterminata nel tempo¹⁰². E che soltanto una manipolazione radicale delle regole linguistiche ordinarie potrebbe condurre a negare le conclusioni prima descritte. L'art. 69, c. primo, del d.lgs. 276/2003 - sul cui si tornerà¹⁰³ - prevede una regola che si applica nel caso in cui, nel contratto previsto dall'art. 61 del decreto delegato, non vi sia l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso. La disposizione stabilisce che, in questi casi, il contratto deve considerarsi «a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto». Qualunque lettore in buona

⁹⁷ Chiassoni 2007, 69. Guastini, al contrario, contesta l'esistenza di regole stabili e condivise in materia di interpretazione (2004, 141-142, nt. 8).

⁹⁸ Rescigno G.U. 2008, 7 ss. (e questo soprattutto quando il testo è in grado di rispondere alla «domanda» che gli pone l'interprete: v. *retro* nt. 49 e 86). Si è giustamente osservato che «la tesi spesso enunciata dai filosofi del diritto secondo cui in principio il numero di enunciati che interpretano il medesimo enunciato di partenza (è infinito) si rivela falsa» (Rescigno G.U. 2003, 846)

⁹⁹ Rescigno G.U. 2008, 12, che nota come la disposizione «per essere tale, e non un coacervo di segni senza senso, almeno un significato deve averlo, ed almeno un significato, che fa corpo con le parole usate, lo raggiunge sempre».

¹⁰⁰ Kelsen, cit. a nt. 56.

¹⁰¹ Sulla distinzione tra interpretazione «in astratto» della disposizione e sul rilievo che il caso concreto può esercitare sulla attribuzione di senso v. *retro* testo e note 81 ss.

¹⁰² Rescigno G. U. 2008, 8 ss., che sottolinea come la disposizione non spieghi espressamente da che momento decorrono i sette anni, ma non lascia dubbi sugli elementi indicati nel testo. Anche Guastini (2004, 51 ss.) cita altri esempi di testi dal significato inequivocabile, anche se sottolinea che «posto anche che esistano (rari) enunciati normativi sul cui significato nessuno controverte, la cosa è del tutto priva di interesse per la teoria dell'interpretazione» (53), in considerazione dei fenomeni «macroscopici» della varietà delle interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali (53 – 54). Si è affermato peraltro che «contrariamente ad un'opinione ormai troppo diffusa sono del parere che nella esperienza giuridica sono maggioritari senza paragone i casi nei quali gli interessati si attengono direttamente alle disposizioni, perché chiare ed univoche, rispetto ai casi nei quali nascono contestazioni sul significato di esse» (Rescigno G. U. 2008, 13). Va detto che tra i casi «macroscopici» andrebbero inclusi anche le numerose interpretazioni giurisprudenziali, che, in relazione a disposizioni normative, danno interpretazioni assolutamente uniformi e coerenti con il senso che, a prima lettura, si ricava dalla disposizione.

¹⁰³ V. *infra* § 9.

fede, che utilizzi ancora una volta il comune linguaggio, non può che arrivare ad una conclusione: se uno specifico progetto, programma o fase di esso mancano, il rapporto diventa di lavoro su-bordinato¹⁰⁴. Dubbi possono sussistere su cosa debba intendersi per «progetto, programma o fase di esso» o sul contenuto della loro «specificità», perché la legge non contiene definizioni espresse sui tre sintagmi o elementi da cui desumere cosa si debba intendere per «specifico». Ma nessuna incertezza dovrebbe sussistere sugli effetti che scaturiscono dalla loro mancanza. Ed invece, come sanno tutti coloro che si sono occupati del tema, sono state proposte interpretazioni del tutto diverse da quella sopra indicata.

Tra l'altro, l'esperienza insegna che l'eventuale ambiguità semantica del testo può essere fortemente ridotta se esso viene letto con altre disposizioni o alla luce delle sue finalità, secondo le opinioni più condivise dalla giurisprudenza in tema di interpretazione sistematica e di ricostruzione della «intenzione del legislatore»¹⁰⁵.

Tutto risolto allora? Sicuramente no. Non si vuole certo sostenere che l'interpretazione è un processo semplice e lineare. Problemi esistono sempre in relazione a quali canoni interpretativi applicare, alla esistenza o meno di un ordine gerarchico che consenta di risolvere i potenziali conflitti tra essi, alla «autorità» che certi canoni possono esercitare in modo tale da imporre la prevalenza rispetto ad altri, alla definizione del contenuto degli argomenti usati per l'interpretazione e così via. A questi interrogativi si cercherà di dare una risposta in seguito. Qui, per ora, preme sottolineare che il «nichilismo interpretativo» sopra descritto non corrisponde alla realtà. E che esso, al contrario, è espressione di un'ideologia potente: dimostrare che *tutte* le regole sono incerte e «defettibili» e che, quindi, in mancanza di esse, ogni possibile conclusione è giuridicamente accettabile.

Questa ideologia dell'interpretazione a mio giudizio va contrastata, perché conduce al dissolvimento dell'idea dell'ordinamento giuridico come insieme di regole che si applicano a tutti e, a parità di condizioni, in modo uguale, nel rispetto del principio di cui all'art. 3 della Costituzione. Tuttavia, a parte queste considerazioni, mi sembra che nel nostro sistema giuridico esistano anche elementi che consentano di ridurre il grado di incertezza delle tecniche interpretative.

6. Il «diritto vivente» e l'interpretazione

Si è già osservato che le (poche) possibili interpretazioni alternative nella dottrina e giurisprudenza derivano da una condivisione delle regole e delle tecniche da parte dei giuristi ed operatori del diritto. L'accordo sulla loro utilizzazione, infatti, limita la «vaghezza» (per usare un termine spesso riferito alle disposizioni) dei metodi applicati. Tutto ciò, peraltro, non esclude molti dei problemi sopra descritti. Si tratta, allora, di verificare se non è possibile individuare un ulteriore criterio che possa essere «socialmente accettato» e consenta di ridurre (e non certo di escludere) la ineliminabile discrezionalità soggettiva dell'interprete. Questo criterio, inoltre, dovrebbe

¹⁰⁴ Si parla di lettore in buona fede per escludere coloro che, pur consapevoli del significato del testo che utilizza parole che non consentono alternative diverse, ne attribuiscono ad esso un altro semplicemente per «partito preso» o perché sono professionalmente obbligati a sostenere la tesi di una parte (come nel caso dell'avvocato). Si vedano, sul punto, le osservazioni di Rescigno G. U. 2008, 4 ss.

¹⁰⁵ V. *infra* § 7.

permettere un adeguato controllo sociale delle argomentazioni utilizzate nelle decisioni giurisprudenziali¹⁰⁶. A me sembra che una lettura approfondita della giurisprudenza sulle disposizioni in tema di interpretazione confermi l'esistenza di un vero e proprio «diritto vivente» in materia.

La nozione di diritto vivente¹⁰⁷, che trova un autorevole precursore nel pensiero di Ascarelli¹⁰⁸, fu accolta sin dall'origine dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 3 del 1956¹⁰⁹ ed è oggi diventata, a sua volta, un *living law* di rango costituzionale¹¹⁰. In presenza di una interpretazione ampiamente condivisa in giurisprudenza che sia tale da qualificarsi appunto come diritto vivente, la Corte costituzionale esclude che il giudice del rinvio, prima di sottoporre la questione al vaglio della Corte, debba effettuare una interpretazione adeguatrice rispetto alla carta fondamentale che ne escluda la contrarietà con la Costituzione¹¹¹. Lo stesso giudice delle leggi, inoltre, si astiene dal proporre una propria autonoma interpretazione e la sottopone - nella versione definita dai giudici ordinari o amministrativi - «a scrutinio di costituzionalità, perché la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o di questa Corte»¹¹². Il diritto vivente, sempre secondo la Corte costituzionale, si forma a fronte di orientamenti giurisprudenziali «stabilmente consolidati»¹¹³, «anche se non totalmente univoci»¹¹⁴, «maggioritari»¹¹⁵ o in presenza di «un numero elevato» di sentenze¹¹⁶ e non richiede la uniformità delle interpretazioni¹¹⁷. In presenza di numerose decisioni (soprattutto, ma non esclusivamente, della Cassazione) o di orientamenti espressi dalle

¹⁰⁶ Tarello 1980, 99: «il controllo sociale sulle decisioni relative all'attribuzione di significato è in grande misura reso possibile dalla accettazione (in una cultura data) di schemi di argomentazione in cui gli operatori dell'interpretazione possono conformarsi».

¹⁰⁷ Su tale concetto v. Esposito 1962, 605 ss.; Zagrebelsky 1986, 1148 ss.; Id. 1992b, 89; Pugiotto 1994; Id. 1998, 366 ss.; Mengoni 1996, 141 ss.; Granata 1998, 15 ss.; Bin 2006, 11 ss.; Paladin 1996, 99; Romboli 2007a, 3 ss.; Romboli 2007b, 3 ss.; Marinelli 2008, 159 ss., 171 ss.

¹⁰⁸ Ascarelli 1957, 351 ss.; Id. 1959, 153 ss.

¹⁰⁹ «La corte, pur ritenendo di potere e di dovere interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti e la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione, non può non tenere il debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al preceitto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come il vero, che le norme sono non quali appaiono in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci» (corsivo mio: C. Cost. 15.6.1956 n. 3, www.cortecostituzionale.it, 4).

¹¹⁰ Ho mutuato l'espressione inglese da Marinelli 2008, 178. Sulla importanza, nella giurisprudenza costituzionale, del diritto vivente v. *infra* nt. 123.

¹¹¹ La Corte, tuttavia, ritiene che, a fronte di un «diritto vivente» il giudice che non lo condivide, può anche optare per «l'adozione, sempre consentita, di una diversa interpretazione», oppure può, «adeguandosi al diritto vivente», proporre la «questione davanti a questa Corte» (C. Cost. 21.11.1997 n. 350, Juris data 4, 2008, Giuffré, Milano). In senso conforme C. Cost. (ord.) 1.7.2005 n. 252, G.cost., 2001, 2821; C.Cost. (ord.) 30.1.2002 n. 3, *ivi*, 2002, 29.

¹¹² C. Cost. 21.11.1997 n. 350, 5, cit. a nt. 111.

¹¹³ C. Cost. 21.11.1997 n. 350, 4, cit. a nt. 111; C. Cost. 16.5.2008 n. 146, Juris data 4, 2008, Giuffré, Milano.

¹¹⁴ C. Cost. 4.7.2006 n. 259, Juris data 4, 2008, Giuffré, Milano.

¹¹⁵ C.Cost. (ord.) 20.6.2008 n. 226, www.cortecostituzionale.it, 4 (dove si dà rilevo al fatto che l'orientamento giurisprudenziale è stato poi confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione).

¹¹⁶ C. Cost. 14.3.2008 n. 64, 6, Juris data 4, 2008, Giuffré, Milano.

¹¹⁷ Pugiotto 1998, 366, rileva che «il sintagma diritto vivente» è usato per indicare «un approdo interpretativo pressoché incontrastato in giurisprudenza» (sent. 77/97), «una soluzione interpretativa collaudata tra i giudici» (*ibid.*), «l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione» (sent. 206/97), la «giurisprudenza dominante» (sent. 110/95).». Nonostante la diversa opinione di C. cost. 21/1984 (accolta da Mengoni 1996, 160), la semplice esistenza di una isolata sentenza contraria, che abbia «interrotto il corso della giurisprudenza della Cassazione», non è sufficiente a negare il carattere di diritto vivente di un orientamento consolidato. E questo, almeno, secondo gli sviluppi della Corte costituzionale negli ultimi 20 anni.

Sezioni Unite¹¹⁸, l'interpretazione adottata di una disposizione è la norma da sottoporre a giudizio costituzionale, anche se essa è molto diversa da quella che, ad una prima lettura, potrebbe sembrare il suo reale contenuto. In questi casi, anche se «nel vigente sistema non sussiste un obbligo per i giudici di merito di conformarsi agli orientamenti della Corte di cassazione»¹¹⁹, il diritto vivente esercita una influenza determinante, ed il magistrato che intende discostarsi da esso deve utilizzare «argomenti seri e adeguati»¹²⁰. Se, rispetto ai normali precedenti giurisprudenziali, vi è, da parte del giudice, un «onere di argomentazione intesa [...] nel senso [...] di argomentazione diretta e puntuale, a sostegno dell'assunto di non pertinenza e/o non correttezza del precedente»¹²¹, nel diritto vivente questo dovere di spiegare il proprio dissenso assume un valore particolarmente pregnante e presuppone l'esistenza di «argomentazioni forti»¹²².

La teoria del diritto vivente è stata elaborata nell'ambito del giudizio di costituzionalità, dove introduce limiti alle potenzialità interpretative dei giudici ordinari e della stessa Corte costituzionale. Questa teoria costituisce, ormai, parte integrante del nostro sistema giuridico, come confermano le centinaia di sentenze della Corte Costituzionale che ne affermano l'esistenza¹²³. Il diritto vivente, peraltro, opera anche quale vincolo all'interpretazione in generale. Infatti, un limite così forte, che condiziona anche il giudice delle leggi quando è in discussione la congruenza di un testo normativo con la Costituzione (e, quindi, la sua legittimità quale fonte del diritto), opera a maggior ragione nella ordinaria attività di interpretazione di un testo normativo. Per una esigenza di coerenza del sistema, infatti, non avrebbe senso che ciò che costituisce un presupposto del giudizio di costituzionalità (che può determinare, quale esito finale, l'invalidità delle disposizioni) non si applichi alla normale attività di concretizzazione del diritto che il giudice è chiamato a realizzare quotidianamente. D'altra parte, se il vertice del sistema giudiziario italiano (la Corte Costituzionale) si autolimita e ritiene vincolante una certa interpretazione consolidata di una disposizione, esprimendo su di essa il proprio giudizio di costituzionalità, sarebbe quantomeno strano che questo vincolo non sussista per tutti gli altri giudici.

¹¹⁸ Si è detto che, per affermare l'esistenza di un diritto vivente, «la Corte costituzionale ha seguito non solo il criterio quantitativo [...] ma ha tenuto conto anche della posizione del giudice da cui promana la scelta interpretativa, privilegiando gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di cassazione, titolare della funzione di nomofilachia (cfr. sentenza n. 110/95 e 355/96) ed attribuendo particolare valenza alle decisioni delle Su, che hanno il compito di risolvere contrasti interni alla giurisprudenza di legittimità e di suggerire la prevalenza di una soluzione interpretativa sulle altre (sentenza 260/92, 292/85, 34/1977)» (Cass., S.U. pen., 17.5.2004 n. 23016, 11 – 12; Juris data 4, 2008, Giuffrè, Milano. Su tali aspetti v. Pugiotto 1994, 269; Mengoni 1996, 159 – 160; Granata 1998, 18; Zagrebelsky 1992b, 89. Sul rilievo svolto da una decisione della Cassazione a Sezioni Unite v. *supra* C.Cost. (ord.) 20.6.2008 n. 226, cit. a nt. 115).

¹¹⁹ C. Cost. 350/1997, 4, cit. a nt. 111.

¹²⁰ Mengoni 1996, 153.

¹²¹ Marinelli 2008, 282.

¹²² Bin 2006, 12 (in relazione anche al *living law*).

¹²³ Nel 1998, il Presidente della Corte costituzionale affermava che la Corte aveva emesso «un centinaio di pronunzie» nelle quali viene esplicitamente o implicitamente riconosciuto «il valore del "diritto vivente" come oggetto del sindacato di legittimità» (Granata 1998, 17). La situazione non si è modificata successivamente (cfr. Marinelli 2008, 174, nt. 85, che, al 1° settembre 2007, rileva «443 testi» della Corte riferiti al diritto vivente), come risulta anche dalle oltre 100 sentenze da me reperite dopo il 1998. Si è parlato di una «crisi» del diritto vivente, per cui la Corte costituzionale, a fonte di un *living law* «inequivocabile», «avanza ciò nonostante proprie, differenti interpretazioni, mentre in altri casi rivolge esplicitamente ai giudici l'invito a seguire una interpretazione conforme (a Costituzione) anche in presenza di un diritto vivente» (Romboli 2007a, 5). L'ipotesi descritta non corrisponde alla realtà assolutamente dominante risultante dalle sentenze della Corte, dove, a volte, proprio perché si è in presenza ormai di un dato profondamente consolidato, il giudice delle leggi afferma il principio del diritto vivente con scarne argomentazioni (itenendolo ormai indiscutibile).

Non si tratta di affermare il principio, proprio dei sistemi di *common law*, del «precedente vincolante»¹²⁴. Tuttavia, anche se la norma vivente non è fonte del diritto, essa non ha neanche una mera «autorità di fatto o morale. In quanto si è formato sulla base di una valutazione intersoggettiva, che ne ha riconosciuto la coerenza con il sistema giuridico e quindi l'universalizzabilità, (il diritto vivente) ottiene un'autorità istituzionale che lo introduce nei processi di concretizzazione del diritto come argomento *ab auctoritate* di grande peso»¹²⁵. Il valore essenziale di questo canone autoritativo trova tra l'altro conferma in un contesto di accresciuto rilievo del precedente giudiziario, con recenti innovazioni legislative che ne enfatizzano l'importanza. Si pensi ad esempio alla nuova formulazione dell'art. 374, c. 3, c.p.c. in base al quale, qualora la Sezione semplice della Cassazione ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, deve rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. In questo caso dunque si afferma espressamente un principio di autorità delle Sezioni unite, le cui statuzioni pongono un vincolo interpretativo a carico della stessa Suprema corte¹²⁶. Inoltre l'obbligo costituzionale di motivazione (art. 111, c. 6) impone al giudice non solo di argomentare razionalmente la propria decisione, ma anche di spiegare perché intende discostarsi da quella che è la realtà giudiziaria «effettiva» di una disposizione e che può diventare il parametro concreto per valutare la sua costituzionalità o meno. L'art. 111, infatti, impone al giudice di «dare conto del procedimento logico-giuridico attraverso il quale è pervenuto alla decisione»¹²⁷ e la motivazione non può avere «un carattere meramente formale», ma deve fondarsi su un «discorso razionale»¹²⁸. La mancata spiegazione sul perché il giudice non voglia seguire il diritto vivente renderebbe la motivazione «acefala», perché impedirebbe di comprendere in base a quali ragioni il giudice abbia ritenuto di volersi discostare dalla opinione dominante (o in alcuni casi uniforme) in relazione al contenuto di un testo normativo. Ed una spiegazione così carente non potrebbe soddisfare il principio costituzionale, perché sarebbe soltanto una «parvenza» di motivazione.

Vi è, dunque, a mio giudizio, un vero e proprio obbligo per i magistrati di motivare le ragioni per cui ci si discosta dal diritto vivente¹²⁹. Un obbligo la cui violazione, anche se priva di sanzioni effettive, espone il giudice ad una valutazione negativa che, in base all'accettazione sociale di criteri condivisi di interpretazione e del dovere di motivare, potrebbe svolgere una importante funzione

¹²⁴ Sul valore e l'effettività di tale principio nei paesi di *common law* v. Marinelli 2008, 236 ss.; Bin 2006, 11 ss. Va detto, peraltro, che vi sono autorevoli opinioni contrarie (connesse anche all'obbligo costituzionale di motivazione previsto dall'art. 111, c. 6, Cost.) sul valore giuridicamente vincolante del precedente giudiziario anche nel ns. sistema. Cfr. Gorla 1990, 1 ss. (particolarmente 4), con indicazione di altri autori che aderiscono a questa tesi. Anche di recente, peraltro, la Cassazione ha affermato che (in relazione alla responsabilità civile dei magistrati), non «può ritenersi che il giudice sia obbligato a decidere conformemente all'interpretazione già effettuata precedentemente dallo stesso o da altro giudice in relazione ad un'altra controversia» (Cass. 31.5.2006 n. 13000).

¹²⁵ Mengoni 1996, 152.

¹²⁶ Marinelli 2008, 238 – 239.

¹²⁷ Andronio 2006, 2120.

¹²⁸ Gialuz 2008, 1002.

¹²⁹ Tra l'altro, va ricordato che l'obbligo di motivare le ragioni per cui ci si attiene ai precedenti è considerato esistente sia da chi accetta la tesi dello *stare decisis*, sia da coloro che affermano che la giurisprudenza abbia soltanto una mera autorità morale o di fatto (Gorla 1990, 4). Mi sembra, dunque, che, per le considerazioni svolte nel testo, a maggior ragione questo obbligo sussista nel caso del diritto vivente.

di stimolo nei confronti degli organi giudicanti ad argomentare in modo compiuto il distacco dalla norma enucleata dalla giurisprudenza¹³⁰.

7. Le regole sull'interpretazione introdotte dal «diritto vivente»

Il diritto vivente delle tecniche interpretative è a mio giudizio una realtà indiscutibile. In questo paragrafo si indicheranno gli orientamenti giurisprudenziali in materia, ricordando che le sentenze citate sono soltanto un campione ridotto di quelle effettivamente esistenti.

In relazione, ad esempio, al problema del contenuto semantico della espressione «significato proprio delle parole» contenuto nell'art. 12 delle preleggi vi è, nelle sentenze, «una sostanziale uniformità di opinioni»¹³¹. Si afferma, infatti, che con tale locuzione si debba intendere «i) il significato ordinario o usuale delle parole, se si tratta di vocaboli d'uso comune; ii) il significato tecnico-giuridico delle parole, se si tratta invece di vocaboli specificamente giuridici (c.d. vocaboli tecnici), oppure di vocaboli di uso comune che hanno assunto, nel discorso giuridico, uno o più significati specialistici (c.d. vocaboli tecnicizzati)» e, nel caso di «concorso tra più accezioni tecniche e/o tecnicizzate, ovvero tra accezioni d'uso comune e accezioni tecniche di uno stesso vocabolo», il possibile conflitto va risolto «sulla base di considerazioni logiche e sistematiche»¹³².

Inoltre, esiste un diritto vivente uniforme (con precedenti contrari assenti o rarissimi) sul fatto che l'intenzione del legislatore deve essere intesa in senso oggettivo come «volontà obiettiva della legge» e non come volontà od opinioni dei soggetti che concretamente hanno approvato il testo normativo¹³³, in un contesto nel quale i lavori preparatori svolgono una funzione secondaria ai fini dell'interpretazione¹³⁴. La «volontà obiettiva della legge» deve essere ricostruita in base al «dato letterale e logico»¹³⁵ e si identifica con la *ratio* («i motivi informatori e ispiratori della

¹³⁰ Va detto, che, in realtà, sarebbe ipotizzabile anche una responsabilità del magistrato se l'art. 2 del d.lgs. 109/2006, che qualifica come illecito disciplinare «l'emissione di provvedimenti privi di motivazione», venisse interpretato in senso estensivo (la mancanza della motivazione non significa soltanto la totale assenza di giustificazione dell'intera sentenza ma si riferisce anche alle lacune rilevanti nell'iter logico-giuridico seguito). O se si ritenesse che la violazione dell'art. 12 delle preleggi potesse essere considerato disciplinariamente sanzionabile (Romboli 2006, 22, in base all'interpretazione *a contrario* dell'art. 2, c. 6, lett. c, della l. n. 150/2005). L'obbligo di motivazione di cui si è parlato nel testo acquisirebbe un particolare rilievo se fossero approvate le disposizioni attualmente in discussione in Parlamento che enfatizzano il ruolo del precedente giudiziario in genere e lasciano pensare che lo *stare decisis* diventi un principio codificato nel ns. ordinamento. Si pensi alla disposizione che rende, *a contrario*, inammissibile un ricorso per cassazione nei confronti di una sentenza che ha deciso in modo conforme a precedenti decisioni della Corte di cassazione (art. 29, c. 1, d.d.l. 1082 – Atti del Senato). O quella che consente che la motivazione possa consistere nel semplice riferimento ad «un precedente conforme di una giurisdizione superiore» (art. 33, c. 4, d.d.l. 1082 – Atti del Senato) e, quindi, obbliga a spiegare perché ci si intenda discostare da esso.

¹³¹ Chiassoni 2008, 20; Id. 2007, 151.

¹³² Chiassoni 2005, 130 - 131; Id. 2007, 151 – 152; Id. 2008, 20 ss., a cui si rinvia per l'indicazione delle numerose sentenze.

¹³³ Cass. 1.3.1971 n. 507; Cass. 27.5.1971 n. 1571; C. Stato, a.p., 14.4.1972 n. 5, Fl, 1972, II, 105; Cass. 21.5.1973 n. 1455; Cass. 19.5.1975 n. 1955, Fl, 1975, I, 2244; Cass. 8.6.1979 n. 3276, GC, 1979, I, 1616 (in motivazione); Cass. 6.8.1984 n. 4631, GC, 1984, I, 2983 (in motivazione); Cass. 19.12.1988 n. 6907 e molte altre.

¹³⁴ Cass. 27.2.1995 n. 2230, GI, 1996, I, 1, 532; Cass. 10.2.1971 n. 339; GC, 1972, I, 638; C. Stato, sez. V, 11.4.1975 n. 115, C.St., 1975, I, 486; Cass. 19.5.1975 n. 1955, cit. a nt. 133; Cass. 27.4.1978 n. 1985, GC, 1978, I, 1673; Cass. 8.6.1979 n. 3276, cit. a nt. 133; C. Stato, sez. V, 11.12.1981 n. 1062; Cass. 19.12.1988 n. 6907, cit. a nt. 133. Oltre alle sentenze indicate in questa nota ed in quella precedente, si vedano le altre specificate da Chiassoni 2005, 131; Id. 2007, 152; Id. 2008, 21; Finocchiaro M. 2005, 376 ss.

¹³⁵ Cass. 27.2.1995 n. 2230, cit. a nt. 134; Cass. 28.8.1979 n. 4699; Cass. n. 339/1971, cit. a nt. 134; C. Stato n. 115/1975, cit. a nt. 134; Cass. 1985/1978, cit. a nt. 134; C. Stato n. 1062/1981, cit. a nt. 134 e le decisioni citate da Finocchiaro M. 2005, 377.

statuizione legislativa nonché (le) finalità perseguitate attraverso essa)¹³⁶. Vi è un diritto vivente non uniforme ma assolutamente preponderante per quanto attiene alla prevalenza del canone della interpretazione letterale su quello della intenzione del legislatore, che può essere utilizzato soltanto quale criterio secondario qualora il significato delle parole non sia chiaro¹³⁷. Vi sono anche sentenze secondo le quali le «parole» e «l'intenzione» della legge debbono essere entrambi utilizzati, senza individuare un criterio gerarchico tra i due canoni interpretativi¹³⁸. Esse peraltro sono numericamente molto più ridotte rispetto alle prime e certamente non costituiscono un *living law*. Sono reperibili moltissime sentenze sulla immediata applicabilità nell'ordinamento interno della interpretazione del diritto comunitario fornita dalla Corte di Giustizia europea e sull'obbligo per il giudice di disapplicare le disposizioni nazionali in contrasto con il primo¹³⁹. Altrettanto indiscutibile è il principio secondo il quale le disposizioni nazionali devono essere interpretate privilegiando «il significato maggiormente conforme al diritto comunitario»¹⁴⁰. Inoltre, in giurisprudenza non vi è alcun dissenso sull'obbligo per i giudici di adottare, a fronte di possibili significati diversi, una interpretazione che sia conforme ai principi ricavabili dalla Costituzione, enucleando un significato che prevalga su quello che lo porrebbe in contrasto con essi¹⁴¹. È del tutto pacifico che per le leggi eccezionali e quelle penali sia vietata la interpretazione analogica ma sia ammessa quella estensiva¹⁴² e che quest'ultima debba essere utilizzata per «individuare nel contenuto implicito della norma eccezionale o derogatoria già codificata altra fattispecie avente identità di "ratio" con quella espressamente contemplata»¹⁴³.

¹³⁶ Cass. 21.2.1980 n. 1255. In altri casi la *ratio* è definita come «fondamento e scopo» della disposizione (Cass. 24.9.1973 n. 2415; C. Stato, sez. IV, 20.3.1968 n. 175, C.St., 1968, I, 398; Cass. 9.6.1971 n. 1707; Cass. 12.11.1977 n. 4909, GC, 1978, I, 233 e molte altre).

¹³⁷ Cass. 23.5.2005 n. 10874; Cass. 12.4.2005 n. 7454; Cass. 16.3.2004 n. 5360; Cass. 18.8.2003 n. 12801; Cass. 6.4.2001 n. 5128; Cass. 9.5.2001 n. 427; Cass. 7.7.1998 n. 6605; Cass. 13.4.1996 n. 3495; Cass. 17.11.1993 n. 11359; Cass. 3.7.1991 n. 7279; Cass. 18.4.1983 n. 2663; Cass. 26.2.1983 n. 1482; Cass. 2.3.1983 n. 1557; Cass. 28.3.1983 n. 2183; Cass. 26.8.1983 n. 5493, 5494 e 5495. Cass. 5.7.1982 n. 4000; Cass. 13.11.1979 n. 5901 e molte altre. Si vedano anche le sentenze citate da Chiassoni 2005, 132; Id. 2007, 153; Id. 2008, 22 e da Finocchiaro M. 2005, 356 ss., 368 ss.

¹³⁸ Cass. 9.6.1971 n. 1707, cit. a nt. 136; Cass. 5.4.1978 n. 1549; Cass. 12.11.1977 n. 4909, cit. a nt. 136; Cass. 20.4.1985 n. 2626. Si vedano anche le altre citate da Chiassoni 2005, 132 ss.; Id. 2007, 153 e 2008, 23 ss.

¹³⁹ Cass. 22.10.2007 n. 22067; Cass. 8.11.2004 n. 21248; Cass. 5.3.2008 n. 5929; Cass. 8.10.2007 n. 21023; Cass. 27.4.2004 n. 8054. Le decisioni che affermano i principi indicate nel testo sono centinaia.

¹⁴⁰ Cass. 6.11.2003 n. 16673; Cass. 12.5.1999 n. 4724; Cass. 5.3.2008 n. 5929, cit. a nt. 139; Cass. 9.1.2006 n. 80; Cass. 8.10.2007 n. 21023, cit. a nt. 139; Cass. 27.4.2004 n. 8054, cit. a nt. 139; Cass. 30.12.2003 n. 19842; Cass. 20.9.2003 n. 13949, Cass. 10.1.2004 n. 206 e molte altre. Il principio è stato ovviamente sancito anche dalla Corte di Giustizia Europea (tra le tante cfr., da ultimo, Cgce 18.7.2007, *Lucchini*, causa C-119/05: giurisprudenza costante).

¹⁴¹ Cass. 23.12.1995 n. 13102. Infatti, «l'interpretazione secondo Costituzione (cosiddetta interpretazione adeguatrice) è il momento costitutivo normale di ogni interpretazione: conseguentemente, tra due interpretazioni, l'una conforme e l'altra contrastante con la Costituzione, va certamente preferita la prima» (C. Cost. 17.6.1999 n. 242). Il principio è ormai incontrastato in giurisprudenza (Cass. 10.3.1971 n. 674, FA, 1971, I, 1, 252; Cass. 27.1.1978 n. 393, GC, 1978, I, 1123; C. Stato 15.2.1977 n. 100, FA, 1977, I, 134; Cass. 22.6.1983 n. 4272, *ivi*, 1983, I, 1, 2241; Cass. 3.1.1984 n. 7, GC, 1984, I, 1513; Cass. 24.5.1988 n. 3610; Cass. 5.5.1995 n. 4906; Cass. 22.10.2002 n. 14900 e moltissime altre).

¹⁴² Cass. 15.9.1970 n. 1453; Cass. 26.5.1986 n. 3536, C. Stato 12.3.1982 n. 112, C.St., 1982, I, 3331; C. Cost. 6.7.2001 n. 227 e molte altre ancora. Si rinvia anche Finocchiaro M. 2005, 446 ss. (che qualifica l'orientamento indicato come «costante») ed a Chiassoni 2005, 137 ss.

¹⁴³ Cass. 1.9.1999 n. 9205; Cass. 28.3.1981 n. 18000. Il riferimento alla *ratio* come criterio di estensione del significato è del tutto incontrastato. Ovviamente rimangono tutti i problemi connessi alla individuazione della differenza – assai sottile – tra analogia (vietata) ed interpretazione estensiva (ammessa). Si rinvia, sul punto e per tutti a Bobbio 1968a, 701 ss.; Guastini 2004, 157 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

Al contrario, altri orientamenti giurisprudenziali, pur riaffermando alcuni principi, non hanno una consistenza quantitativa ed un consolidamento nel tempo tali da poter configurare un vero e proprio diritto vivente. Ad esempio, anche se vi sono decisioni che confermano la prevalenza dell'interpretazione sistematica su quella letterale¹⁴⁴, altre sostengono il contrario¹⁴⁵ o ritengono che la lettura sistematica delle disposizioni sia un ausilio che può confermare il significato scaturiente dalle parole del testo¹⁴⁶. Le sentenze sulla interpretazione evolutiva (che tengono conto «dello sviluppo storico degli istituti»¹⁴⁷ e prendono in considerazione «nuove esigenze chiaramente maturate nella coscienza collettiva dopo l'emanazione della legge che non troverebbero altrimenti soddisfazione»¹⁴⁸) non sono molte¹⁴⁹. Lo stesso può dirsi per il canone della interpretazione restrittiva¹⁵⁰.

L'analisi delle decisioni in tema di interpretazione del contratto collettivo porta a conclusioni analoghe a quelle già descritte.

È assolutamente incontroverso che il significato degli atti di autonomia collettiva deve essere ricostruito ai sensi degli artt. 1362 ss. cod. civ. e non in base alle disposizioni relative alla interpretazione degli atti normativi¹⁵¹. Vi è un diritto vivente assolutamente preponderante secondo il quale: a) i canoni di interpretazione soggettiva (artt. 1362 – 1365) prevalgono su quelli oggettivi (artt. 1367 – 1371), che possono essere utilizzati soltanto se i primi sono insufficienti ad individuare il contenuto del contratto¹⁵²; b) nell'ambito di quelli soggettivi, rilievo primario ha il criterio della interpretazione letterale, che ha valore esclusivo, nel senso che preclude il ricorso ad altre regole quando la «lettera» sia chiara ed univoca¹⁵³. Si sta affermando un orientamento giurisprudenziale consistente che, rispetto alla formulazione letterale, privilegia quanto previsto dall'art. 1363 (interpretazione sistematica: le clausole si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto)¹⁵⁴. Tuttavia, molte tra queste

¹⁴⁴ C. Stato 6.11.1996 n. 950, C.St. 1997, I, 1309; C. Stato 15.6.1992 n. 558, *ivi*, 1992, I, 786.

¹⁴⁵ Affermano, cioè, l'utilizzazione della interpretazione letterale insieme a quella sistematica ed alla individuazione della *ratio* della disposizione: Cass. 17.3.1990 n. 2248; Cass. 27.3.1990 n. 2445; Cass. 12.4.1990 n. 3103; Cass. 20.7.1990 n. 7434; Cass. 29.1.1991 n. 826; Cass. 4.6.2001 n. 28555; Cass. 28.3.2002 n. 4559; C. Stato, sez. V, 8.1.1998 n. 60, FA, 1998, I, 45.

¹⁴⁶ Cass. 23.3.2005 n. 6232; Tar. Campania, sez. II, 23.2.2005 n. 189, FA, 2005, 480; Cass., S.U., 5.11.2003 n. 16590 ed altre.

¹⁴⁷ C. Cost. 23.4.1998 n. 140.

¹⁴⁸ Cass. 27.3.1992 n. 3793.

¹⁴⁹ Oltre a quelle sopra citate v. Cass. 13.5.1971 n. 1378; Cass. 12.3.1973 n. 677; Cass. 3.1.1984 n. 7, cit. a nt. 141.

¹⁵⁰ Cass. 20.7.1977 n. 3250; Cass. 12.9.1975 n. 3810, GC, 1976, I, 245.

¹⁵¹ Cass. 9.10.1999 n. 11338; Cass. 9.6.1998 n. 5700; Cass. 27.6.1996 n. 5930; Cass. 22.8.2005 n. 17078 e centinaia di altre. L'orientamento, tra l'altro, risale al primo dopoguerra (Cass. 4.8.1948 n. 1365, FI, 1948, I, 287). Si rinvia, sul punto, alle sentenze citate da Guerra 2008, 2, nt. 7

¹⁵² Cass. 25.10.2005 n. 20660, MGC, Juris data 5, 2008, Giuffré, Milano (che afferma che si è in presenza di una «giurisprudenza costante di questa Corte»); Cass. 5.8.2005 n. 16549; Cass. 14.10.2004 n. 20272; Cass. 19.7.2004 n. 13392; Cass. 26.6.2004 n. 11921; Cass. 10.6.2008 n. 15339 e molte altre.

¹⁵³ Cass. 10.6.2008 n. 15339, cit. a nt. 152; Cass. 21.2.2007 n. 4003; Cass. n. 20660/2005 cit. a nt. 152; Cass. n. 13392/2004, cit. a nt. 152; Cass. 25.8.2003 n. 12453; Cass. 24.5.2004 n. 9932; Cass. 20.2.2001 n. 2468; Cass. 26.7.2001 n. 10265; Cass. 20.11.2000 n. 14974; Cass. 18.11.2000 n. 14934; Cass. 24.10.2000 n. 13991; Cass. 28.7.2000 n. 9959; Cass. 9.3.2000 n. 2722; Cass. 15.12.1999 n. 14135; Cass. 28.1.1999 n. 763 e tantissime altre (alcune delle quali richiamate costantemente nelle motivazioni delle sentenze citate).

¹⁵⁴ Cass. 6.5.1998 n. 4592; Cass. 8.3.2007 n. 5287; Cass. 6.7.2006 n. 15393; Cass. 22.6.2006 n. 14461; Cass. 8.5.2006 n. 10434; 26.1.2006 n. 1574; Cass. 8.9.2005 n. 17844; Cass. 19.8.2004 n. 16287; Cass. 9.5.2002 n. 6656 e molte altre (tra cui quelle citate da Guerra 2008, 12, nt. 32).

sentenze non escludono il valore essenziale delle parole utilizzate nel contratto, ma sottolineano soltanto che esse devono essere «contestualizzate» in una lettura che tenga conto anche di altre disposizioni del testo negoziale¹⁵⁵. Vi sono infine anche altri orientamenti giurisprudenziali – che, per la loro spadaccinata non hanno i caratteri sopra delineati – che mettono in rilievo l'importanza del principio di buona fede (art. 1366 c.c.)¹⁵⁶ o che affermano l'inesistenza di un principio gerarchico tra i canoni ermeneutici¹⁵⁷ o la necessità di utilizzare, quale criterio fondamentale di interpretazione, la coerenza del testo contrattuale con il «diritto vivente del lavoro» o con i «principi fondamentali» in materia¹⁵⁸.

Alcune delle interpretazioni descritte sono sicuramente criticabili. Si pensi, ad esempio, alla prevalenza della formulazione letterale rispetto alla «comune intenzione delle parti» quando si tratta di ricostruire il senso del contratto. Questo principio è del tutto in contrasto con quanto è previsto dall'art. 1362, c. 1, che dice esattamente il contrario e dove la stessa Corte di cassazione non privilegia l'univoco «significato delle parole secondo la connessione di esse» contenute nella norma del codice civile¹⁵⁹. Tuttavia la quantità delle decisioni emesse e la loro reiterazione nel tempo consentono di affermare che si è in presenza di un diritto vivente delle regole interpretative del contratto collettivo.

8. L'«autorità» del diritto vivente sulla interpretazione e la necessità di regole «a priori» sulla attività interpretativa

Gli orientamenti giurisprudenziali sopradescritti dovrebbero esercitare un'influenza determinante sul giudice che si avvicina ad un testo da interpretare. Essi, tra l'altro, codificano delle tecniche che sono in larga misura introiettate più o meno consapevolmente da giuristi ed operatori del diritto e questa, probabilmente, è una delle ragioni che spiega il numero limitato di interpretazioni alternative proposte da dottrina e giurisprudenza. Inoltre, se si considerano i tanti problemi prima descritti, è evidente che il diritto vivente in materia ne ridimensiona la portata. Ad esempio, la ricostruzione del «senso» del testo normativo in base al linguaggio comune o a quello tecnico (con il rinvio alle ordinarie regole sintattiche o grammaticali o ai «linguaggi» tecnicizzati o dei settori della scienza), la valutazione della «intenzione del legislatore» in senso oggettivo e non soggettivo, il carattere secondario dei lavori preparatori, la necessità di un'interpretazione adeguatrice o conforme rispetto al diritto costituzionale o all'ordinamento comunitario e così via. Questa giurisprudenza fornisce anche un ausilio fondamentale nel risolvere uno dei problemi più

¹⁵⁵ Molte sentenze, infatti, confermano che «il senso letterale delle parole» costituisce «punto di partenza dell'indagine ermeneutica» (Cass. 6656/2002, cit. a nt. 154; Cass. n. 16287/2004, cit. a nt. 154; Cass. n. 17844/2005, cit. a nt. 154) o che esso «non va disgiunto da quello logico» (Cass. n. 1574/2006, cit. a nt. 154; Cass. 8.3.2007 n. 5287, cit. a nt. 154). Anche in questo caso il numero delle decisioni è assai elevato.

¹⁵⁶ Cass. 14.4.2008 n. 9813

¹⁵⁷ Cass. 8.3.2007 n. 5287, cit. a nt. 154

¹⁵⁸ Cass. 1.7.2002 n. 9538; Cass. 20.8.2003 n. 12271.

¹⁵⁹ Il criterio, cioè che, come si è visto, la stessa Corte ritiene fondamentale nella interpretazione della legge (*v. supra*). Probabilmente il rilievo sull'elemento letterale nella interpretazione del contratto collettivo nasce dalla sua considerazione quale atto di fonte contrattuale ma con effetti molto vicini a quelli della legge (secondo l'insegnamento di Carnelutti 1927, 121). Sulla interpretazione del contratto collettivo, senza pretesa di alcuna completezza, si rinvia a Giugni 1957, 179 ss.; Cessari 1963; Gragnoli, 2000, Persiani 2002, Aa. Vv. 2004; Cataudella 2006, 685 ss.

controversi: l'esistenza di criteri gerarchici tra i canoni interpretativi. Le sentenze prima descritte escludono la totale «fungibilità ed invarianza» degli argomenti utilizzabili, che consentono di giungere a significati opposti a seconda di quali tra essi vengano applicati. La prevalenza del canone letterale sia per gli atti normativi che per quelli contrattuali fissa un punto fermo che vincola l'interprete e ne riduce la discrezionalità. E ad analoghe conclusioni si giunge per l'obbligo dell'interpretazione adeguatrice o conforme o per il divieto di analogia delle leggi eccezionali, perché anche in questi casi si impongono limiti sulle potenziali scelte dei vari canoni interpretativi¹⁶⁰. Il giudice che volesse seguire queste regole si troverebbe in presenza di un «codice» della interpretazione, che individua sia le modalità d'uso (ad esempio prima il criterio letterale, poi quello della intenzione del legislatore; «la volontà obiettiva della legge» prevale sui lavori preparatori ecc.) sia il contenuto dei vari argomenti interpretativi, fornendogli una metodologia di lettura del testo sicuramente idonea a ridurre il margine di arbitrio nella attribuzione di un significato.

La discrezionalità dell'organo giudicante, ovviamente, non può essere eliminata in relazione alla formulazione linguistica spesso approssimativa del testo, alla elasticità delle regole grammaticali e sintattiche ed alle molteplici variabili che sono state prima descritte (non ultimi gli «arricchimenti di senso» che nascono dai casi concreti a cui la disposizione deve essere applicata). Tuttavia, l'esistenza di regole interpretative codificate da una giurisprudenza costante circoscrive l'area delle soluzioni giustificabili¹⁶¹. Il diritto vivente in materia, dunque, opera in un duplice senso positivo. «Semplifica» l'ambito dei problemi connessi all'interpretazione già descritti in precedenza. Fornisce al giudice delle linee guida ben precise che ne orientano l'interpretazione entro confini predefiniti che condizionano gli esiti del processo interpretativo.

In presenza di un diritto vivente quale quello descritto il giudice dovrebbe, in primo luogo, prendere atto dell'esistenza di regole sull'interpretazione che limitano la sua libertà nella ricostruzione del significato di una disposizione. Queste regole dovrebbero costituire il «filtro» attraverso il quale devono essere vagilate le sue inevitabili precomprensioni per verificarne la fondatezza e per sottoporre il «primo significato» che il testo normativo o contrattuale suggerisce ad una valutazione più approfondita¹⁶². Il magistrato, peraltro, non è «ingabbiato» all'interno di percorsi obbligati. Egli può certamente discostarsi dal diritto vivente e, a fronte di una disposizione che abbia un significato univoco, può anche giungere a risultati interpretativi diversi. Tuttavia, per le ragioni già indicate, egli ha un obbligo particolarmente rigoroso di argomentare il suo dissenso, perché deve spiegare per quale ragione intenda discostarsi dal «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» o dagli altri criteri di interpretazione codificati da una giurisprudenza così diffusa ed importante. Il giudice, inoltre, deve anche giustificare quali altri tra i diversi canoni intende usare in via alternativa per giungere a un diverso risultato interpretativo¹⁶³.

¹⁶⁰ È evidente infatti che, se astrattamente si pongono all'interprete più soluzioni alternative tutti ugualmente giustificabili, egli è obbligato ad adottare quelle che consentano l'adeguamento al diritto comunitario o alla costituzione. Mentre il divieto di analogia gli inibisce l'uso del c. 2 dell'art. 12 delle preleggi.

¹⁶¹ Ross 1958, 153 (e gli autori citati *retro* nella nt. 43).

¹⁶² Cfr. *retro* § 4, testo e note 74 ss.

¹⁶³ L'obbligo di motivazione nel senso indicato nel testo non troverebbe ostacoli se venissero approvate le riforme sul processo civile attualmente in discussione in Parlamento. Infatti, la necessità di una «concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione» (art. 27, c. 17, del ddl. 1082 del Senato, che riformerebbe l'art. 132, c. 2, c.p.c.) non escluderebbe che esse dovrebbero

Rispetto ai normali «vincoli agli operatori dell'applicazione» della legge derivanti dalle disposizioni in materia (come l'art. 12 delle preleggi)¹⁶⁴, il limite del diritto vivente è più stringente. E questo in considerazione sia dell'obbligo costituzionale di motivazione della sentenza (di cui si è già parlato), sia della maggiore influenza esercitata da un diritto così consolidato, che costituisce un argomento *ab auctoritate* molto più importante rispetto a quello esercitato dai normali precedenti giurisprudenziali.

Le riflessioni svolte presuppongono un postulato fondamentale: l'interpretazione deve svolgersi secondo regole già definite «*a priori*». In sostanza sono fautore di una «metodologia che impone l'adozione di un metodo, a prescindere dal concreto, particolare risultato che si intende conseguire per una concreta, particolare controversia»¹⁶⁵. Vi è quindi il rifiuto dell'idea secondo la quale «la ricerca della regola non è determinata dal metodo, ma è il metodo ad essere conseguenza della (direzione della) ricerca, dipendendo da ciò che si vuole trovare»¹⁶⁶. E, a maggior ragione non mi sembra possa essere seguita la tesi del giudice libero di selezionare gli argomenti interpretativi che gli consentono di giustificare a posteriori un'attribuzione di significato che rispecchi le sue opzioni politiche e ideologiche o che operi come arbitro tra interessi confliggenti¹⁶⁷.

Queste conclusioni, a mio giudizio, si fondono su una pluralità di ragioni, alcune delle quali, tra l'altro, rispecchiano vincoli di diritto positivo. Un primo argomento è di ordine politico costituzionale. La mancanza di regole *a priori* determina una discrezionalità assoluta dell'interprete ed esclude qualsiasi forma di controllo sociale sull'esercizio dell'attività giurisdizionale, che è uno dei fondamenti di uno stato democratico. D'altra parte, vi è un'esigenza di razionalità del diritto che impone di non «consegnare il campo dell'argomentazione giuridica al compiacente arbitrio del principio nichilistico del "tutto è permesso"»¹⁶⁸. La riduzione della discrezionalità dell'interprete, poi, rispecchia la finalità «del ruolo di garanzia che lo stato costituzionale di diritto assegna ai giudici ed ai giuristi»¹⁶⁹. Questa funzione è incompatibile con le tecniche interpretative che tutto affidano alla volontà esclusiva dell'organo giudicante (trasformandolo da «garante» a creatore arbitrario del diritto per ogni singolo caso concreto). Senza dimenticare che l'ordinamento codifica delle prescrizioni sull'interpretazione (art. 12 delle preleggi; artt. 1362 ss. c.c. e le altre già richiamate) che certamente non permettono di considerarle... inesistenti, quasi si trattasse di meri suggerimenti e non di disposizioni vigenti e vincolanti anche e soprattutto per i giudici¹⁷⁰. Vi è infine un argomento decisivo. Soltanto l'utilizzazione di regole condivise che limitino la discrezionalità dell'interprete può consentire la (relativa) prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali e soddisfare l'esigenza di giustizia, «cioè l'esigenza dell'uguaglianza di trattamento di casi

necessariamente riguardare anche l'abbandono del diritto vivente in materia di canoni interpretativi. E questo anche in considerazione dell'accresciuta importanza che la riforma attribuisce ai precedenti della Cassazione (che sembrano acquisire un vero e proprio valore vincolante: v. *retro* nt. 130).

¹⁶⁴ Cfr. *retro* § 4, gli autori citati nella nt. 43.

¹⁶⁵ Chiassoni 2008, 3.

¹⁶⁶ Zagrebelsky 1992a, 184. Si vedano *retro* gli autori citati a nt. 28.

¹⁶⁷ Cfr. *retro* § 1, testo e nt. 4 e 5 e § 3.

¹⁶⁸ Chiassoni 2008, 51.

¹⁶⁹ Chiassoni 2008, 50.

¹⁷⁰ Si veda, *retro*, § 4, testo e note 38 ss. Un vincolo che, per i giudici, acquista un'importanza ancora superiore per effetto proprio del diritto vivente sulle regole interpretative.

oggettivamente uguali»¹⁷¹. L'esistenza di tali regole, infatti, e la garanzia della loro applicazione consentono di affermare che - rispetto ad un caso già deciso che sia simile, nei suoi caratteri essenziali, ad un altro ancora da sottoporre a decisione - vi potrà essere una sentenza di contenuto analogo che realizzi questo imprescindibile bisogno di uguale trattamento¹⁷².

Si è detto che l'applicazione dell'art. 12 delle preleggi (ma l'osservazione è estensibile anche agli artt. 1362 ss. c.c. sui contratti) sarebbe espressione del «metodo tradizionale», che «esibisce, nella prassi, un alternarsi di splendori e miserie». Per questa ragione il «"ritorno all'art. 12" non costituisce... un rimedio affidabile» e si propone una diversa tecnica interpretativa che, «rigettando la metodologia del risultato» e basandosi su un metodo predefinito, sia fondata sui postulati «della completezza tendenziale..., dell'esaustività espositiva... e dell'universalizzazione»¹⁷³. Il giudizio sull'uso che la giurisprudenza fa dell'art. 12 è largamente condivisibile, anche se occorrebbe chiedersi se questo risultato è ascrivibile più alla responsabilità dei giudici che alla «inefficienza» della disposizione in sé. A me pare, peraltro, che il diritto vivente sull'interpretazione consente di razionalizzare e di ridurre il grado di indeterminatezza e di fungibilità degli argomenti interpretativi, con la realizzazione di un punto di equilibrio tra l'esigenza di regole che presiedono all'attribuzione dei significati dei testi normativi e la ineludibile discrezionalità dell'interprete, in un contesto che realizzi anche l'obiettivo di garantire, con l'interpretazione, l'adeguamento del diritto alle continue dinamiche sociali.

9. L'applicazione delle tecniche interpretative in alcune sentenze

Si è già sottolineato che l'utilizzazione da parte della giurisprudenza delle tecniche interpretative rivela un panorama assai variegato e, in alcuni casi, sconcertante¹⁷⁴. A questo punto è opportuno analizzare in modo più specifico alcuni orientamenti giurisprudenziali per fornire un quadro più esauriente della situazione.

Va in primo luogo rilevato che molto rare sono le sentenze che fanno espressamente riferimento alle regole sulla interpretazione legale o contrattuale come «vincolo» all'attività del giudice o che considerano l'esistenza di consolidati orientamenti in materia quale limite che deriva dal valore fondamentale assunto dai precedenti giurisprudenziali. «L'autorità» delle sentenze già emesse è molto spesso invocata per giustificare la soluzione adottata e non per spiegare la metodologia interpretativa seguita. La ragione per cui si decide di applicare determinati argomenti (ad esempio quello della intenzione del legislatore) rispetto ad altri non viene quasi mai esplicitata. Si è spiegato che il silenzio sulle direttive interpretative seguite è legato alla difficoltà di argomentare la scelta di una tecnica piuttosto che di un'altra ed anche perché ciascun argomento è una regola «defettibile», soggetta ad eccezioni che sono frutto di scelte discrezionali e che la rendono arbitraria e molto debole «di fronte alla comunità degli interpreti»¹⁷⁵. L'osservazione è solo in parte condivisibile, perché il diritto vivente consente di ridurre il grado di perfettibilità e discrezionalità nella scelta dei canoni interpretativi. In ogni caso se le regole sull'interpretazione sono codificate dalla stessa giurisprudenza tanto da diventare un *living law* (in relazione anche alla gerarchia tra

¹⁷¹ Mengoni 1996, 62. Esigenza di giustizia che l'autore qualifica giustamente come «fondamentale».

¹⁷² Senza dimenticare che regole condivise possono consentire la prevedibilità anche di decisioni relative a casi nuovi e mai analizzati.

¹⁷³ Chiassoni 2008, 2-3, 49-50 (a cui si rinvia per un'analisi dettagliata del metodo da lui proposto).

¹⁷⁴ V. *retro* § 1.

¹⁷⁵ Guastini 2004, 140 - 141.

gli argomenti utilizzabili), i giudici, per le ragioni già spiegate, sono tenuti ad esplicitare per quale motivo decidono di discostarsi da esse (in considerazione anche dell'obbligo costituzionale di motivazione).

Le sentenze, come si è detto, sono sul punto assai diverse. A fini esplicativi e per verificare l'uso in concreto delle tecniche di interpretazione, è opportuno analizzare il contenuto di alcune di esse, in relazione a diversi istituti. In tema, ad esempio, di *lavoro a progetto*, l'art. 69, c. 1, del d.lgs. 276/2003 prevede la conversione del contratto di lavoro autonomo in uno subordinato qualora manchi «uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso». Si è già rilevato che la disposizione, dal punto di vista linguistico, è assolutamente chiara: l'assenza degli elementi costitutivi sopra descritti determina la trasformazione del contratto sin dall'origine¹⁷⁶. Questa chiarezza, sottolineata anche in dottrina¹⁷⁷, è coerente sia con le finalità della legge (fare del progetto/programma l'elemento qualificante del contratto per stroncare i fenomeni elusivi delle subordinazioni «mascherate»), sia con una lettura sistematica della disposizione nel contesto della disciplina dell'intera materia¹⁷⁸. Senza dimenticare, inoltre, che già in passato il legislatore aveva utilizzato formulazioni analoghe e non si era mai dubitato che, in ambiti diversi, l'effetto finale fosse del tutto simile a quello descritto¹⁷⁹.

In relazione a questa disposizione, una parte della giurisprudenza, in applicazione del canone del «significato proprio delle parole», afferma che «*la norma, nel suo espresso tenore letterale, è di estrema chiarezza: se non c'è lavoro a progetto, c'è il rapporto di lavoro subordinato e non vi sono altre possibilità alternative*». Inoltre, «*non è nemmeno richiesto l'accertamento delle modalità con cui la prestazione si è svolta, perché una volta esclusa la presenza di quell'elemento qualificante scatta l'automatismo e si presume invincibilmente la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato*»¹⁸⁰. Questa decisione è stata confermata, sempre in base alla formulazione letterale, anche da altre e con motivazioni in alcuni casi assai sintetiche, giustificate dalla esaustività del testo a fornire la soluzione interpretativa¹⁸¹. Tali sentenze, pur senza mai menzionarlo, esprimono chiaramente il principio enucleato dal diritto vivente in materia: la prevalenza del canone della interpretazione letterale e la sua autosufficienza ai fini della attribuzione del significato.

Altre decisioni, al contrario, hanno contenuto completamente diverso. In alcune viene affermato che l'art. 69, c. 1, non determina la conversione automatica, senza che venga esplicato in alcun modo la ragione di questa scelta e, comunque, trascurando completamente la formulazione

¹⁷⁶ V. retro § 5, testo e nt. 103 ss.

¹⁷⁷ Nuzzo 2008, 2 (a cui si rinvia per l'indicazione di vari autori che concordano su tale aspetto).

¹⁷⁸ Su tali aspetti cfr. Nuzzo 2008, 6 ss. (con riferimenti di dottrina e giurisprudenza).

¹⁷⁹ Si pensi, in particolare, all'art. 1 della l. 1369/1960 dove i lavoratori occupati in violazione dei divieti previsti dalla disposizione erano «considerati» dipendenti del committente (Nuzzo 2008, 5). O all'art. 5, commi 2 e 3, del d.lgs. 368/2001, secondo i quali, in caso di continuazione del rapporto a termine dopo la scadenza o di riassunzione a t. determinato senza rispettare gli intervalli tra un contratto e l'altro, il rapporto «si considera a tempo indeterminato».

¹⁸⁰ T. Milano 2. 2. 2007 n. 230, www.fmb.unimore.it

¹⁸¹ T. Milano 23.3.2006; T. Milano 2.8.2006; T. Livorno 8.1.2007, www.fmb.unimore.it.

letterale della disposizione¹⁸². A queste sentenze, che sono radicalmente viziose dall'assenza di motivazione¹⁸³, se ne affiancano altre che sono accomunate dalla irrilevanza attribuita al testo (inequivoco) della disposizione. In questi casi, peraltro, vi sono significative differenze.

Il Tribunale di Ravenna, ad esempio, risolve il problema in base ad una circolare del Ministero del Lavoro, secondo la quale l'assenza di progetto determina soltanto una presunzione semplice, che non produce la conversione del contratto quando il committente provi che, in effetti, si trattava di un genuino lavoro autonomo¹⁸⁴. La soluzione adottata dal Tribunale è ovviamente del tutto criticabile, soprattutto perché in giurisprudenza vi è assoluta concordanza sulla non vincolatività, a fini interpretativi, delle circolari ministeriali¹⁸⁵. Tuttavia, non è solo la «povertà» argomentativa descritta che merita di essere segnalata. Infatti, la sentenza è approfonditamente motivata su altri aspetti connessi al caso esaminato ed il giudice utilizza molti canoni interpretativi classici (interpretazione letterale, logico sistematica, argomento *a contrario* in versione interpretativa, argomento *ab auctoritate* con riferimento alla dottrina, interpretazione adeguatrice conforme alla Costituzione), dimostrando padronanza nella loro utilizzazione¹⁸⁶. Tuttavia, il canone della formulazione letterale è del tutto pretermesso proprio in relazione al «cuore» della controversia (gli effetti previsti dall'art. 69), nonostante esso avrebbe dovuto costituire il primo criterio interpretativo. Ed è paradossale che lo stesso giudice attribuisca al testo di altre disposizioni valore ermeneutico fondamentale per risolvere diverse questioni del caso¹⁸⁷. Una simile utilizzazione delle tecniche di interpretazione può trovare una sola spiegazione: il magistrato non vuole applicare il chiaro tenore letterale della norma perché, in base ad una sua precomprensione, ritiene che la conversione automatica sia un fatto negativo, non equo, contrario alle sue preferenze soggettive e che solo la mancanza di un effettivo rapporto di lavoro subordinato (da dimostrare con riferimento alle modalità esecutive delle prestazioni) può giustificare la trasformazione. Per tale ragione, si «aggrappa» al flebile argomento della circolare ministeriale, tra l'altro con la consapevolezza che il testo del Ministero non può acquisire un valore interpretativo non consentito¹⁸⁸. Considerazioni del tutto analoghe possono essere estese alla sentenza del Tribunale di Torino del 5 aprile 2005¹⁸⁹. In questo caso il giudice utilizza e seleziona diversi criteri di interpretazione

¹⁸² T. Torino 17.5.2006 (www.fmb.unimore.it): «la genericità del contratto rende applicabile il c. 1 dell'art. 69; ne consegue che, adeguando a quell'interpretazione che considera il c. 1 dell'art. 69 un'ipotesi di presunzione relativa, sarebbe stato onere della parte convinta dimostrare l'autonomia del rapporto in essere».

¹⁸³ Nuzzo 2008, 3.

¹⁸⁴ T. Ravenna 21.11.2005, RIDL, 2006, II, 329 ss., part. 347. La sentenza fa propria la tesi sostenta dal Ministero (Circolare 8.1.2004 n. 1).

¹⁸⁵ Cfr. la giurisprudenza citata da Nuzzo (2008, 2, nt. 4) e da Chiassoni (2008, 37, nt. 35).

¹⁸⁶ Non è possibile sintetizzare le varie parti della motivazione in cui il Tribunale (cit. a nt. 184) fa uso dei vari canoni interpretativi. Si vedano, comunque, p. 346 per l'argomento logico sistematico; p. 347 per l'interpretazione adeguatrice conforme a Costituzione; p. 346 e 353 – 354 per l'uso del «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse».

¹⁸⁷ Il Tribunale (cit. a nt. 184), infatti, ritiene che il contenuto letterale dell'art. 63 d.lgs. n. 276/2003 («ai fini della prova») impedisca di ritenere che il contratto a progetto richieda la forma *ad substantiam* (346). Inoltre, secondo il giudice, l'art. 67 del d.lgs. n. 276/2003 contiene «una formula di legge (una volta tanto) chiara», che consente il recesso anticipato senza necessità di addurre causali e con il solo obbligo del preavviso.

¹⁸⁸ Il Tribunale (cit. a nt. 184) afferma infatti che la Circolare ministeriale, con la sua interpretazione ha «forse» (sic!) superato «gli stessi limiti che un atto amministrativo deve osservare nel rapporto con la legge...»: (347). Chiassoni (2008, 36) osserva come il giudice manifesti, con questa espressione, qualche dubbio sulla soluzione adottata.

¹⁸⁹ La sentenza è reperibile in RIDL, 2005, II, 849 ss.

(letterale, sistematica, conforme a Costituzione, *ab auctoritate*)¹⁹⁰ e, anche se le conclusioni a cui perviene sono molto discutibili¹⁹¹, non vi è dubbio che si è in presenza di una sentenza ampiamente argomentata da parte di chi ha consapevolezza degli strumenti ermeneutici. Tuttavia, stranamente, il giudice non prende in considerazione il contenuto letterale dell'art. 69, che viene completamente ignorato (anche se il magistrato è consapevole, a fini interpretativi, del valore fondamentale di quanto sia scritto nella disposizione)¹⁹². Anche qui, una «lacuna» così incomprendibile può essere giustificata solo da una precomprensione negativa sul meccanismo previsto dalla legge e dalla volontà di impedirne una applicazione coerente con il suo contenuto linguistico¹⁹³. Gli esempi di sentenze di questo genere potrebbero continuare¹⁹⁴.

Su un piano diverso, invece, si colloca la decisione del Tribunale di Torino del 23 marzo 2007¹⁹⁵. Il giudice respinge la interpretazione della conversione automatica, ma sa che la lettera della disposizione è contro la tesi della presunzione relativa (o semplice) e lo dice espressamente¹⁹⁶. Di qui lo sviluppo di varie argomentazioni tutte basate su una pluralità di canoni finalizzati a contrastare il dato letterale (con particolare enfasi sulla interpretazione adeguatrice per evitare la incostituzionalità a cui si giungerebbe necessariamente, a suo giudizio, se la disposizione fosse letta in coerenza con il suo contenuto linguistico). Le numerose critiche che possono essere sollevate¹⁹⁷ non escludono che, comunque, dal punto di vista metodologico, il giudice si sforzi quanto meno di tenere in considerazione il «significato proprio delle parole» e di argomentare in modo rigoroso per quale ragione egli intenda superare questo elemento essenziale per giungere ad una interpretazione del tutto diversa.

La nuova disciplina del *contratto a termine* ha suscitato notevoli contrasti interpretativi e continuerà a crearne, anche perché la materia è in continua trasformazione. Tra le questioni controverse, due sono quelle che hanno dato vita ad un dibattito serrato. La prima è se la causale economico - organizzativa del contratto sia legata ad esigenze temporanee di lavoro o se, al contrario, il termine può essere apposto per soddisfare anche necessità di lavoro stabile. La seconda è

¹⁹⁰ L'argomento *ab auctoritate* è espresso a p. 862, mentre quello della interpretazione costituzionalmente coerente è argomentato a p. 859 ss. Il giudice, inoltre utilizza il criterio letterale (v. *infra* nt. 192) e quello logico sistematico (857).

¹⁹¹ Si rinvia alle considerazioni critiche di Nuzzo 2008, 11 ss.

¹⁹² Il Tribunale (cit. a nt. 189), infatti, assegna rilievo fondamentale al contenuto linguistico in relazione all'art. 62 del d.lgs. 276/2003 per dedurre che la forma del contratto è *ad probationem*. Oppure ritiene che «alcuni elementi chiari e minimali possono essere individuati attenendosi alla lettera della disposizione: il progetto deve caratterizzarsi per la specificità [...]» (853).

¹⁹³ Chiassoni (2008, 35) ritiene che la sentenza sia espressione del «metodo eclettico» (v. *retro* § 1, testo e nt. 4) e che «le direttive del metodo tradizionale non sono state messe da parte». Il che è certamente vero, tranne che per l'utilizzazione dell'argomento letterale, che il Giudice usa solo in certe ipotesi e...a suo comodo e non per risolvere la questione interpretativa fondamentale sottoposta a giudizio.

¹⁹⁴ Si consideri, ad es., la decisione del Tribunale di Bologna (6.2.2007, www.fmb.unimore.it). Dopo aver fatto ampio uso del canone dell'interpretazione letterale (in relazione all'art. 62 ed anche all'art. 69 del d.lgs. 276/2003), essa afferma che, in caso di mancata individuazione del progetto, la conversione non opera se il committente prova che il rapporto si è svolto con le modalità del lavoro autonomo (2 – 3). E tale conclusione è motivata in modo del tutto apodittico senza prendere minimamente in considerazione il contenuto linguistico della disposizione.

¹⁹⁵ Reperibile in www.fmb.unimore.it

¹⁹⁶ Secondo il Tribunale (cit. a nt. 195), la interpretazione per cui si sarebbe in presenza di una presunzione relativa è «apparentemente in conflitto con il mero dato letterale della norma (che stabilisce che i rapporti “sono considerati rapporti di lavoro subordinato” senza esplicitare la possibilità di fornire prova contraria) (7 – 8).

¹⁹⁷ V. Nuzzo 2008, 8 ss.

connessa agli effetti della illegittima apposizione del termine: nullità dell'intero contratto (con l'applicazione dell'art. 2126 c. c.) o conversione del rapporto in uno a tempo indeterminato (art. 1419, c. 2, c.c.)? Va ricordato che i due problemi sopradescritti non possono trovare un sicuro fondamento della formulazione letterale della legge. L'art. 1 del d.lgs. 368/2001, infatti, non dice espressamente che la causale del contratto coincide con ragioni temporanee. Inoltre il decreto legislativo non regola in alcun modo le conseguenze derivanti dalla mancanza delle ragioni economiche ed organizzative. In questo caso, dunque, il giudice dovrebbe utilizzare gli altri argomenti interpretativi secondo i criteri di gerarchia enucleati dal diritto vivente in materia. Ed in questo contesto, particolare rilievo deve rivestire il canone dell'interpretazione adeguatrice al diritto comunitario, visto che la legge nazionale recepisce una direttiva europea che vincola anche le riforme successive.

Il Tribunale di Roma, con la decisione del 21 febbraio 2005¹⁹⁸ concorda con la tesi della non necessità delle esigenze temporanee ed argomenta la sua scelta facendo proprie (senza citare la fonte) le opinioni espresse da una parte della dottrina¹⁹⁹. Si è già osservato che la sentenza si fonda su conclusioni «apodittiche» e su una «lettura storico - sistematica... della disposizione, ancorata alla successione di provvedimenti legislativi nel tempo»²⁰⁰. Queste osservazioni sono condivisibili, e, d'altra parte, molte altre critiche possono essere sollevate²⁰¹. Tuttavia, l'aspetto più rilevante dalla sentenza è la totale mancanza della utilizzazione di tutte le tecniche interpretative già analizzate (interpretazione letterale, intenzione del legislatore, interpretazione sistematica, lettura della legge nazionale alla luce della fonte europea ecc.), come se esse... non esistessero. Tra l'altro, il giudice conosce questi argomenti ermeneutici. Quando, infatti, deve spiegare quali sono gli effetti che scaturiscono dalla illegittimità del termine, il magistrato arriva alla conclusione che vi è la nullità dell'intero contratto. Questa tesi è motivata utilizzando i canoni dell'interpretazione letterale e sistematica degli artt. 1418 e 1419 c.c. Anche questa interpretazione è del tutto censurabile²⁰². Tuttavia, come per altre sentenze, è possibile dire che questo uso «selettivo» dei canoni ermeneutici si può spiegare in un solo modo: il giudice «vuole» che le esigenze che giustificano il contratto siano anche di carattere «permanente»²⁰³ e che la loro mancanza non determini la conversione. Per questa ragione utilizza (o... non utilizza) le tecniche interpretative che meglio soddisfano le sue precomprensioni.

La Corte di Appello di Bari²⁰⁴ accoglie la tesi delle esigenze temporanee e della nullità parziale con conversione del contratto in uno a tempo indeterminato. La decisione è motivata in modo molto approfondito ed utilizza una pluralità di metodi (analisi letterale contestuale, legata alla correlazione tra le varie disposizioni della legge; interpretazione sistematica, argomento *ab auctoritate*

¹⁹⁸ In RGL, 2005, II, 706 ss.

¹⁹⁹ Vallebona, Pisani 2001.

²⁰⁰ Chiassoni 2008, 46 e 45.

²⁰¹ Vedi, ad. es., quelle espresse da Raimondi 2008, 14 ss.

²⁰² Sull'applicazione delle regole in tema di nullità parziale in questa ipotesi mi permetto di rinviare a Speziale 2001, 405 ss.; Id. 2003, 448 ss.; Id. 2008, 216 ss. (con l'analisi delle diverse opinioni in dottrina e giurisprudenza). In relazione alla sentenza del Tribunale di Roma cfr., su questi aspetti, anche le critiche di Raimondi 2008, 15 ss.

²⁰³ T. Roma 21.2.2005, cit. a nt. 198, 708

²⁰⁴ A. Bari 20.7.2005, Fl, 2006, I, 1540.

con riferimento alla dottrina ed alla Cassazione, canone del ragionamento «per assurdo» ed «orientato alle conseguenze» ecc.), con una netta prevalenza della interpretazione adeguatrice alla direttiva comunitaria²⁰⁵. Le conclusioni a cui perviene la Corte sono, a mio giudizio, condivisibili, anche se a volte gli argomenti utilizzati non sono convincenti. Non vi è dubbio, peraltro, che il codice interpretativo utilizzato dai giudici è «articolato e rigoroso»²⁰⁶ e basato su un uso assai ampio e tecnicamente approfondito dei canoni ermeneutici.

La Cassazione, con una recente decisione²⁰⁷ ha affrontato diversi aspetti della nuova disciplina in materia di contratti a t. determinato e si è soffermata, in particolare, sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla illegittima apposizione del termine. La Corte ritiene che si sia in presenza di una nullità parziale disciplinata dall'art. 1419, c.2, c.c., che determina la conversione del rapporto in uno stabile. La decisione, che conferma le soluzioni proposte da una parte della dottrina²⁰⁸ è un esempio di utilizzazione degli argomenti interpretativi secondo i criteri della «completezza, esaurività ed universalità»²⁰⁹. In mancanza di una espressa formulazione della legge che consenta di legittimare il risultato interpretativo raggiunto, la Corte utilizza una pluralità di canoni, dimostrando un'ampia padronanza tecnica nella loro utilizzazione. Essa, inoltre, usa gli argomenti interpretativi in senso «cumulativo», dando prevalenza ad alcuni di essi (ad es., l'analisi letterale delle disposizioni, l'interpretazione adeguatrice al diritto comunitario, l'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata) ed applicando altri a conferma delle proprie conclusioni. La decisione è una manifestazione evidente della possibilità di ricorrere in modo appropriato a regole interpretative codificate da una lunga trazione giuridica e giurisprudenziale.

Il diritto del lavoro peraltro conosce anche esperienze importanti di *living law*, con orientamenti giurisprudenziali consolidati ed uniformi che si ripetono nel tempo e, in molti casi, senza alcuna voce dissonante. Una delle manifestazioni più evidenti è quella della giurisprudenza in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. I giudici ritengono che per la legittimità del recesso non è sufficiente l'esistenza di una valida ragione economica od organizzativa, ma è necessaria anche la prova, a carico del datore di lavoro, della impossibilità di utilizzare il lavoratore in mansioni equivalenti. L'obbligo di *repechage* non può certo fondarsi sulla interpretazione letterale dell'art. 3 della l. 604/1966²¹⁰ e costituisce una pesante interpolazione del testo, che è stato

²⁰⁵ Per l'uso delle varie tecniche interpretative in questa sentenza v. Chiassoni 2008, 41 – 44 e 48 – 49. Si vedano, in argomento, anche le critiche di Raimondi 2008, 4 ss.

²⁰⁶ Chiassoni 2008, 48.

²⁰⁷ Cass. 21.5.2008 n. 12985.

²⁰⁸ La Corte utilizza sul tema molte delle argomentazioni da me già espresse (Speziale 2001, 405 ss. e gli altri saggi citati a nt. 202).

²⁰⁹ Parafrasando le parole di Chiassoni 2008, 2 – 3, 49 – 50.

²¹⁰ Brun 2008, 5 e Nogler 2007, 649 (a cui si rinvia per l'indicazione di altri autori che sottolineano l'assenza di un riferimento letterale nella legge che legittimi *l'extrema ratio*).

riscritto dalle sentenze²¹¹. A mio giudizio, la tesi ha una sua fondatezza²¹². Qui è importante sottolineare che la regola è affermata da centinaia di sentenze che, ormai, non argomentano in alcun modo in base a quali canoni interpretativi sono giunti a tale soluzione²¹³. Questa affermazione, infatti, viene sostenuta in modo apodittico, a volte con la semplice citazione di altri precedenti giurisprudenziali e, più raramente, con riferimento «al costante orientamento di questa Corte»²¹⁴ o all'esistenza di un «principio consolidato»²¹⁵. Analoghe considerazioni possono essere fatte per l'utilizzazione dell'art. 2077 c.c. nei rapporti tra contratto collettivo ed individuale di lavoro e per l'art. 36 Cost in tema di retribuzione sufficiente.

10. Il giudice come «legislatore di ultima istanza»: critica

Le sentenze descritte sollecitano alcune riflessioni. Pur in assenza di un riferimento al vincolo *ab auctoritate* esercitato dal diritto vivente in tema di interpretazione, molti giudici fanno un uso estensivo degli argomenti interpretativi. In alcuni di essi è chiaro che l'attribuzione di significato è frutto dell'applicazione di canoni ben precisi su cui si fonda la decisione²¹⁶. In altre, le motivazioni non esplicitano se le regole utilizzate sono semplicemente la razionalizzazione *ex post* di una interpretazione «a priori» che prescinde dalle tecniche interpretative, oppure se il risultato a cui perviene la giurisprudenza costituisca il frutto dell'applicazione dei canoni propri della materia, per cui la intuizione originaria del giudice sul contenuto di una disposizione viene poi concretamente verificata alla luce dei vari argomenti. Non vi è dubbio, peraltro, che questa parte della giurisprudenza si sente vincolata da regole sull'interpretazione che costituiscono uno strumento fondamentale delle argomentazioni utilizzate per giustificare le proprie conclusioni.

Altre decisioni, al contrario, sono prive di motivazione (fondate sul principio apodittico dell'*ipse dixit*), oppure prescindono da alcuni argomenti interpretativi fondamentali, magari utilizzati soltanto quando «fanno comodo» per motivare altre statuzioni. In questo caso la giurisprudenza, che tra l'altro dimostra di saper ben utilizzare ad altri fini le tecniche interpretative, si orienta in base alle proprie precomprensioni ed esprime contenuti che, come si è visto, sono caratterizzati da un elevato livello di arbitrarietà. In questo contesto particolare stupore desta la «ribellione» contro la formulazione letterale della disposizione. Eppure non va dimenticato che «il tenore

²¹¹ È come se, alla fine del secondo periodo dell'art. 3 della l. 604/1966, fossero state aggiunte le seguenti parole: «nonché dalla impossibilità di utilizzare il lavoratore in mansioni equivalenti». Sostenere infatti che il *repechage* è rinvenibile nelle ragioni economiche ed organizzative (cfr. la giurisprudenza citata da Carinci M.T. 2005, 21) significa affermare che il licenziamento non è giustificato da una qualsiasi causale che renda necessaria la soppressione di quel posto ma da una che sia tale anche da impedire la riutilizzazione del lavoratore in altra posizione. Una cosa, infatti, è la necessità di eliminare una posizione lavorativa, altro è dimostrare che non vi è un posto ulteriore e diverso per il medesimo dipendente. La formulazione letterale dell'art. 3 non mi sembra legittimi la seconda (e più radicale) alternativa.

²¹² I principi costituzionali in materia di lavoro prevalgono sulla libertà di iniziativa economica. Ed è questa prevalenza a giustificare il carattere di «soluzione estrema» del licenziamento economico. Non posso, ovviamente, argomentare approfonditamente questa mia conclusione. Si vedano, comunque, le osservazioni di Brun 2008, 5 ss., Nogler 2007, 648 ss. e Carinci M.T. 2005, 136 ss. che giungono alla stessa conclusione con argomentazioni diverse.

²¹³ Brun 2008, 5. Per il diritto vivente in materia si veda l'analisi approfondita (con un numero elevatissimo di sentenze prese in considerazione) svolta da Carinci M.T. 2005, 10 ss. e 86 ss.

²¹⁴ Cass. 7.7.2004 n. 12514.

²¹⁵ Cass. 16.5.2003 n. 7717.

²¹⁶ Si vedano, ad es., le sentenze che risolvono il caso in base alla formulazione letterale e con espresso riferimento ad essa (cit. *retro* alle nt. 180 e 181).

letterale segna il limite estremo delle variabili di senso ascrivibili al testo»²¹⁷. Infatti, la «lettera» della disposizione «svolge una funzione euristica di grande importanza, sia scartando i progetti di senso, che con le parole della legge non hanno alcuna congruenza, sia sollecitando la forza evocativa o figurativa del linguaggio e così contribuendo alla formazione di ipotesi di soluzioni oggettivamente fornite di senso»²¹⁸.

Questa giurisprudenza, fra l'altro, non trova giustificazione neanche nell'esistenza di alcuni aspetti problematici che, come si è visto, caratterizzano il processo interpretativo. Le sentenze si riferiscono a normative assai recenti e non richiedono alcun adeguamento delle disposizioni ad un mutato assetto economico e sociale. I casi decisi sono standard e non presentano caratteristiche particolari, né richiedono adattamenti specifici del testo legislativo. Le situazioni oggetto di giudizio, in sostanza, non giustificano alcuna «concretizzazione creativa» del giudice, che non è chiamato ad attribuire alla disposizione un senso diverso da quello desumibile dalla sua interpretazione in astratto²¹⁹. Inoltre, in molte ipotesi l'utilizzazione di alcuni semplici criteri ermeneutici enucleati dalla stessa giurisprudenza consentirebbe di giungere a conclusioni lineari o quanto meno di risolvere senza eccessiva difficoltà i problemi interpretativi. La verità è che, in queste ipotesi, il giudice non condivide il contenuto della legge e pretende, sulla base di proprie opzioni ideologiche, di attribuirgli un significato completamente diverso che meglio rispecchia le sue preferenze soggettive. Il magistrato pensa di essere investito di una funzione di mediazione sociale in cui la legge ha solo un valore «orientativo e non vincolante», e dove egli ritiene di essere un arbitro che risolve il contrasto tra interessi configgenti ed base alle sue opzioni di valore²²⁰. A me sembra che questa giurisprudenza sia espressione non solo di una decadenza delle tecniche interpretative ma di un fenomeno più complesso: lo smarrimento del senso della funzione giurisdizionale in uno Stato di diritto, dove «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101 Cost.). Infatti, pur nell'ambito di un'accresciuta discrezionalità nell'attività interpretativa, il concorso della magistratura alla produzione del diritto²²¹ non può certo determinare una confusione di ruoli che porti il giudice ad esse un «legislatore di ultima istanza». E questo, oltre che per evidenti ragioni connesse alla divisione dei poteri nello stato costituzionale, anche perché il magistrato ha dei vincoli sconosciuti al potere legislativo, tra cui, non ultimo, quello «della lettera della legge»²²².

11. Le regole sull'interpretazione e le dinamiche sociali

Nei paragrafi precedenti si è sottolineato che la discrezionalità del giudice nella interpretazione è un fatto indiscutibile. Tuttavia si è cercato di spiegare che il diritto vivente delle regole interpretative può limitare questa discrezionalità e può fornire utili strumenti di controllo sul contenuto della decisione giurisdizionale. Ovviamente le tecniche che governano l'attività interpretativa presuppongono disposizioni di legge e di contratto collettivo. Esse sono difficilmente applicabili quando vi sono «vuoti normativi» dovuti all'assenza di discipline giuridiche, come nel caso dello sciopero che non riguarda servizi essenziali. In queste ipotesi il diritto giurisprudenziale svolge

²¹⁷ Mengoni 1996, 103.

²¹⁸ Mengoni 1996, 17 – 18.

²¹⁹ Sul rilievo del «caso» nella interpretazione v. *retro* § 4, testo e nt. 83 ss.

²²⁰ Un esempio di quello che è stato definito il «realismo intuizionistico» (Chiassoni 2008, 3: v. *retro*, § 1, testo e nt. 5).

²²¹ Cfr. *retro* le parole del Presidente della Corte costituzionale (§ 2, testo e nota 18) e le osservazioni di Romboli 2006, 17.

²²² Romboli 2006, 17 ss. (part. 18 e 19).

una funzione di integrazione del diritto di carattere «legislativo» che certamente non può essere governata dalle regole sopradescritte. Tuttavia, anche in queste situazioni, il diritto vivente che si forma su queste materie è molto importante. Esso, infatti, acquista un rilievo essenziale, perché costituisce l'unica vera fonte di regolamentazione di fattispecie che sono privi di fonti legali o contrattuali. Tra l'altro, a volte la giurisprudenza crea una regola utilizzando una disposizione non formalmente abrogata ma che non dovrebbe trovare applicazione perché riferita ad un istituto non più esistente, come nel caso dell'art. 2077 c.c. In queste ipotesi la funzione creatrice è limitata alla individuazione della fonte normativa, mentre l'interpretazione del suo contenuto dovrebbe seguire il diritto vivente che si è formato sull'art. 12 delle preleggi.

A parte le considerazioni sopra svolte, si potrebbe obiettare che le disposizioni sull'interpretazione della legge o dei contratti non sarebbero idonee a consentire il continuo adeguamento del diritto alle esigenze della società. Esse, infatti, sono espressione di un'epoca ormai definitivamente tramontata e caratterizzata dalla scarsa dinamicità.

Oggi la società è frammentata nelle sue componenti economiche e sociali, divisa negli orientamenti e nei valori, soggetta a continui cambiamenti. Le disposizioni contenute nella legge (o in altre fonti di produzione del diritto) presuppongono necessariamente una realtà «statica» che cristallizza determinate situazioni concrete che, in breve tempo, diventano obsolete perché superate dalle innovazioni sociali ed imporrebbero continui processi di adattamento legislativo. Le tecniche di interpretazione codificate dalla tradizione giuridica e/o dal diritto positivo, nella misura in cui sono finalizzate ad applicare in concreto una «volontà giuridica» espressa dalla legge o da altre fonti, tendono a perpetuare la rigidità delle disposizioni esistenti, impedendo di cogliere i mutamenti sociali del substrato materiale a cui fa riferimento la regola giuridica. La soluzione di questo problema andrebbe rinvenuta nelle nuove funzioni attribuite al giudice in sede di interpretazione. Invece di affidare al legislatore il «compito insopportabile di incessante modificazione del diritto vigente»²²³, è il magistrato che procede all'adeguamento costante della disposizione «generale ed astratta» alla realtà. E questo avviene, in sede di interpretazione, ascrivendo alla fonte tutti quei significati ulteriori che scaturiscono dall'adattamento della regola giuridica «alle esigenze, diaconicamente mutevoli, della vita sociale»²²⁴. Le tesi esposte richiamano la «ideologia dinamica» dell'interpretazione di cui si è già parlato²²⁵. Esse sembrano svalutare l'importanza della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni giudiziarie che, per ragioni che non posso approfondire in questa sede, conservano a mio giudizio una loro validità ed attualità²²⁶.

Non vi è dubbio, peraltro, che la ricostruzione sopra descritta coglie una realtà (quella della contraddizione tra «fissità» delle regole giuridiche e dinamica sociale) che certamente non può essere trascurata. Tra l'altro, il diritto del lavoro per sua stessa natura, disciplina una materia in continua trasformazione, sia per i mutamenti sociali che ne sono alla base che per la pluralità delle fonti di produzione. Si pensi, da questo punto di vista, al continuo arricchimento di materiali giuridici che deriva dalla incessante attività della contrattazione collettiva, oltre che delle fonti legislative e comunitarie. Tuttavia, sono proprio le caratteristiche di questo settore del diritto a

²²³ Zagrebelsky 1992a, 203.

²²⁴ Chiassoni 2007, 117.

²²⁵ Cfr. *retro* § 4, testo e nt. 80.

²²⁶ Si vedano le osservazioni svolte *retro* nel § 8 testo e nt. 168 ss. Mi sembra che i principi sopra indicati, tra l'altro, siano strettamente funzionali alla coesione sociale che, in una società di per sé già fortemente disgregata, assume un ruolo fondamentale.

fornire una possibile soluzione del problema. La continua evoluzione normativa realizzata dalle diverse fonti garantisce proprio quel processo di periodico adattamento dell'ordinamento alle dinamiche sociali che, al contrario, dovrebbe essere affidato al giudice. Ed anzi, proprio perché si è in presenza di un costante processo di produzione normativa, al giudice si chiede di applicare rigorosamente il diritto vivente delle regole interpretative (legali e contrattuali) senza alcuna necessità di svolgere una funzione di «supplenza giudiziaria» finalizzata a realizzare un raccordo tra regola obsoleta e mutamento della realtà.

La situazione può essere diversa in presenza di discipline giuridiche risalenti nel tempo (si pensi allo statuto dei lavoratori o alla l. 604/1966 sui licenziamenti individuali) che potrebbero richiedere quel processo di adeguamento alle nuove realtà di cui si è parlato. In queste ipotesi il diritto vivente delle regole interpretative può essere applicato, anche se un rilievo particolare può assumere l'interpretazione evolutiva²²⁷. Rilievo che, peraltro, nel caso in cui si ponga in evidente contrasto con i canoni di interpretazione fondamentali (testo della legge, *ratio*, ecc.) imporrà una adeguata motivazione.

A parte le singole situazioni, comunque, si tratta di comprendere in che modo il contesto sociale debba influenzare il processo interpretativo. Si è affermato che «il diritto non si riduce affatto alle norme (= regole di condotta), né alla 'forma', ma include anche le relazioni fra i soggetti sociali, i rapporti di potere, i valori e principi storicamente condivisi, l'esperienza giuridica (in primo luogo giudiziale): insomma la vita sociale. In breve, la società con le sue caratteristiche e la sua complessità, non scompare quando compare il diritto. Di modo che, pur mantenendo ben ferma l'idea che le disposizioni giuridiche sono 'poste' dal costituente e dai legislatori... si ritiene che l'interpretazione di quelle disposizioni non possa essere limitata ad un'operazione di ricerca o di deduzione logico linguistica, ma debba essere completata da un'analisi delle conseguenze sociali, dell'esperienza giurisprudenziale, del sentimento dei valori diffuso dalla comunità, nei costumi e così via»²²⁸.

Il giurista del lavoro non può non essere particolarmente sensibile ai «rapporti sociali e di potere» che costituiscono *l'humus* naturale di una disciplina profondamente radicata nella realtà e che vede una interazione continua tra dinamiche economiche, organizzative e sociali e produzione del diritto. L'influenza di questa interazione, in un'ottica giuridica e non sociologica, condiziona il processo interpretativo in una duplice dimensione. La prima, quella «forte», deriva dalla incorporazione nel diritto positivo dei valori prodotti dalle dinamiche sociali, quando si sono tradotti in disposizioni delle fonti comunitarie, della legge o del contratto collettivo, oppure quando trovano riscontro nella Costituzione o nei Trattati europei. In questi casi il giudice dovrà utilizzare tali valori come «fonte positiva» della sua interpretazione e dovrà argomentare rigorosamente – ed in base al diritto vivente in materia – la loro utilizzazione o la sua volontà di non applicarli. La seconda dimensione, quella «debole», deriva dalla influenza che la realtà sociale esercita sulle tecniche di interpretazione. Quest'ultima interviene sulla individuazione del «senso» da attribuire ad una disposizione in relazione alla ricostruzione della *ratio* di una particolare normativa, all'analisi delle conseguenze sociali derivanti dall'applicazione di una regola, alla coerenza con i valori fondamentali del mondo del lavoro e così via.

²²⁷ Cfr. *retro* la giurisprudenza citata nel § 7, testo e nt. 147 e 148.

²²⁸ Baldassarre 2007, 13 - 14.

Tuttavia, questa seconda realtà non può diventare quella dominante, tanto da porre in secondo piano il diritto positivo nella sua ampia accezione, inclusiva dei valori contenuti nella Costituzione o in fonti analoghe o superiori. Pertanto, per evitare che il giudice diventi «l'unico legislatore» e che il riferimento ai rapporti sociali ed ai valori diffusi diventi, filtrato dalle convinzioni personali e precomprensioni, il criterio principale, se non esclusivo, del processo ermeneutico, è necessario che l'interpretazione sia governata da regole. Esse devono avere una forza stringente che sia in grado di limitare efficacemente l'ineludibile funzione creativa e di apertura alla società svolta dal giudice, ricordando ad esempio che, pur con tutte le sue ambiguità semantiche, «il rispetto del testo (è).... un limite invalicabile della medesima attività interpretativa»²²⁹.

Il diritto vivente delle regole ermeneutiche può assolvere a questo scopo, con un vincolo che, come si è già spiegato è più forte di quello esercitato dalla semplice esistenza di disposizioni sulla interpretazione. Questo *living law* ha la finalità di evitare che le sentenze si trasformino, come in alcuni dei casi descritti nei precedenti paragrafi, in atti di pura «volontà individuale», del tutto estranei alle fonti di produzione del diritto ed alla stessa razionalità complessiva del sistema definita da valori e principi consensualmente posti ed incorporati in norme dell'ordinamento giuridico.

Riferimenti bibliografici

- Aa. Vv. (2004), *L'interpretazione del contratto collettivo*, Giuffrè, Milano.
- Alexy R. (1998), *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè.
- Andronio A. (2006), *Art. 111 Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., a cura di, *Commentario alla Costituzione*, Cedam, Padova, p. 2099 ss.
- Ascarelli T. (1957), *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, RDP, p. 351 ss. (anche in Ascarelli 1959, p. 140 ss.).
- Ascarelli T. (1959), *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano.
- Baldassarre A. (2005), *Miseria del giuspositivismo giuridico*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, p. 201 ss.
- Baldassarre A. (2007), *Una risposta a Guastini*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/teoria_generale/baldassare.html.
- Betti E. (1949), *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano.
- Betti E. (1955), *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Giuffrè, Milano, 1990.
- Bin R. (2006), *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convenzione/aic200610/bin, p. 1 ss.

²²⁹ Baldassarre 2007, 34.

- Bobbio N. (1938), *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della R. Università, Giappichelli, Torino.
- Bobbio N. (1965) *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni della Comunità, Milano.
- Bobbio N. (1968a), *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, GI, 1968, I, 1, 701.
- Bobbio N. (1968b), *Analogia*, NNDI, I, Utet, Torino.
- Bognetti G. (2004) *Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in Aa. Vv., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova.
- Brun S. (2008), *I licenziamenti per motivi economici*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Caiani L. (1958), *Analogia*, Enc. dir., II, Giuffrè, Milano.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Galgano F., diretto da, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXXVI, Cedam, Padova.
- Carnelutti F. (1927), *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova.
- Castronovo C. (1986), *L'avventura delle clausole generali*, RCDP, p. 21 ss.
- Cataudella A. (2006), *Interpretazione del contratto individuale e interpretazione del contratto collettivo*, ADL, p. 685 ss.
- Cessari A. (1963), *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano.
- Chiassoni P. (2005), *Art. 12 – 14 Disposizioni sulla legge in generale*, in Alpa G., Mariconda V., a cura di, *Codice civile commentato*, I, Ipsa, Milano, p. 102 ss.
- Chiassoni P. (2007), *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna.
- Chiassoni P. (2008), *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del «metodo tradizionale»*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Chieppa R. (2003), *La giustizia costituzionale nel 2002*, G. cost., 3169 ss.
- Civitarese Matteucci S. (2006a), *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, D.Pub., p. 685 ss.
- Civitarese Matteucci S. (2006b), *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino.
- Crisafulli V. (1993), *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, II, 1.
- Diciotti E. (2003), *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Università degli Studi di Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, Working Paper 45, Siena, www.gips.unisi.it/files/wp45.pdf, p. 1 ss.
- Di Majo A. (1984), *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, RCDP, p. 539 ss.

- Esposito C. (1962), *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in G cost., I, p. 605 ss.
- Esser J. (1972), *Precomprendere e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Esi, Napoli, 1983.
- Finocchiaro M. (2005), *Disposizioni sulla legge in generale*, in Ruperto C., a cura di, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, Milano.
- Gadamer G. (1960), *Verità e metodo*, Fabbri, Milano, 1972.
- Gialuz M. (2008), Art. 111 Cost., in Bartole S., Bin R., diretto da, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova.
- Giugni G. (1957), *Appunti sull'interpretazione del contratto collettivo*, RDL, 1957, II, p. 179 ss.
- Giuliani A. (1999), *Le disposizioni della legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in Rescigno P., diretto da, *Trattato di diritto privato*, 1, p. 377 ss.
- Gorla G. (1969), *I precedenti storici dell'articolo 12 delle disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, FI, V, p. 112 ss.
- Gorla G. (1990), *Precedente giudiziale*, Enc. giur. Treccani, XXIII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma.
- Gragnoli E. (2000), *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano.
- Granata R. (1998), *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità – Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale*, FI, I, p. 14 ss.
- Guarneri A. (1988), *Clausole generali*, Digesto civ., II, p. 403 ss.
- Guastini R. (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano.
- Guastini R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano.
- Guastini R. (2007), *Sostiene Baldassarre*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/teoria_generale/guastini.html.
- Guerra A. (2008), *Il contratto collettivo*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Hart H.L.A. (1961), *The Concepì of Law*, Clarendon Press, London.
- Heidegger M. (1927), *Essere e tempo*, Longanesi, Milano, 2005.
- Kelsen H. (1934), *Introduction to the Problems of Legal Theory*, by Bonnie Litschewski Paulson, e Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- Kelsen H. (1950), *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Stevens & Sons, London.
- Kelsen H. (1966), *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino.
- Lazzaro G. (1965), *L'interpretazione sistematica della legge*, Giappichelli, Torino.
- Luzzati C. (1990), *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano.

- MacCormick N. (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- Malfatti E., Panizza S., Romboli R. (2003), *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Marinelli V. (2008), *Studi sul diritto vivente*, Jovene, Napoli.
- Mengoni L. (1986), *Spunti per una teoria delle clausole generali*, RCDP, p. 5 ss.
- Mengoni L. (1996), *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano.
- Modugno F. (1998), *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Cedam, Padova.
- Monasteri P. G. (1993), *Interpretazione del diritto*, Digesto civ., X, p. 31 ss.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra «principi» costituzionali*, DLRI, p. 593 ss.
- Nuzzo V. (2008), *Il lavoro a progetto e l'art. 69, primo comma, del d.lgs. 276/2003*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Onida V. (1977), *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, *Scritti in onore Mortati*, IV, Giuffrè, Milano.
- Paladin L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna.
- Persiani M. (2002), *C'è ancora un'interpretazione del contratto collettivo?*, ADL, p. 825 ss.
- Popper K. (1934), *La logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1995.
- Pugiotto A. (1994), *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente». Genesi, usi, implicazioni*, Giuffrè, Milano.
- Pugiotto A. (1998), *Il riferimento al diritto vivente*, in FI, V, p. 366 ss.
- Quadri R. (1974), *Applicazione della legge in generale*, in Scialoja A., Branca G., a cura di, *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli – Foro italiano, Bologna – Roma.
- Raimondi E. (2008), *Il contratto a termine*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Rescigno G.U. (2003), *Il giurista come scienziato*, D.Pub., 3, p. 833 ss.
- Rescigno G.U. (2007), *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in Azzariti G., a cura di, *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Rescigno G.U. (2008), *Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Romboli R. (2002), *L'applicazione della costituzione da parte del giudice comune*, in Panizza S., Pizzorusso A., Romboli R., *Ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, Plus, 249 ss.
- Romboli R. (2006), *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/ruolo_giudice, p. 1 ss.
- Romboli R. (2007a), *Qualcosa di nuovo...anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/ruolo_giudice, p. 1 ss.

- Romboli R. (2007b), *La natura della corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/ruolo_giudice, p. 1 ss.
- Ross. A. (1958), *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London.
- Sacco R. (1999), *L'interpretazione*, in Alpa G., Monasteri P. G., Pascuzzi G., Sacco R., *Le fonti del diritto italiano Le fonti non scritte e l'interpretazione*, 2, Utet, Torino, p. 159 ss.
- Scarpelli U. (1965), *Cos'è il positivismo giuridico*, Jovene, Napoli.
- Speziale V. (2001), *La nuova legge sul lavoro a termine*, DLRI, p. 361 ss.
- Speziale V. (2003), *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, p. 399 ss.
- Speziale V. (2008), *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, RIDL, I, p. 216 ss.
- Tarello G. (1974), *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- Tarello G. (1980), *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- Troper M. (1999), *Una teoria realista della interpretazione*, MSCG, 1999, 2, p. 473 ss.
- Vallebona A., Pisani C. (2001), *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova.
- Velluzzi V. (2002), *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziali*, Giappichelli, Torino.
- Vidiri G. (2003), *L'interpretazione del contratto collettivo nel settore pubblico e privato*, RIDL, 1999, I, p. 81 ss.
- Viola F., Zaccaria G. (1999), *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma – Bari.
- Wroblewsky J. (1976), *Una base semantica per la teoria dell'interpretazione*, in Scarpelli U., a cura di, *Diritto e analisi del linguaggio*, Ed. di Comunità, Milano, p. 347 ss.
- Wroblewsky J. (1989), *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione giuridica*, in Comanducci P., Guastini R., a cura di, *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Giappichelli, Torino, p. 267 ss.
- Zaccaria G. (1984), *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di H.G. Gadamer*, Giuffrè, Milano.
- Zaccaria G. (1996), *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova.
- Zagrebelsky G. (1986), *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, in G cost., I, p. 1148 ss.
- Zagrebelsky G. (1992a), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.
- Zagrebelsky G. (1992b), *Manuale di diritto costituzionale – Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino.

Abbreviazioni

- ADL - Argomenti di diritto del lavoro
- C.St. - Il Consiglio di stato

| | |
|---------------------|---|
| <i>Digesto civ.</i> | - Digesto delle discipline privatistiche. |
| <i>DLRI</i> | - Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali |
| <i>D.Pub.</i> | - Diritto Pubblico |
| <i>FA</i> | - Il foro amministrativo |
| <i>FI</i> | - Il foro italiano |
| <i>GC</i> | - Giustizia civile |
| <i>G cost</i> | - Giurisprudenza costituzionale |
| <i>MSCG</i> | - Materiali per una storia della cultura giuridica |
| <i>RCDP</i> | - Rivista critica di diritto privato |
| <i>RDC</i> | - Rivista di diritto civile |
| <i>RDL</i> | - Rivista di diritto del lavoro |
| <i>RIDL</i> | - Rivista italiana di diritto del lavoro |

**Età pensionabile nel pubblico impiego
e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46/07)***

Fabio Ravelli

| | |
|---|----|
| 1. L'oggetto della causa C-46/07 | 46 |
| 2. L'assoggettabilità della pensione erogata dall'Inpdap all'art. 141 CE: critica | 47 |
| 3. La natura discriminatoria della disciplina dell'età pensionabile prevista per l'accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia dei dipendenti pubblici italiani | 49 |
| 4. La decisione della Corte nel contesto delle politiche sociali comunitarie in corso di attuazione | 51 |
| 5. Osservazioni conclusive | 52 |

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 83/2009

1. L'oggetto della causa C-46/07

Il 13 novembre 2008 potrebbe rimanere impresso a lungo nella memoria dei cultori della previdenza sociale. Con una sentenza destinata ad avere un notevole impatto sul sistema previdenziale italiano, la Corte di giustizia ha affermato che «mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 CE»²³⁰.

La vicenda processuale ha visto contrapporsi, da un lato, la Repubblica italiana e, dall'altro, la Commissione europea, la quale, rilevando la non conformità al Trattato del regime pensionistico italiano per i dipendenti pubblici, aveva deciso di aprire a carico del nostro Paese una procedura d'infrazione²³¹; a seguito dell'esito negativo della fase pre-contenziosa del procedimento, si è aperta la fase contenziosa avanti alla Corte di giustizia, conclusasi con la soccombenza del nostro paese.

Oggetto della censura dei Giudici di Lussemburgo è la differenziazione tra uomini e donne relativamente all'età pensionabile dei pubblici dipendenti, stabilita in 65 anni per i primi e in 60 anni per le seconde (cfr. la Tabella A di cui al d.lgs. n. 503/1992)²³². Tale differenziazione, a detta della Corte, violerebbe il fondamentale principio di parità retributiva tra uomo e donna sancito dall'art. 141 CE²³³.

La Corte di giustizia ha fatto ricorso ad uno schema argomentativo che porta ad assoggettare il trattamento erogato dall'ente previdenziale pubblico all'ambito di applicazione dell'art. 141 CE²³⁴. A tale risultato si perviene considerando l'emolumento previdenziale come «retribuzione», sulla base dell'applicazione del c.d. «criterio dell'impiego», il quale stabilisce una connessione tra la corresponsione della pensione e il rapporto intercorso tra il lavoratore e lo Stato ex datore di lavoro (il sistema pensionistico dei dipendenti pubblici viene dunque equiparato, per questa via, ad un «regime professionale»). Una volta riconosciuta la natura retributiva della pensione, si applica ad essa il principio della parità di trattamento tra uomo e donna, con riguardo sia all'importo che alle condizioni di accesso, fatta salva la possibilità per lo Stato membro, prevista dall'art. 141.4 CE, di mantenere o adottare «misure che prevedano vantaggi specifici diretti a [...] a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali» (corsivo mio).

Questo, in estrema sintesi, l'*iter* logico seguito dalla Corte, la quale, nel caso di specie, non ha ritenuta giustificata da esigenze di tipo compensatorio la differenza di età pensionabile tra i due

²³⁰ CGCE 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, in <http://curia.europa.eu> (la sentenza non è ancora stata pubblicata in *Raccolta*).

²³¹ Cfr. procedura di infrazione n. 2005/2114.

²³² Per una sintetica ricostruzione delle riforme che hanno interessato il regime pensionistico per i dipendenti pubblici negli anni '90, cfr. P. De Blasio, *Il sistema pensionistico dei dipendenti pubblici prima e dopo le riforme*, in *Il Lavoro nella Pubblica Amministrazione*, nn. 3-4, 1999, p. 603 ss. Peraltra, ai sensi della disciplina previdenziale in vigore, è possibile accedere al trattamento di vecchiaia in altre due ipotesi. I requisiti per avere diritto alla pensione di vecchiaia si maturano anche con 40 anni di contribuzione (senza avere riguardo all'età anagrafica) oppure con 35 anni di contribuzione e l'età anagrafica prevista per la pensione di anzianità.

²³³ Sul principio di parità retributiva tra uomo e donna nel diritto comunitario si veda, in generale, M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova: Cedam, 2007, p. 242 ss. Si veda inoltre M. Barbera, *Discriminazioni ed egualanza nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, 1991, p. 103 ss.

²³⁴ CGCE 28 settembre 1994, causa C-7/93, *Beune*, in *Racc.* 1994, p. I-4471; CGCE 29 novembre 2001, causa C-366/99, *Griesmar*, in *Racc.* 2001, p. I-9383; CGCE 12 settembre 2002, causa C-351/00, *Niemi*, in *Racc.* 2002, p. I-7007.

sessi contemplata dall'ordinamento italiano e ha dichiarato la sua contrarietà al diritto comunitario.

Il risultato cui i giudici sono pervenuti può ritenersi complessivamente condivisibile, sebbene qualche perplessità sorga in relazione alla correttezza di alcuni dei passaggi intermedi del ragionamento svolto. All'analisi di questi passaggi argomentativi è dedicato il paragrafo successivo.

2. L'assoggettabilità della pensione erogata dall'Inpdap all'art. 141 CE: critica

Il primo problema che la Corte si è trovata ad affrontare riguarda la determinazione delle norme applicabili al caso di specie, il che ha portato i giudici ad interrogarsi sulla natura del regime pensionistico previsto per i dipendenti pubblici italiani.

Sulla base di una giurisprudenza ormai consolidata, quando venga in considerazione il profilo della parità di trattamento, i «regimi professionali» rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE²³⁵, mentre i «regimi legali» sono assoggettati alla direttiva n. 7/79/CEE²³⁶. A seconda della ricostruzione accolta, gli esiti possono essere differenti: mentre l'art. 141 CE conduce ad un'applicazione assai rigida del principio di parità di trattamento, la direttiva 79/7/CEE lascia agli Stati membri margini di manovra più ampi, ad esempio proprio sotto il profilo della differenziazione dell'età pensionabile. L'art. 7.1 della direttiva prevede alcune eccezioni al divieto di discriminazione sancito dall'art. 4, escludendo dal proprio ambito di applicazione alcune ipotesi quali, ad esempio, la «fissazione dei limiti di età per la concessione della pensione di vecchiaia», ammettendo quindi che gli Stati membri stabiliscano un'età pensionabile differente per uomini e donne (cfr. lett. a) dell'art. 7.1).

La Corte ha risolto il problema della norma applicabile al caso di specie facendo ricorso al c.d. «criterio dell'impiego» ricavabile dall'art 141.2 CE, secondo il quale è da considerarsi retribuzione qualsiasi emolumento versato, direttamente o indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore «in ragione dell'impiego» di quest'ultimo: la pensione di vecchiaia, versata dallo Stato (ex datore di lavoro) al lavoratore in ragione del pregresso rapporto di lavoro, sarebbe dunque da considerare retribuzione, per ciò stesso assoggettata al campo di applicazione dell'art. 141 CE.

Il criterio dell'impiego, sebbene ritenuto determinante, conosce alcune forme di temperamento, delineate dalla stessa Corte, la quale, in *Defrenne I*, ha stabilito che la nozione di retribuzione ex art. 141 CE «non può essere estesa ai regimi o alle prestazioni previdenziali, in ispecie alle pensioni di vecchiaia, direttamente disciplinate dalla legge al di fuori di qualsiasi concertazione nell'ambito dell'impresa o della categoria professionale interessata, e obbligatorie per categorie generali di lavoratori» (cfr. punto 7 della sentenza)²³⁷.

Di primo acchito, sembrerebbe che il regime pensionistico gestito dall'Inpdap possa rientrare nell'area di esenzione circoscritta da *Defrenne I*. Ad avvalorare questa conclusione vi sarebbero alcune circostanze: il regime Inpdap è regolato dalla legge; sia l'Inps che l'Inpdap, in quanto forme di previdenza obbligatorie, sono assoggettati ai medesimi principi generali di gestione stabiliti dal

²³⁵ A tale riguardo, il *leading case* è rappresentato da CGCE 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, in *Racc.* 1990, p. I-1889.

²³⁶ Cfr. Direttiva del Consiglio del 19 dicembre 1978, n. 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale. Per un commento della direttiva cfr. F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 281 ss.

²³⁷ Cfr. CGCE 25 maggio 1971, causa C-80/70, *Defrenne I*, in *Racc.* 1971, p. 445.

d.lgs. n. 479/1994; i limiti di età, fissati a 65 anni per gli uomini e 60 per le donne, sono uniformemente stabiliti, sia per i lavoratori iscritti all'Inps che per i lavoratori iscritti all'Inpdap (c.d. pensione di vecchiaia «unificata»). In altre parole, Inps e Inpdap sono entrambi partecipi, pur nella loro autonomia, di un sistema di sicurezza sociale «legale» (*statutory*).

Le ragioni di politica sociale alla base dell'esenzione formulata in *Defrenne I*, tuttavia, cedono il passo di fronte alla sussistenza di una triplice condizione che, secondo la Corte, impone di trascendere il dato formale della fonte legale della disciplina del regime pensionistico. Ricorrendo ad una formula ormai tralatizia, inaugurata in *Beune* e in seguito puntualmente riproposta, i giudici hanno affermato che «le considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica o anche le preoccupazioni di bilancio che hanno avuto o hanno potuto avere un ruolo nella determinazione di un regime pensionistico da parte di un legislatore nazionale non possono considerarsi prevalenti qualora la pensione interessi soltanto una categoria particolare di lavoratori, sia direttamente funzione degli anni di servizio prestati e il suo importo sia calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico» (cfr. punto 37 della sentenza in commento)²³⁸. In tal caso, infatti, il trattamento previdenziale erogato dal datore di lavoro pubblico sarebbe «del tutto simile» a quello erogato da un datore di lavoro privato ai suoi ex dipendenti (cfr. *Beune*, punto 45; *Griesmar*, punto 30). È nell'applicazione di questo triplice criterio che il ragionamento della Corte mostra qualche incertezza.

Rispetto al primo dei tre criteri, la Corte, sulla base della propria giurisprudenza precedente²³⁹, ha avuto buon gioco nel considerare i dipendenti pubblici come una «categoria particolare di lavoratori», caratterizzata da un tratto comune rinvenibile nelle «caratteristiche peculiari che disciplinano il loro rapporto di lavoro con lo Stato, con altri enti o datori di lavoro pubblici» (cfr. punto 40).

Sul fatto che l'importo della pensione tenga conto dell'anzianità contributiva – e siamo al secondo criterio – *nulla quaestio*. Tale criterio è pienamente soddisfatto.

Assai meno rigorosa è stata l'applicazione del terzo criterio, secondo cui l'importo della pensione deve essere calcolato in base all'ultima retribuzione percepita. Qui il ragionamento della Corte mostra evidenti forzature. Infatti, dapprima il criterio viene enunciato come se fosse scolpito nella roccia. In seguito, poiché il sistema di calcolo adottato dal sistema italiano tiene conto non già dell'ultima retribuzione percepita, bensì della retribuzione media degli ultimi dieci anni²⁴⁰, i giudici richiamano casi precedenti dai quali risulta che il criterio in oggetto è stato applicato in modo

²³⁸ La medesima affermazione è presente nelle citate sentenze *Beune* (punto 45), *Griesmar* (punto 30) e *Niemi* (punto 47). Con riferimento alla sentenza *Griesmar*, si veda T. Pileggi, *Parità di trattamento retributivo e benefici pensionistici: ulteriori precisazioni dalla giurisprudenza comunitaria*, in RIDL, 2002, II, p. 677 ss.

²³⁹ Cfr. *Beune*, punto 42; *Griesmar*, punto 31; *Niemi*, punto 48. In particolare, in *Beune* si afferma a chiare lettere che «benché la nozione di "categorie generali di lavoratori" non sia stata definita dalla Corte successivamente alla citata sentenza *Defrenne I*, è esatto affermare che essa può difficilmente valere per una categoria particolare di lavoratori come quella dei dipendenti pubblici, i quali si distinguono dai lavoratori di un' impresa o di un gruppo di imprese, di un comparto economico o di un settore professionale o interprofessionale soltanto in ragione delle caratteristiche peculiari che disciplinano il loro rapporto di lavoro con lo Stato, con altri enti o datori di lavoro pubblici».

²⁴⁰ La Corte ha preso in considerazione la base di calcolo della pensione di coloro assoggettati al vecchio regime retributivo. Per coloro che saranno assoggettati al regime contributivo introdotto dalla l. n. 335/1995, la base di calcolo sarà costituita dalla contribuzione accreditata nel corso dell'intera vita lavorativa, opportunamente rivalutata.

alquanto elastico, essendosi di volta in volta ritenuta rilevante la retribuzione corrisposta negli ultimi sei mesi (*Griesmar*), nell'ultimo anno (*Schönheit e Becker*)²⁴¹ o negli ultimi anni (*Niemi*).

L'impressione, in questo come in altri casi, è che la Corte di giustizia abbia piegato alcuni parametri di giudizio all'esigenza di assicurare comunque l'applicazione dell'art. 141 CE e del principio di parità di trattamento che in esso trova attuazione. Un'ulteriore conferma, dunque, del potente «campo magnetico» esercitato dall'art. 141 CE²⁴².

3. La natura discriminatoria della disciplina dell'età pensionabile prevista per l'accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia dei dipendenti pubblici italiani

Definita la questione della norma applicabile al caso di specie, la Corte di giustizia affronta il cuore del problema: i profili discriminatori della previsione di un'età pensionabile differenziata sulla base del sesso. La Corte afferma senza mezzi termini che «la fissazione di un requisito di età che varia secondo il sesso per la concessione di una pensione che costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE è in contrasto con questa disposizione» (cfr. punto 55 della sentenza). Ciò che la Corte non dice apertamente è dove risieda la discriminazione, con il rischio che il profilo discriminatorio della disciplina contestata cambi a seconda del punto di osservazione assunto.

Secondo una interpretazione che è stata fornita in sede di primo commento, requisiti di età inferiori comportano prestazioni di più modesta entità, con la conseguente violazione del principio di parità retributiva²⁴³. Ad essere penalizzate, in questa prospettiva, sarebbero le donne. È però da dubitare che sia stata questa la preoccupazione principale dei giudici.

Infatti, se tale fosse stata l'impostazione prescelta dalla Corte, essa avrebbe potuto tener conto di due norme appositamente pensate per neutralizzare il rischio di un depauperamento della prestazione previdenziale:

a) la norma di cui all'art. 4, comma 1, della l. n. 903/1977 (oggi: art. 30 del d.lgs. n. 198/2006), la quale consente alle donne di optare per la prosecuzione dell'attività lavorativa fino ai limiti di età previsti per gli uomini: data la propensione registrata nel pubblico impiego ad usufruire di questa possibilità²⁴⁴, tale norma, nel favorire l'accumulazione di un montante contributivo più consistente, è in grado di neutralizzare l'impatto sfavorevole della previsione di un'età pensionabile fissata ad una soglia inferiore;

²⁴¹ Cfr. CGCE 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, in *Racc. 2003*, p. I-12575.

²⁴² L'efficace metafora è proposta da S. Fredman, *The Poverty of Equality: Pensions and the ECJ*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 25, No. 2, 1996, p. 94.

²⁴³ Cfr. G. Cazzola, *La differenza di età pensionabile tra lavoratori e lavoratrici nel pubblico impiego viola gli obblighi comunitari: la Corte di giustizia interviene a gamba tesa nel dibattito sull'innalzamento dell'età pensionabile per le donne*, in *Bollettino Adapt*, 17 novembre 2008, n. 36. In senso analogo si è recentemente espresso il ministro Renato Brunetta nell'intervista rilasciata al quotidiano *La Repubblica*: cfr. R. Mania, *Sulle pensioni non torno indietro. Possiamo creare 2 milioni di posti*, in *La Repubblica* del 15 dicembre 2008.

²⁴⁴ Cfr. *Età pensionabile, più donne statali scelgono il rinvio*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 dicembre 2008, da cui si ricava quanto segue: «tra il 1996 e il 2008, vale a dire dalla riforma Dini alla sentenza della Corte del Lussemburgo che impone all'Italia di allineare l'età di pensionamento di uomini e donne, sono state solo 89.710 (pari al 18,75 per cento del totale) le donne che si sono ritirate in un'età compresa tra i 60 e i 64 anni in assenza dei requisiti minimi dei 35 anni di versamenti contributivi. Su un totale di 478.571 pensionamenti di impiegate, funzionarie e dirigenti, la maggior parte ha scelto di lasciare l'ufficio dopo il 35esimo anno di lavoro (44%) anche con un'età inferiore ai 60 anni, mentre un altro 30% s'è pensionata con un'età superiore (il 13% addirittura dopo aver compiuto il limite maschile dei 65 anni). A segnare una tendenza che potrebbe rafforzarsi nei prossimi anni è il superamento nel 2005 (come si nota nel grafico), dei ritiri con un'età inferiore ai 65 anni ma con 35 anni di versamenti, comportamento virtuoso secondo i giudici europei, rispetto i pensionamenti decisi, a parità di età anagrafica, senza il requisito minimo dei versamenti».

b) la norma di cui all'art. 2, comma 21, della l. n. 335/1995 che, per taluni dipendenti pubblici per i quali era stata precedentemente stabilita un'età pensionabile più elevata, dispone: «con effetto dal 1° gennaio 1996, le lavoratrici iscritte alle forme esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti al compimento del sessantesimo anno di età, possono conseguire il trattamento pensionistico secondo le regole previste dai singoli ordinamenti di appartenenza per il pensionamento di vecchiaia ovvero per il collocamento a riposo per raggiunti limiti di età». In questo caso, il pensionamento al compimento dei 60 anni è da intendersi come facoltà di cui le donne possono disporre, salva la possibilità di proseguire fino all'età pensionabile superiore prevista dalla legge (es. 65 per lavoratori e lavoratrici impiegati presso i ministeri).

Eppure, nella sentenza questi profili non sono stati trattati.

I giudici hanno scelto di affrontare la questione da un'angolazione diversa. Il problema centrale sembra essere costituito dal fatto che le donne godono, sotto taluni profili, di un trattamento più favorevole di quello riservato agli uomini: infatti, per effetto dell'età pensionabile inferiore e del maggiore tasso medio di sopravvivenza, le lavoratrici «hanno continuato a ricevere prestazioni pensionistiche di fatto fornite di un *tasso di rendimento reale* maggiore di quello degli uomini, così come hanno continuato ad assorbire dal sistema risorse finanziarie in quantità proporzionalmente maggiore»²⁴⁵. Tuttavia, secondo i giudici di Lussemburgo, un simile trattamento non sembra essere sorretto da un'adeguata giustificazione.

È di particolare interesse il modo in cui la Corte, nella sua motivazione, scardina l'argomento forte su cui il Governo italiano ha costruito la sua difesa, ossia che la differenziazione dell'età pensionabile sarebbe giustificata proprio dall'esigenza di assicurare l'«effettiva e completa parità tra uomini e donne», compensando gli svantaggi che queste patiscono nel corso della vita professionale.

Il Governo italiano, in altre parole, ha fatto leva sul disposto dell'art. 141.4 CE, che consente l'attribuzione di vantaggi specifici al sesso più esposto agli effetti negativi di quelle dinamiche, proprie del mercato del lavoro, che finiscono col penalizzare per lo più le donne. La linea difensiva scelta dal nostro Governo non si discosta molto da quanto viene sostenuto dalla giurisprudenza italiana. La Corte costituzionale, sulla base del combinato disposto degli artt. 3 e 37 Cost., ha sempre ammesso la legittimità della previsione di un'età pensionabile inferiore, vista come una sorta di «privilegio» per le donne giustificato dall'esigenza di tutelare la loro essenziale funzione familiare²⁴⁶. In sostanza, il trattamento differenziato troverebbe fondamento nel fatto che, nella nostra società, alle donne è sovente imposto lo svolgimento di un doppio lavoro, nel quale attività professionale e attività di cura a beneficio dei familiari (figli, anziani) si sommano²⁴⁷.

²⁴⁵ Cfr. M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino: Giappichelli, 2007, p. 473.

²⁴⁶ Cfr. La prima pronuncia in tal senso è Corte Cost. n. 123/1969, nella quale il trattamento privilegiato accordato alle donne viene giustificato sulla base di un «criterio attitudinario» che «tiene conto della costituzione, della capacità, della resistenza a particolari lavori faticosi, del rendimento e di altri fattori, che si comprendano nel termine attitudine». Decisamente più corretta l'interpretazione fornita dalla Consulta in epoca successiva con le sentenze nn. 137/1986, 335/2000 e 256/2002, nelle quali la specificità della donna viene ricondotta alla sua funzione nella famiglia e nella società. In dottrina, si vedano i recenti contributi di P. Olivelli, *Donne e previdenza*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2008, p. 367 ss. e A. Caligiuri, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1, 2008, p. 209 ss.

²⁴⁷ Per un'approfondita analisi dell'art. 37 Cost., e delle sue implicazioni, si veda T. Treu, *Il I comma dell'art. 37*, in AA.VV., *Rapporti economici – Tomo I*, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Art. 35-40, Bologna-Roma: Zanichelli, 1979, p. 146 ss.

Il ragionamento della Corte di giustizia si pone decisamente in rotta di collisione con la ricostruzione tradizionalmente prospettata dai nostri giudici nazionali (e fedelmente ripresa dal Governo). Nel soffermarsi sul significato da attribuire all'art. 141.4 CE, la Corte di giustizia afferma che «i provvedimenti nazionali contemplati da tale disposizione debbono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo»; sicché «la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione d'età diversa a seconda del sesso non è tale da compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere dei dipendenti pubblici di sesso femminile aiutando queste donne nella loro vita professionale e ponendo rimedio ai problemi che esse possono incontrare durante la loro carriera professionale» (cfr. punto 58 della sentenza).

Nel fissare requisiti di età diversificati a seconda del sesso, il legislatore italiano ha adottato un approccio basato su forme di «compensazione *ex post*», che sembrano voler risarcire le donne per una situazione di svantaggio considerata immanente, strutturale. Nell'ambito delle politiche previdenziali, sono state invece meno battute strade volte a promuovere l'effettiva partecipazione della donna al mercato del lavoro mediante la predisposizione di misure capaci di compensare gli svantaggi «durante» lo svolgimento della vita professionale e non «alla fine» di essa.

Rigettando la logica della compensazione *ex post*, la quale non traduce fedelmente il significato della norma di cui all'art. 141.4 CE, la Corte di giustizia invita implicitamente l'Italia a spostare il focus della tutela sulla «vita lavorativa».

4. La decisione della Corte nel contesto delle politiche sociali comunitarie in corso di attuazione

Non si deve ritenere che la sentenza della Corte sia giunta come un fulmine a ciel sereno. Il clima culturale era, ed è, assai favorevole all'assunzione di una decisione che mostra di essere in linea con il pensiero dominante rispetto al problema della ristrutturazione dei sistemi europei di *welfare*. Diversi segnali lasciavano presagire un simile epilogo, soprattutto se si considera che spesso la Corte è stata sensibile al contesto ambientale sul quale le sue sentenze andavano ad incidere.

La Commissione da anni insiste sulla necessità di riformare i sistemi pensionistici nazionali, esposti agli effetti negativi dell'invecchiamento della popolazione. Una delle soluzioni individuate per alleviare la pressione esercitata dall'attuale *trend* demografico è quella del progressivo innalzamento dell'età pensionabile, in modo da favorire la sostenibilità finanziaria del *welfare* pubblico²⁴⁸.

A sua volta, l'innalzamento dell'età pensionabile è strettamente connesso all'obiettivo, fissato a Lisbona nel 2000, dell'incremento del tasso di occupazione dei lavoratori con un'età compresa tra i 55 e i 64 anni, in un'ottica di *active ageing*. La promozione di forme di attivazione della forza lavoro più anziana, oltre che implicare interventi volti alla modifica della struttura del mercato del lavoro, può passare (e spesso passa) anche per il riavvicinamento dei requisiti di età previsti per gli uomini e le donne, assumendo di norma come parametro di riferimento il requisito più elevato.

Politiche occupazionali e politiche di *welfare*, dunque, condividono il medesimo orizzonte, saldandosi le une alle altre nell'ambito di una strategia integrata²⁴⁹.

²⁴⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale, *La futura evoluzione della protezione sociale nel lungo periodo: pensioni sicure e sostenibili*, COM (2000) 622 def., Bruxelles, 11.10.2000.

²⁴⁹ Cfr., ad es., *Joint Report on Social Protection and Social Inclusion 2008*, p. 50 ss.

Vi è inoltre un profilo di diritto positivo che la Corte non ha espressamente menzionato, ma di cui ha probabilmente tenuto conto ai fini della decisione finale. La direttiva n. 79/7/CEE, pur ammettendo alcune deroghe al principio di parità di trattamento, ad esempio con riferimento all'età pensionabile, considera tali deroghe transitorie e richiede che gli Stati membri valutino periodicamente se esse siano giustificate (cfr. art. 7.2 della direttiva). La prospettiva, dunque, è quella del progressivo superamento delle differenze tra uomini e donne in materia di età pensionabile, non certo il loro mantenimento per un periodo di tempo indefinito²⁵⁰.

Non è un caso che la parificazione dei requisiti anagrafici di accesso alla pensione di vecchiaia costituisca la regola negli ordinamenti previdenziali di molti Stati membri: analizzando i regimi di *welfare* dei paesi che più si avvicinano al nostro – quelli dell'Europa a 15 – ci si accorgerà che solo in Italia l'ipotesi di parificare l'età pensionabile di uomini e donne non è stata presa in considerazione nemmeno per il futuro²⁵¹.

In un contesto come quello appena descritto, era forse inevitabile che l'Italia – dopo essere stata oggetto degli «amichevoli» suggerimenti della Commissione²⁵² – incorresse in una procedura di infrazione e, a seguito di questa, in una censura da parte della Corte di giustizia.

5. Osservazioni conclusive

Quello descritto nei paragrafi precedenti è il quadro giuridico in cui si inserisce la sentenza C-46/07. È però necessario provare a fare qualche riflessione su quello che accadrà in futuro per effetto di tale pronuncia. Nel breve periodo, è da dubitare che vi saranno novità rilevanti, e questo per due ragioni: la prima di ordine politico; la seconda di ordine giuridico.

La ragione politica è semplice. Al momento non pare esservi la volontà di affrontare un percorso politicamente rischioso come quello che porterebbe ad un'ulteriore revisione dell'età pensionabile, e questo non solo per l'opposizione del mondo sindacale, ma anche per le perplessità sollevate, in modo trasversale, da molti esponenti politici (anche di Governo)²⁵³.

La ragione giuridica, almeno nel breve periodo, potrebbe fornire una sponda alla prevedibile inerzia dei decisori politici. Mi riferisco al fatto che la Corte di giustizia, contrariamente a quanto superficialmente detto e scritto da molti *mass-media* italiani, si è limitata a stabilire che la disciplina

²⁵⁰ Questo concetto è stato recentemente ribadito dalla Commissione nel rapporto *Adequate and Sustainable Pensions – Synthesis Report 2006* (p. 140 ss.).

²⁵¹ Cfr. S. Leitner, *Sex and Gender Discrimination within EU Pension Systems*, in *Journal of European Social Policy*, Vol. 11 (2), 2001, p. 99 ss. e, più recentemente, MISSOC 2007. La parificazione dei requisiti anagrafici ai fini della pensione di vecchiaia è prevista dagli ordinamenti di Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia. In Grecia tale parificazione riguarda gli assicurati a partire dal 1993, mentre in Belgio essa opererà a partire dal 2009. La previsione della stessa età pensionabile per uomini e donne si colloca invece su un orizzonte temporale di più lungo periodo nel Regno Unito (dal 2020) e in Austria (dal 2033).

²⁵² Cfr. *Adequate and Sustainable Pensions*, cit., p. 194, dove si raccomanda all'Italia di incrementare il tasso di occupazione delle donne e dei lavoratori più anziani (55-64enni), nonché di prendere in considerazione la misura della parificazione dei requisiti di accesso ai trattamenti pensionistici, innalzando l'età pensionabile delle donne, così da attenuare il divario attualmente esistente con gli uomini.

²⁵³ È di questi giorni la proposta di un ministro del Governo in carica di ridefinire l'età pensionabile dei dipendenti pubblici in conformità a quanto stabilito dalla Corte di giustizia. La proposta, oltre ad incontrare la prevedibile ostilità dell'opposizione e dei sindacati – che su questo tema hanno ritrovato un'unità di azione che sembrava irrimediabilmente smarrita – ha suscitato le reazioni negative anche di una parte della stessa maggioranza.

dell'età pensionabile dei dipendenti pubblici contrasta con l'art. 141 CE. Nulla di più, nulla di meno. Si tratta quindi di una «sentenza di mero accertamento, e non di una sentenza di accertamento costitutivo (annullamento dei provvedimenti nazionali riconosciuti come incompatibili), né, tanto meno, di condanna»²⁵⁴. È ben vero che, ai sensi dell'art. 228.1 CE, in capo allo Stato membro sorge l'obbligo di «prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta». Tuttavia, si tratta, nella fase iniziale, di un obbligo non coercibile, poiché sprovvisto di sanzione. Perché si giunga ad una vera e propria sentenza di condanna, sulla base della quale applicare sanzioni economiche, è necessario che la Commissione, rilevato il persistere dell'inadempimento dello Stato membro, dia avvio ad una seconda procedura di infrazione per violazione dell'obbligo di cui all'art. 228²⁵⁵. E un simile *iter* richiede tempo.

Ad ogni modo, il fatto che per ora la Corte si sia limitata ad accettare la violazione dell'Italia, senza che ad essa abbia fatto seguito l'irrogazione di sanzioni, non modifica la sostanza delle cose: in capo al nostro paese è sorto l'obbligo di adottare tutte le misure idonee a ripristinare la conformità dell'ordinamento giuridico nazionale al Trattato, e si sa che gli obblighi comunitari, anche quando non siano coercibili, debbono essere presi sul serio.

Di conseguenza, la questione dell'età pensionabile delle donne, seppur scomoda, deve essere affrontata; possibilmente, senza pregiudizi.

Com'era prevedibile, contro la sentenza della Corte di giustizia si è levata la voce di una parte consistente del mondo politico e sindacale. L'argomento sostenuto da coloro che si dicono contrari alla parificazione dell'età pensionabile si basa sulla considerazione che le donne, che già patiscono una condizione di svantaggio durante la vita lavorativa, si troverebbero ad essere ulteriormente penalizzate.

Ma è proprio così? La parificazione dell'età pensionabile auspicata dalla Corte di giustizia si tradurrebbe necessariamente in un *vulnus* per le donne? Il tema è alquanto complesso e la brevità di questo contributo non consente di dare una risposta adeguatamente approfondita. Nondimeno, qualche sintetica osservazione può essere svolta.

I) Occorre prendere atto del carattere discriminatorio della disciplina dell'età pensionabile prevista per i dipendenti pubblici: la sentenza della Corte di giustizia e gli obblighi che da essa discendono devono costituire, comunque la si pensi, il punto di partenza, trattandosi di un dato che non si può ignorare. Ciò premesso, l'approccio più corretto è quello di considerare la pronuncia dei

²⁵⁴ Cfr. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano: Giuffrè, 2008, p. 271.

²⁵⁵ Cfr. art. 228.2 CE: «Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso detti provvedimenti, la Commissione, dopo aver dato a tale Stato la possibilità di presentare le sue osservazioni, formula un parere motivato che precisa i punti sui quali lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza della Corte di giustizia.

Qualora lo Stato membro in questione non abbia preso entro il termine fissato dalla Commissione i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta, la Commissione può adire la Corte di giustizia. In questa azione essa precisa l'importo della somma forfetaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che consideri adeguato alle circostanze.

La Corte di giustizia, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può cominargli il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità [...]. Per approfondimenti sul tema cfr. P. Wennerås, *A New Dawn for Commission Enforcement Under Articles 226 and 228 EC: General and Persistent (GAP) Infringements, Lump Sums and Penalty Payments*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, p. 31 ss.

giudici comunitari non una minaccia, bensì un'occasione per affrontare un dibattito colpevolmente rinviaio per troppo tempo.

L'interpretazione del combinato disposto degli artt. 3 e 37 Cost. che la Consulta ha tradizionalmente fornito non è l'unica possibile. Le misure compensative sono consentite dalla Carta costituzionale, ma certamente non sono imposte. In altri termini, non è preclusa l'esplorazione di strade alternative, alcune peraltro già note²⁵⁶: a) attribuzione di c.d. «*care credits*», vale a dire forme di contribuzione figurativa riconosciute in occasione della sospensione dell'attività di lavoro dovuta alla maternità o all'esigenza di prestare assistenza a favore di familiari non autosufficienti (tipicamente, bambini ed anziani)²⁵⁷; b) fruizione, da parte dei lavoratori di entrambi i sessi, di congedi retribuiti, rispetto ai quali si potrebbe immaginare l'estensione dell'ambito di applicazione; c) potenziamento di alcuni servizi pubblici, quali ad esempio gli asili nido, di cui si dovrebbe migliorare il livello di accessibilità. Per dirla con un fortunato slogan coniato dalla dottrina qualche anno addietro, «meno pensioni, più *welfare*»²⁵⁸.

II) Il mantenimento del differenziale di età pensionabile tra uomini e donne può produrre un effetto indesiderato, anzi, contrario alle intenzioni del legislatore: la perpetuazione di uno schema di divisione dei ruoli di stampo tradizionalistico. Questo rischio è stato segnalato dal Comitato per la protezione sociale, il quale, ragionando sulle conseguenze della previsione di requisiti d'età differenziati sulla base del sesso per l'accesso ai trattamenti previdenziali, ha assunto una posizione molto netta: «se da un lato queste discriminazioni dirette possono compensare i sacrifici nella vita professionale compiuti solitamente dalle donne, dall'altro rischiano di cementare i ruoli tradizionalmente assegnati ai due sessi, se certi vantaggi vengono offerti solo alle donne ma non agli uomini che sarebbero disposti ad assumersi una quota maggiore delle responsabilità familiari»²⁵⁹.

Le considerazioni del Comitato per la protezione sociale sollevano una questione di cruciale importanza per le politiche comunitarie di pari opportunità: la necessità di favorire la transizione dall'idea di «conciliazione» dei ruoli familiari all'idea, ben più pregnante, di «condivisione dei diritti e delle responsabilità» all'interno del nucleo familiare²⁶⁰. Si tratta di una battaglia innanzi tutto culturale che tuttavia necessita, per il suo successo, di essere assistita da adeguati strumenti giuridici.

III) A suggerire la parificazione dell'età pensionabile, poi, vi sono anche ragioni di natura assai più concreta. Come accennato in precedenza, limiti di età più bassi implicano una contribuzione inferiore e, quindi, una pensione dall'importo più modesto. Inoltre, le carriere professionali

²⁵⁶ Già negli anni '70 la dottrina più attenta suggeriva un approccio di tipo più inclusivo, mediante l'adozione di misure in grado di anticipare la tutela durante lo svolgimento della vita lavorativa: cfr. T. Treu, *Il I comma dell'art. 37*, cit.

²⁵⁷ L'esperienza tedesca potrebbe fornire spunti interessanti: cfr. *Adequate and Sustainable Pensions*, cit. Favorevoli a prendere ad esempio la Germania sono E. Fornero, C. Monticone, *Lo spunto per dire addio a tutele fittizie*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 novembre 2008, nonché la sociologa Chiara Saraceno (cfr. le dichiarazioni rilasciate alla stampa all'indomani della pronuncia della sentenza in commento: *La Corte europea condanna l'Italia per l'età pensionabile delle donne*, in *La Repubblica* del 13 novembre 2008).

²⁵⁸ Cfr. T. Boeri, R. Perotti, *Meno pensioni, più welfare*, Bologna: il Mulino, 2002.

²⁵⁹ Cfr. il rapporto *Pensioni adeguate e sostenibili. Relazione del Comitato per la protezione sociale sulla futura evoluzione della protezione sociale*, Bruxelles, 2001, p. 34, reperibile sul sito www.europa.eu.

²⁶⁰ Cfr. L. Calafà, *Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in L. Calafà (a cura di), *Paternità e lavoro*, Bologna: il Mulino, 2007, p. 23 ss.

femminili sono mediamente più frammentate rispetto a quelle maschili, essendo sovente caratterizzate dallo svolgimento di lavori precari²⁶¹. L'insieme di questi fattori fa sì che per le donne il rischio di maturare una pensione esigua sia alquanto elevato e il passaggio al metodo di calcolo contributivo, realizzato con la riforma del 1995, non ha fatto altro che amplificare questo effetto.

Un'età pensionabile più bassa, lungi dal costituire una compensazione per i sacrifici e gli svantaggi affrontati nel corso della vita lavorativa, può invece ritorcersi come un *boomerang* contro le lavoratrici.

La cosa più opportuna da fare, allora, è recuperare il meccanismo introdotto a suo tempo dalla riforma del 1995 (ed espunto da quella del 2004)²⁶² che prevedeva un'età pensionabile parificata a 65 anni, così da rispettare il principio di parità di trattamento, salva la possibilità di flessibilizzare il momento del pensionamento, lasciando ai lavoratori e alle lavoratrici la facoltà di determinarlo entro una fascia d'età da determinarsi (la «riforma Dini», ad esempio, prevedeva un'età pensionabile compresa tra i 57 ed i 65 anni)²⁶³. A ciò si dovrebbe aggiungere la predisposizione di misure di sostegno a favore dei soggetti (sia uomini che donne) impegnati in attività di cura ed assistenza, quali congedi retribuiti, *care credits*, ecc.

IV) Infine, bisogna essere consapevoli che qualsiasi intervento di parificazione dell'età pensionabile che interessasse i soli dipendenti pubblici – un obbligo, infatti, è sorto solo in relazione al regime gestito dall'Inpdap – introducerebbe un elemento di rottura tale da compromettere la razionalità e la coerenza faticosamente conquistate dal nostro sistema previdenziale nel corso degli anni '90. In un ordinamento in cui la disciplina della pensione di vecchiaia è stata armonizzata (cfr. d.lgs. n. 503/1992; l. n. 335/1995), in cui i due principali enti previdenziali, Inps e Inpdap, operano conformandosi ai medesimi principi organizzativi e gestionali (cfr. d.lgs. n. 479/1994), le condizioni accesso al trattamento previdenziale verrebbero ad essere diverse per il solo fatto di essere stati dipendenti dello Stato piuttosto che di un imprenditore privato. Se così fosse, si produrrebbe una situazione di forte disparità di trattamento tra lavoratori del settore pubblico e lavoratori del settore privato, con evidenti profili di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. È quindi necessario che, quando si deciderà di porre mano alla disciplina dell'età pensionabile, ciò venga fatto per mezzo di un intervento che non introduca modifiche settoriali, ma che si preoccupi di salvaguardare la razionalità dell'intero sistema.

²⁶¹ Sia consentito il riferimento a F. Ravelli, *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*, Brescia: Promodis, 2007.

²⁶² La riforma previdenziale promossa nel 2004 dall'allora Ministro Maroni ha irrigidito l'età pensionabile: 65 anni per gli uomini, 60 per le donne.

²⁶³ La legge richiede, peraltro, che si verifichino altre due condizioni: 1) una contribuzione di almeno 5 anni; 2) l'importo della pensione maturata non deve essere inferiore a 1,2 volte l'importo dell'assegno sociale.

Tecnica e politica delle citazioni *

Franco Carinci- Fiorella Lunardon- Marina Brollo

| | |
|--|----|
| Parlando di citazioni e di altre cose | 58 |
| 1. Premessa. Valore e significato di una riflessione sul metodo nelle citazioni | 58 |
| 2. Modello universitario e impatto di valutazione scientifica attraverso le citazioni | 60 |
| 3. La crisi del modello classico di università: nuovo rigore nelle politiche di reclutamento? | 62 |
| 4. Politica delle citazioni: proposte di analisi e regolamentazione | 63 |
| Tecnica e politica della citazione nel diritto del lavoro | 64 |
| 1. Premessa | 64 |
| 2. Dover essere e correttezza della citazione | 66 |
| 3. La distinzione tra tecnica e politica | 68 |
| A. Tecnica | 68 |
| 4. Etimologia e definizioni | 68 |
| 5. Le funzioni della citazione | 69 |
| 5.1. La citazione soggettiva o <i>dialettica</i> | 69 |
| 5.2. La citazione oggettiva o <i>scientifica</i> | 70 |
| 5.3. Sulla esistenza di una eventuale dimensione <i>mora</i> le ed <i>estetica</i> della citazione | 71 |
| 6. Il ruolo della parità o disparità degli interlocutori | 72 |
| 7. Processi in atto | 73 |
| B. Politica | 74 |
| 8. Dalla tecnica alla politica: il controllo della irrazionalità/anomalia della selezione | 74 |
| 8.1. Gli indicatori di irrazionalità | 74 |
| 9. I dati: assenza di citazione, esclusione, discriminazione | 75 |
| 10. (<i>Segue</i>): autoreferenzialità (<i>self-citation</i>) | 76 |
| 11. La combinazione dei dati con i motivi (appartenenza ideologica e di scuola; età; sesso): ipotesi di studio | 76 |

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 84/2009

| | |
|--|----|
| 11.1. I manuali | 77 |
| 11.2. Le riviste | 77 |
| 12. Percorsi applicativi | 78 |
| 13. Rilievi conclusivi | 78 |
| L'ombra lunga delle citazioni: le conseguenze sulle politiche di finanziamento e di reclutamento | 79 |
| 1. L'ombra lunga delle citazioni | 79 |
| 2. <i>L'impact factor</i> : uso e abuso | 81 |
| 3. L'influenza dei database sulla ricerca italiana: la valutazione del CIVR | 82 |
| 4. Prime conclusioni | 84 |

Parlando di citazioni e di altre cose

(Franco Carinci)

1. Premessa. Valore e significato di una riflessione sul metodo nelle citazioni

Quando pensammo di dedicare il IV Seminario di Bertinoro a *Politica e tecnica delle citazioni* coltivavamo un'immagine "visiva" della progressiva perdita della tradizionale significanza delle citazioni, come debiti pagati a quanti ci avevano preceduto nel cammino della ricerca: appigli artificiali lasciati in parete, per facilitare la nostra ascesa verso una vetta non ancora conquistata. Una perdita che, nell'endiadi prescelta, intendeva individuare nel prevalere della politica, intesa nell'accezione negativa di una discrezionalità estesa fino ed oltre il limite dell'arbitrio, la causa prima della crisi della tecnica, assunta come una collaudata e consolidata collazione di regole inequivocabili.

Una certezza al negativo, figlia di una credenza trasmessaci dalla generazione dei nostri padri assai più di una convinzione ragionata; tant'è che l'abbiamo dovuta abbandonare fin dalla bella relazione introduttiva di Fiorella Lunardon: non c'è un dover essere, una sorta di decalogo puntuale e rigido, che chieda di essere sempre e comunque rispettato, sì da rendere subito evidente e sanzionabile la sua inosservanza; ci può essere solo un giudizio di correttezza nell'uso, in relazione all'argomento trattato, al tipo di citazione (soggettiva/dialettica o oggettiva/scientifica), alla tipologia dell'opera, alla cronologia dei richiami, tanto complesso da emergere meglio da quel che manca che da quel che c'è, dalle omissioni piuttosto che dalle inclusioni, dalle dimenticanze piuttosto che dalle rimembranze.

Il che può essere frutto di una scelta consapevole, finalizzata ad "oscurare" un autore, un gruppo, una scuola, per ragioni accademiche od ideologiche; ovvero di una ignoranza colpevole, dovuta alla carenza di formazione e alla condanna ad una pubblicazione regolata sui tempi non della ricerca ma della tornata concorsuale in scadenza. Distinguere non è facile, ma qui è d'aiuto lo stesso testo, il cui livello di stile e contenuto ce la dice lunga circa la natura dolosa o colposa delle omissioni; ed ancor più il carattere sistematico delle stesse omissioni, perché il dolo è ripetitivo, mentre la colpa è casuale. Dato, questo, che emerge in modo chiaro e trasparente quando il dolo diviene collettivo, condiviso da un gruppo o da una scuola, che così persegue un preciso scopo, con un difetto assoluto o relativo di citazioni "esterne" facilmente etichettabili per provenienza accademica e/o per caratterizzazione ideologica; al quale fa da contrappeso a riempitivo un eccesso di citazioni "interne", auto-referenziali, per cui quasi tutto il dibattito sul punto affrontato pare riconducibile agli autori richiamati.

Né la partigianeria né l'approssimazione sono state concepite l'altro ieri e partorite ieri; ma noi "anziani" abbiamo avuto l'impressione che fossero cresciute di gran fretta nel corso degli ultimi decenni. Avremmo potuto essere trattati da tipici *laudatores temporis acti*, se i "giovani" che hanno vivacizzato il dibattito non avessero addirittura calcato la mano, cercandone le ragioni in mutamenti strutturali. Il primo e più importante di tali cambiamenti – il padre di ogni altro – è stato la crescita di un'università di massa dentro un'università costruita e conservata come d'élite: si moltiplicavano i professori in ragione di una domanda didattica, dilatata ma anche impoverita, prima, dalla liberalizzazione degli accessi, poi, dalla caduta di livello della scuola pre-universitaria; ma i professori continuavano ad essere selezionati in base alla classica regola dell'originalità della loro produzione scientifica, non conteggiata nei debiti orari e non valorizzata nella selezione per

incarichi, per la distribuzione di posti, per la carriera retributiva. A dirla in breve il modello humboldtiano di una università basata su una didattica figlia della ricerca era tenacemente difeso a parole, ma tradito nei fatti, perché la didattica da figlia era diventata matrigna possessiva e malevola.

Le Facoltà creavano e moltiplicavano i corsi in base a vere o più spesso presunte esigenze didattiche, i corsi venivano coperti con ampliamenti di organici e con incarichi ai ricercatori reclutati strettamente tra i figli delle stesse Facoltà, ai ricercatori venivano riservati i bandi o i posti di associato ed agli associati quelli di straordinario, secondo percorsi di carriera tutti interni: se lo erano meritato sul campo della didattica e, comunque, le promozioni risultavano estremamente economiche, costando alla fine solo la differenza fra lo stipendio del posto di partenza e quello del posto d'arrivo. Un sistema, questo, promosso e consacrato dallo stesso legislatore, col decentramento del sistema concorsuale, la riserva a favore della Facoltà che bandiva della scelta del commissario interno, il "libero mercato" di due e, poi, di una idoneità, la possibilità per la stessa Facoltà di costruire un profilo rilevante non per la valutazione comparativa ma per la chiamata, tanto da rendere quest'ultima assolutamente eccezionale nell'ipotesi in cui i figli prediletti non fossero usciti vincitori. *En passant*, va notato come nulla, assolutamente nulla di questo risulti sostanzialmente toccato dalla riforma Gelmini, una sorta di Frankenstein, che innesta nel corpo appena descritto un pezzo amputato da un cadavere precedente, cioè un modulo di elezione-estrazione a suo tempo incorporato in un sistema centralizzato.

La ricerca non era più funzionale ad un accreditamento nazionale, che a sua volta facilitasse una mobilità interuniversitaria, cioè la condizione fisiologica di crescita sistemica della comunità scientifica; la ricerca veniva completamente assorbita dalla pubblicazione, cioè dalla sua pura dimensione cartacea, vista e vissuta come merce che i c.d. maestri ed i commissari interni avrebbero potuto spendere nelle sedi concorsuali. Questo per i candidati interni, che potevano far valere a loro favore l'aver fatto bandire i concorsi; mentre per gli esterni, in competizione per le idoneità, la selezione poteva essere più o meno aperta a seconda delle circostanze.

Una rappresentazione della realtà, questa, volutamente caricata per rendere evidente quella che ne è stata la ricaduta negativa. Anzitutto l'involuzione delle scuole, che da sedi relativamente aperte di formazione scientifica e di promozione accademica – con una notevole mobilità territoriale, favorita dalla esistenza degli incarichi annuali, che permettevano lunghe verifiche sui nuovi arruolati – finiscono per diventare corporazioni impegnate nella difesa e nell'espansione delle aree controllate, per via di una riproduzione tutta endogena, che privilegia sempre e comunque gli appartenenti. E nella strategia di difesa rientra anche un'utilizzazione delle citazioni, che ne esalti i componenti, secondo un sapiente dosaggio di "omaggi" ai "maestri" e loro compagni della prima o seconda ora e di "lanci" dei candidati *in pectore* per i futuri concorsi; e, come rovescio, sottodimensioni i membri delle altre scuole, sia ignorandoli, sia menzionandoli confusi in elenchi alfabetici o cronologici, sia ricordandoli solo per confutarli, a volte anche *per relationem*, cioè rinviano ad altri che avrebbero già condotto sapientemente il lavoro demolitorio. Ma anche qui non senza distinguo, a seconda delle relazioni esistenti rispetto alle altre scuole, di alleanza tradizionale, di convergenza temporanea, di conflittualità più o meno aperta.

Il che, peraltro, non significa che evaporino del tutto le differenze di retroterra ideologico e culturale che restano, se pur a segnare assai più profondamente le scuole del sud rispetto a quelle del centro-nord, proprio in ragione della diversa realtà di riferimento: là, la perdurante distanza fra una relativa arretratezza dei rapporti sociali ed una notevole modernità del nostro diritto del

lavoro, favorisce la sopravvivenza di una forte ed omogenea identità di "sinistra", che trova espressione in una procedura di selezione per "affinità", in una politica del diritto "ipergarantista", all'insegna della continuità, in una preminenza assegnata alla produzione della dottrina; qui, la costante sfida portata da una continua trasformazione dei contesti produttivi alla stessa evoluzione del nostro diritto del lavoro finisce per privilegiare una debole ed eterogenea identità "metodologica", che trova conferma in una tecnica di selezione per "empatia", in una politica del diritto "sperimentalista", all'insegna di una discontinuità controllata, in una grande attenzione alla circolazione della dottrina. Da questo la maggior compattezza esistente al sud rispetto al centro nord, che si riflette anche a livello di strategia di presenza, che qui risulta affidata a tecniche meno esclusive e più inclusive, come *in primis* la gestione di "fori aperti", quali riviste "neutre", proiettate verso l'intero universo degli operatori giuridici. Ne consegue, quasi inevitabilmente, una connotazione maggiormente pluralista, esposta al rischio ricorrente di una frammentazione; e, ovvia conseguenza, una pratica della correttezza nelle citazioni meno curvata in chiave difensiva.

Come ogni ricostruzione modellistica, per di più costruita su impressioni e non su puntuali riconoscimenti, questa rappresenta una forzatura, che certo non rende giustizia ad una realtà variegata, tale da non poter essere ricondotta ed appiattita tutta in una classica e stereotipata differenza territoriale. Ma è una mia vecchia idea, non figlia della congiuntura attuale, tant'è che ebbi ad esprimerla tanti anni fa, in un bel seminario napoletano, dove fu accolta come la provocazione intelligente di un *bel esprit*; ma, come dissi, non vedo perché ci si dovrebbe sorprendere dell'esistenza di una correlazione fra "struttura" dei rapporti produttivi e "sovrastruttura" dei percorsi intellettuali, per quanto debole, mediata, corretta dai continui scambi a livello nazionale. Se di provocazione si tratta, vale la pena non di esorcizzarla, ma di raccoglierla come occasione per un'analisi più approfondita.

2. Modello universitario e impatto di valutazione scientifica attraverso le citazioni

Le fabbriche universitarie si moltiplicano e si espandono a rete sul territorio, con sedi principali ramificate in sedi secondarie, succursali, distaccamenti, con una inversione totale della regola aurea: non più lo studente che va all'università, ma l'università che va allo studente. La mobilità dell'istituzione – ambita e caldeggiata da ogni comunità, come segno di distinzione ed auspicio di occupazione – permette la immobilità degli studenti: permette, ma non produce di per sé, perché occorre incentiviarla con il conseguimento del titolo di studio legale al costo più basso, cioè con un sostanziale alleggerimento del carico didattico e con un rilevante permessivismo al momento dell'esame. Un effetto perverso, che il famigerato "tre+due" ha di fatto accelerato, fallendo del tutto l'obbiettivo di ottenere un abbreviamento del parcheggio all'università, al costo di un abbassamento del livello: almeno da noi, lo studente sballa i tempi del triennio, senza peraltro rinunciare, poi, al biennio, sì da conseguire il risultato finale con più o meno lo stesso ritardo.

Esamificio e concorsificio. La didattica, cioè, sostanzialmente, la produzione di esami domanda sempre nuove leve; e come succedeva nelle guerre di un tempo, si reclutano sempre ad età più basse e a formazione più accelerata e superficiale. Il grido "al concorso, al concorso" risuona come una volta quello "al fronte, al fronte". Il concorsificio lavora a pieno ritmo, addirittura su due sessioni all'anno, col coinvolgimento dell'intera corporazione: questo diventa il terreno di confronto e di scontro, dove finisce per contare soltanto il numero, a prescindere da credito scientifico e passato accademico dei singoli e dei gruppi, che, casomai, viene imputato come un eccesso di

egemonismo. Lo slogan è sempre lo stesso, prima di tutto il merito; ma poiché il sistema ruota intorno ad una presunzione del merito del candidato interno, il restringimento del giudizio meritocratico ai soli idonei appare ipocrita, sulla carta, se non sempre nella realtà: la presunzione necessita di maggioranza e la maggioranza si forma sull'intero risultato finale.

Avanti, avanti, i giovani si laureano, si addottorano, sono sollecitati a scrivere; riducono al minimo o saltano i classici gradini del vecchio e tradizionale percorso formativo, cioè più commenti a sentenza, brevi saggi, saggi importanti, monografia, anche se, a dire il vero, non erano così obbligatori neppure per noi. Ma il punto non è questo, il punto è che sono spinti in avanti senza requie, devono essere pronti molto prima di poterlo essere, devono conquistare i formali titoli giustificatori: formali, per modo di dire, perché, poi, al momento del deposito dei titoli, è tutto un fiorire di provvisorie delle provvisorie, di case editrici fantasma, di certificati di direttori di Riviste, più o meno accreditate, che attestano essere in corso di pubblicazione questi o quegli scritti. I perfezionisti restano indietro, i realisti guadagnano terreno: o procedere al passo accelerato della colonna o farsi da parte; ma farsi da parte significa quasi sempre non poter ritornare nella colonna in marcia, così serrata da non lasciare alcuna finestra aperta.

Se i testi sono quelli che sono, le citazioni non possono che corrispondervi. Qui non gioca il dolo, ma la colpa; e non di rado c'è una commistione dell'uno e dell'altra. Non hanno avuto tempo di leggere i padri fondatori, che servivano per apprendere il metodo, non per risolvere i problemi di micro-esegesi con cui sono stati costretti a confrontarsi fin dall'inizio; né di ritornare con la dovuta attenzione sui grandi dibattiti che hanno segnato le tappe dell'evoluzione legislativa, giurisprudenziale, dottrinale, consegnati ad una storia cui sono rimasti estranei per età e lo restano ancora perché la loro attenzione è ampiamente attratta da una legislazione altalenante e congiunturale; né di meditare a sufficienza sulla scelta e sull'impostazione dei temi monografici, data la necessità di seguire dappresso l'opportunità aperta da una qualche novità legislativa. Una sorta di navigazione, senza l'ausilio di una bussola precisa e di una cartografia aggiornata, in una dimensione profondamente modificata in cui alla lentissima deriva dei continenti è succeduta una loro frantumazione, una moltiplicazione delle terre emerse, una fioritura di isole e di arcipelaghi.

Ci sono marinai nati e/o cresciuti su qualche buona nave che se la cavano bene, se non benissimo. Non pochi, per non dire i più, sbattuti dalla terraferma all'acqua salata, improvvisati manovratori di timoni e vele, si destreggiano alla meno peggio, come ben testimoniano i testi, che spesso i "maestri" licenziano senza aver letto, ma – va detto per inciso – questo succedeva anche una volta, se pur con un diverso affidamento: cercano di evitare il mare aperto, bordeggiano, approfittando dell'espandersi delle coste. Ci si attarda nella ricostruzione del passato, proposto e riproposto secondo moduli ormai scontati, dove riesce del tutto evidente nelle citazioni, non tanto la partigianeria, quanto l'approssimazione, secondo un campionario che è emerso chiaramente nel dibattito: note lunghe che da discorsive tendono a farsi meramente cognitive, asintoniche rispetto al testo, non di rado mutuate o collazionate, sì da confermare una trasmissione consolidata della dottrina di riferimento, senza alcuna verifica che serva a rimediare esclusioni ed inclusioni erronee, usandole al tempo stesso quale copertura di una lettura strettamente selezionata alla bisogna e quale dilatazione della dimensione dell'opera monografica. Ci si dilunga sul presente, dove, invece, è più facile emerga la partigianeria, data l'inevitabile selezione cui gli autori sono costretti: note brevi, a volte brevissime, dove sono ignorate le paternità delle tesi, l'importanza dei contributi, la puntualità e precisione dei riferimenti, con una tendenza a supplire il deficit di argomentazione nel testo con rinvii all' "autorità" di autori o precedenti giurisprudenziali

conformi, condendole con omaggi ai maestri e ai consanguinei e con apprezzamenti ai giovani di scuola emergenti, di cui si ricordano anche scritti ancora in corso di pubblicazione.

3. La crisi del modello classico di università: nuovo rigore nelle politiche di reclutamento?

Come si vede quello delle citazioni è solo un effetto di un processo degenerativo più ampio, che parte da lontano, cioè da una crisi irreversibile del modello classico dell'università, vale a dire di una inscindibile unità fra didattica e ricerca, che produce al tempo stesso cattiva didattica e cattiva ricerca. La via d'uscita non è certo quella scelta dal CUN, che ha di recente steso un documento sugli "indicatori di attività scientifica e di ricerca" per le valutazioni comparative, che pur non risultando vincolanti in senso proprio e pieno, dovrebbero essere come "valori minimi" assunti come "punti di riferimento qualificanti per le commissioni", da cui queste non potrebbero discostarsi senza "motivare le ragioni della loro scelta". Dopo di che segue un'elencazione area per area, che per l'area 12 – Scienze giuridiche, premesso fra l'altro che essa sarebbe caratterizzata "da una produzione scientifica prevalentemente su base pubblicistica" (?), recita come segue: per i concorsi di ricercatore universitario, uno studio monografico ovvero quattro saggi originali, negli ultimi tre anni; per i concorsi di professore associato, due volumi monografici ovvero un volume monografico e almeno otto saggi originali, negli ultimi cinque anni; per i concorsi di professore ordinario due volumi monografici su tematiche non ripetitive e di dieci saggi originali, negli ultimi otto anni. I saggi devono essere sempre pubblicati su riviste o studi collettanei a diffusione nazionale o internazionale.

Verrebbe da dire un autentico soffio di serietà. Però, dato per scontato l'impatto demagogico fra coloro che già provano l'acquolina in bocca solo alla lettura di un siffatto menù cartaceo, c'è da notare intanto come il carico tende di fatto a diminuire, via via che si procede nel *cursus ad honorem*, tenuto conto del progressivo prolungamento del periodo di riferimento: per diventare ricercatore è necessario uno studio monografico o almeno quattro saggi (ultimi tre anni); per passare da ricercatore ad associato è richiesto un altro volume monografico o un volume monografico ed altri quattro saggi, a seconda di quel che uno ha presentato per conseguire il posto di ricercatore (ultimi cinque anni); per essere promosso da associato a straordinario occorre produrre dieci saggi o un altro volume monografico e due saggi, sempre a seconda di quel che uno ha fatto valere per ottenere lo straordinariato (ultimi otto anni). Il che a me appare proprio l'inverso di quanto sarebbe auspicabile, dato che una volta concluso il dottorato con la debita compilazione della tesi, il giovane studioso è condannato a vivere più spesso sì che no d'espiedienti, mentre una volta ricercatore od associato sarebbe pagato proprio per scrivere; e credo di ravvissarne la ragione nella forte connotazione sindacale dei nostri rappresentanti al CUN. Secondo la collaudata ma deleteria logica di privilegiare gli *insiders* e penalizzare gli *outsiders*, si crea uno sbarramento all'ingresso e, poi, si facilita la progressione interna; qui deleteria più che mai data la necessità di reclutare giovani; mentre la giusta esigenza di una seria verifica preliminare potrebbe essere soddisfatta attraverso una maggior qualificazione dei corsi di dottorato, con una loro concentrazione solo presso le sedi idonee a svolgerli ed un'attenta selezione all'entrata ed all'uscita, nonché con la diffusione di posti di ricercatore a contratto.

Ma non è questo il punto principale di dissenso. In ragione di quanto detto, esso consiste nella mancata presa d'atto della prevalenza trainante della didattica rispetto alla ricerca nell'attuale università di massa, per cui continua ad imporre come una regola esclusiva per la selezione di un personale docente, destinato a far fronte ad una domanda sempre meno qualificata, una

iperproduzione cartacea addirittura all'insegna dell'originalità, che dovrebbe costituire la sua unica carta di credito per ascendere, passo a passo, alla cattedra. Sono da tempo convinto che bisognerebbe distinguere fra didattica e ricerca, sia nel senso verticale che si potrebbe essere ammessi per sole necessità didattiche, con capacità e preparazione ovviamente commisurate al livello universitario, senza escludere una successiva "conversione" alla ricerca; sia nel senso orizzontale, che si potrebbero avere sedi universitarie concentrate prevalentemente sulla didattica e sedi universitarie concentrate prevalentemente sulla ricerca.

Invece, avanti tutta, con la solita collazione di gridà manzoniane. I contenitori richiesti devono essere allestiti secondo standard più grandi, ma sopra devono essere stampigliate sempre le stesse etichette: originale. Il reduce da tante commissioni di concorso conosce bene questa formula, magica perché priva di qualsiasi significanza, ma che per il solo fatto di essere pronunciata e debitamente trascritta funziona da "aperti Sesamo" per l'antro fatato contenente il trofeo corsuale. Verrebbe da dire: "originalità, quanti delitti si sono compiuti nel tuo nome".

Unico aiuto dovrebbe essere quello della pubblicazione dei saggi in riviste a diffusione nazionale e internazionale, cioè nessuno: un passo indietro a quanto già richiesto *ex lege* circa l'autorevolezza delle case editrici per i volumi monografici; nessun passo avanti rispetto ad un qualche tentativo di *ranking* delle riviste medesime, per via dell'esistenza di un comitato scientifico, della presenza di un gruppo di lettura indipendente, qualificato ed attivo, della sperimentazione di un sistema di *impact factor*.

D'altronde il CUN non è credibile, come non siamo credibili noi. C'era e c'è uno strumento di controllo dell'impegno scientifico successivo al conseguimento del posto di associato e di straordinario, che avrebbe potuto e potrebbe svolgere un ruolo fondamentale, cioè il giudizio rimesso a commissioni nominate *ad libitum* dal CUN: ma le nomine sono quasi sempre all'insegna del *favor* per i candidati e i giudizi sono quasi sempre positivi.

4. Politica delle citazioni: proposte di analisi e regolamentazione

A Bertinoro l'analisi della problematica delle citazioni, svolta con un'attenzione ed una finezza di cui sono testimonianza tutti gli interventi, non si è esaurita in se stessa: l'auto-flagellazione non porta da nessuna parte, a meno che uno non creda che sia propiziatrice di una azione salvifica da parte degli Dei. Tutt'altro, perché alimenta solo una caccia demagogica ai professori universitari, *in primis* gli ordinari, etichettati con l'epiteto dispregiativo di "baroni" – non è chiaro se alcuni, molti o tutti – enfatizzata dai mass-media, fatta propria dalla nostra ministra, che non sapendo né leggere né scrivere in materia, ha fatto suo "il grido di dolore" proveniente dalle aule occupate e dalle piazze infuocate: ne è risultato, prima, un "blocco" dell'elezioni per la scelta dei commissari alla vigilia stessa delle consultazioni sull'esplicita motivazione di sistematica pre-confezione dei vincitori, predisposta appunto dai "baroni"; poi, una modifica del sistema di scelta dei commissari. Modifica che, come già si è accennato, è più apparente che reale, ma addirittura contraddittoria rispetto alla finalità ampiamente ed orgogliosamente pubblicizzata: da un lato, resta il commissario interno che fa da punto di riferimento nella formazione di una maggioranza, con il suo candidato irrinunciabile, quello per cui è stato bandito il concorso e non viene introdotto alcun obbligo di riaprire i termini, sì da allargare il lotto degli aspiranti in ragione del diverso sistema di formazione delle commissioni; dall'altro, risulta ristretto ai soli professori ordinari e straordinari l'elettorato attivo e passivo. Sembra che i "baroni" siano alcuni professori ordinari che "ricattano" tutti gli ordinari e straordinari, i quali a loro volta "ricattano" gli "associati"

e i "ricercatori", sicché basta "liberare" gli ordinari e gli straordinari con un meccanismo misto di elezione-estrazione e privare di qualsiasi diritto associati e ricercatori. Al sottoscritto, che a suo tempo andò in cattedra con un meccanismo di estrazione diretta dei commissari, avendo dalla sua la sfacciata fortuna di aver in commissione il suo maestro, Federico Mancini, ed un collega, allora amico, Tiziano Treu, tanto da considerarsi a ragione figlio non del merito, ma della sorte; al sottoscritto la cosa appare una stupefacente falsificazione della realtà, costruita su una disistima e diffidenza destinata a portare poco lontano, perché non si rifonda o riforma niente contro coloro che fanno funzionare un'istituzione, tanto meno l'università: i "baroni", che fra l'altro erano tali prima per prestigio scientifico e solo poi per potere accademico, non ci sono più, dato il frantumarsi delle corporazioni a seguito dell'espansione incontrollata ed incontrollabile dei loro componenti, sicché ormai il panorama prevalente è costituito dall'esistenza di tanti gruppi, che si confrontano e si alleano a seconda delle circostanze, con una legittimazione a dire la propria ormai rivendicata almeno da tutti gli ordinari, all'indomani del conseguimento dell'ordinariato.

Niente auto-flagellazione, dunque. E, infatti, a Bertinoro sono emerse alcune idee diciamo riformiste, cioè ispirate non all'auspicabile, ma al possibile, che sono già state tradotte in proposte nella presentazione a firma di Mattia Persiani e mia: la prima è quella di predisporre un "decalogo" in tema di correttezza delle citazioni. Certo c'è la consapevolezza che questo è un modo di affrontare il problema non dalla testa – la ricerca – ma dalla coda – le citazioni; ma, è il punto d'attacco al momento praticabile: lasciando aperto il confronto su un merito che dovrebbe essere connotato da un'originalità comparabile a quella araba fenice che ognuno sa che c'è, ma nessuno sa dov'è, si potrebbe essere giudici attenti e severi del rigore formale dei lavori, cioè struttura, articolazione, consequenzialità, lingua e, *last but not least*, correttezza delle citazioni. A dare la dritta potrebbero essere le Direzioni, i Comitati scientifici ed i Comitati di lettura delle Riviste, in virtù di un'intesa raggiunta sugli standard da rispettare: a tal fine, a titolo di mero primo apporto al confronto la prof.ssa Fiorella Lunardon ha predisposto un "regolamento", qui pubblicato in allegato, che si sottomette al pubblico dibattito, prima di promuovere un seminario aperto a tutti i responsabili delle Riviste oggi presenti ed attive nella nostra materia.

La seconda proposta nasce dall'intervento della prof.ssa Marina Brollo che ha richiamato l'attenzione su un altro importante aspetto delle citazioni, cioè quello di funzionare da *impact factor* in sede di valutazione dell'autorevolezza scientifica di una rivista e di un autore. Ora, sia pure in via sperimentale, si potrebbe vedere di applicarlo alle nostre Riviste, nel senso di vedere quante volte gli articoli pubblicati in ciascuna di esse vengono richiamati nelle altre Riviste; dato, questo, facilmente riscontrabile in base ad un accordo generale per ogni Rivista che si faccia carico di farlo per sé, utilizzando la banca informatica dei numeri pregressi.

Tecnica e politica della citazione nel diritto del lavoro

(Fiorella Lunardon)

1. Premessa

Nelle mie peregrinanti indagini sul tema oggetto di questo seminario mi sono imbattuta nella notizia che già qualche anno fa, precisamente nel settembre 2001, si è svolto a Bertinoro un

incontro dedicato allo studio delle *dimensioni e pertinenze* della citazione. Si intende, quello era essenzialmente un incontro tra letterati vertente più che sulla citazione come mezzo tecnico di produzione, conservazione ed accumulazione del sapere scientifico, sulle sue implicazioni con le tematiche predilette dagli scrittori della penultima generazione: l'oblio, la tradizione, la memoria, la parola differita, il gesto della citazione, etc.(²⁶⁴)

Per quanto innegabilmente diversi, il senso e le implicazioni di quell'incontro mi sono parsi un buono spunto per l'*incipit* del mio discorso, rivolto oggi ad un pubblico di lavoristi. Dal confronto con le aree coperte da discipline contermini, accomunate dalla discendenza dal ceppo umanistico, nasce infatti il quesito sulla specificità dell'approccio del giurista al tema della citazione.

Esiste una siffatta specificità?

La risposta è positiva e negativa al contempo.

Anzitutto negativa, perché il tema presenta una neutralità di fondo (e dunque una sua universale versatilità) dovuta al fatto che la citazione (declinata come individuale, collettiva; scientifica, sociale; consapevole, inconsapevole; implicita o invisibile ed esplicita; etc.) appartiene al metodo, vuoi formale dello scrivere, vuoi sostanziale del costruire, se non addirittura ad una presunta deontologia della scrittura. La tecnica della citazione è insomma contenutisticamente a-specifica in quanto interstiziale rispetto alle diverse branche del sapere.

Ma la risposta non può che essere anche positiva. Giacchè l'argomentazione giuridica, come autorevolmente sottolineato, assai più che la logica delle scienze esatte segue quella libera dell'arte, più precisamente dell'arte del convincimento, per il giurista la citazione diviene strumento per eccellenza di persuasione. Si pensi all'importanza che rivestono gli orientamenti dottrinali per la giurisprudenza, e viceversa; e al valore fondamentale dei richiami ai "precedenti" giurisprudenziali, laddove, oltre alla qualità delle tesi sostenute, acquista rilievo anche il fattore quantitativo(²⁶⁵).

Scherzosamente, si è detto che «per essere una dottrina non basta scrivere; occorre essere da altri citati per ciò che si è scritto»; e che «il numero delle citazioni è, per il giurista, ciò che il fatturato è per l'imprenditore: valori crescenti denotano successo; valori decrescenti equivalgono a preoccupanti segnali di declino»(²⁶⁶).

Ecco perché il giurista appare assai sensibile all'idea di un dover essere della citazione, il che equivale a dire che egli tende ad accentuarne il profilo formale(²⁶⁷), con non infrequenti sconfinamenti sul piano deontologico.

(²⁶⁴) Il richiamo (dunque la citazione) va ad autori come Borges, Eliot, Kundera, Hélène Cixous, Antonia Byatt, Walter Benjamin, Saramago. L'incontro, promosso dal gruppo di Bologna attivo nell'ambito del programma nazionale di ricerca *Ripensare l'estetica* (coordinato nazionalmente da Luigi Russo di Palermo), era stato ideato e organizzato da Paolo Bagni, Daniela Baroncini, Riccardo Campi, Monica Fiorini, Michela Petrelli e Beppe Sebaste.

(²⁶⁵) Mengoni, nel suo discorso sul metodo, sottolinea a questo riguardo che una delle componenti della pre-comprensione, accanto al *background* ideologico dell'interprete, è proprio anche la tradizione sedimentata attraverso le acquisizioni precedenti della dottrina e della giurisprudenza. Cfr., per una riflessione sul pensiero di Mengoni relativamente alla precomprensione, P. TosI, *Il metodo nel diritto del lavoro. La lezione di Luigi Mengoni*, in Arg. Dir. Lav., 2007, pag. 874 e segg. e in Jus, 2007, n. 2-3.

(²⁶⁶) F. GALGANO, *La carriera del giurista*, in F. GALGANO, *Il rovescio del diritto*, Milano, 1991, pag. 35 segg. (spec. 37).

(²⁶⁷) Contro il sostanziale-scientifico delle altre aree della conoscenza.

Da qui la conseguenza che il valore sostanziale della citazione come mezzo di intertestualità⁽²⁶⁸⁾ – questo il termine usato in letteratura – o veicolo di allusioni – questo in musicologia⁽²⁶⁹⁾ – viene nei consensi di giuristi spesso e volentieri accostato al valore collettivo e sociale della stessa, sulla falsariga di quanto capita nel vicino contesto sociologico ove esistono tensioni verso la creazione di una vera e propria teoria della citazione (chiamata *citationology*)⁽²⁷⁰⁾.

Certo non intendo soffermarmi sullo stato di elaborazione di siffatta teoria e sulle sue possibili applicazioni negli studi sulla dottrina lavoristica. Anche perché, nonostante se ne parli, non mi sembra che il sistema di regole da essa scaturito sia dotato di grandi capacità applicative⁽²⁷¹⁾, limitandosi per lo più a costituire un banco di prova per l'analisi degli interscambi tra le contigue aree della scienza e del sociale. Il merito dei sociologi, secondo chi scrive, è esattamente quello di aver analizzato il rapporto tra scienza e società, senza approfondire la prospettiva della citazione quale «mezzo di riconoscimento dei debiti intellettuali» in un sistema chiuso. Che è quanto dovremo fare oggi, tenuto conto che oggetto del presente seminario è il sistema della citazione nel diritto del lavoro, dunque *in primis* dei lavoristi da parte dei lavoristi, al massimo dei civilisti di più diretta ed illustre ascendenza.

Mi preme invece, onde completare il più rapidamente possibile questa premessa, introdurre due importanti precisazioni.

2. Dover essere e correttezza della citazione

La *prima*. Nonostante il fascino che possa esercitare l'idea di un *dover essere* della citazione è inevitabile – ma sfido chiunque a non concordare con la mia posizione – negare non solo la necessità, ma la possibilità stessa di una sua configurazione in termini di sistema di regole che presieda ai meccanismi di produzione e distribuzione delle citazioni. Qualsiasi regola che in qualsiasi modo venisse alla luce in questa materia dovrebbe fare i conti con il fondamentale principio di libertà di selezione delle informazioni e delle fonti che guida l'attività dello studioso, del ricercatore, del discente come del docente e che deve reputarsi una delle prime manifestazioni della libertà di pensiero.

(²⁶⁸) Secondo gli studiosi nel Novecento la scienza della citazione, proprio perché sussume alcuni punti critici nodali, mette in luce le differenze fra le varie scuole critiche. Nella fase strutturalista, l'intertestualità viene studiata come categoria formale di interazione tra testi; in seguito, nello stadio post-strutturalista (Riffaterre e Barthes), si passa a una fase pragmatica in cui questa categoria si definisce come una modalità di percezione, ovvero un atto di decodificazione di testi alla luce di altri testi. Nella fase della decostruzione, l'intertestualità si lega al problema dell'allusione e della citazione nella scrittura come gioco testuale della differenza e della ripetizione: così V. FORTUNATI, *Intertestualità e citazione fra modernismo e post-modernismo*, in *Leitmotiv* n. 2/2002, <http://www.leitmotiv.it/leitmotiv/>

(²⁶⁹) Per gentile suggerimento di Marina Brollo, sono venuta a conoscenza del volume di A. MALVANO, *Voci da lontano: R. Schumann e l'arte della citazione*, Torino, 2003, ove si trova l'interessante distinzione tra «citazione testuale» e «allusione decontestualizzata», insieme ad un originale tentativo di fissare una tipologia delle citazioni (l'autore ulteriormente distingue tra faintendimento, simulazione, adattamento, parafrasi e prestito).

(²⁷⁰) In sociologia la letteratura è sterminata. Cfr. ROBERT K. MERTON e la rivista *Scientometrics*, cui è riconducibile il tentativo di individuare una teoria della citazione come sistema di regole destinato ad operare sul piano sociale; nonché il saggio (pubblicato nella rivista appena richiamata 43 (1), 1998, pagg. 5-25) di L. LEYDESDORFF, *Theories of Citation?*, ove un'accurata introduzione storica intorno al progetto di creazione di un *Science Citation Index*, originariamente ispirato al sistema americano della documentazione legale.

(²⁷¹) Anzi, per gli stessi sociologi, nonostante i seri passi avanti compiuti in questa direzione, «a complete theory of citation is still lacking»: L. LEYDESDORFF, *Theories of Citation?*, op. cit.; pur se al contempo la si considera «badly needed»: H. ZUCKERMAN, *Citation Analysis and the Complex Problem of Intellectual Influence*, in *Scientometrics*, 12 (1987), pagg. 329-338.

A conferma estrema di quanto appena osservato si ricorda che nel corso della storia della cultura più di un autore ha fatto riferimento al concetto di igiene mentale⁽²⁷²⁾, inteso come scelta consapevole e scientificamente rispettabile di rinunciare ai condizionamenti indotti da letture esterne relative a trattazioni sulle medesime tematiche oggetto di studio. Per il filosofo Comte, ad esempio, l'igiene mentale doveva funzionare come presupposto per una rifondazione universale del sapere sotto il segno del positivismo, dunque era strumentale al cambio di metodo che si voleva imporre sul piano dell'interpretazione dei fenomeni naturali.

Vero è che le condizioni per potersi permettere una siffatta linea di comportamento sono ardue e non alla portata di tutti. Non solo è necessario possedere una indiscussa robustezza culturale e notevole capacità creativa, per non parlare di *capacità di originalità* (mai tuttavia obbligatoria, non potendo essere quest'ultima oggetto di imposizione); ma è necessario altresì che il campo del sapere in cui si esercita una tale autonomia di elaborazione consenta forme di isolamento volontario senza che l'autore che le esercita ne abbia a patire sotto il profilo dei risultati raggiunti. La speculazione astratta indubbiamente tollera lo studio *in solitaria* assai meglio delle scienze pragmatiche o funzionali all'applicazione concreta, cui deve ricondursi il diritto del lavoro⁽²⁷³⁾.

Seppur in assenza di qualsiasi "dover essere", gli atteggiamenti di solipsismo esasperato possono insomma condividersi laddove esistano, per il settore in cui essi vengono esercitati, forme naturali di sanzione.

Ma quando si scende dall'ambito meramente speculativo all'ambito del sapere come regola dell'azione e dell'informazione è gioco-forza chiedersi se, al posto di una rigida teoria della citazione, sia possibile all'interno di una comunità scientifica come la nostra, che da tempo mostra di accettare l'interazione culturale come mezzo di accrescimento e di riconoscimento scientifico, individuare un più blando concetto di correttezza nella citazione.

Dal dover essere alla correttezza: questo il senso della mia prima precisazione. Ed è qui che anticipo come, risultando assai difficile immaginare una valutazione sulla correttezza delle citazioni positivamente riscontrabili in un saggio, un manuale, un commentario, etc., l'ipotesi metodologica migliore appare essere al riguardo quella della valutazione dei casi di mancata citazione (sulla eventuale base, come fanno i giudici trovandosi di fronte ad una discriminazione, del possibile motivo).

È un percorso incerto e fumoso, non può negarsi; ma qualora si presentino, i casi di "grandi assenze" sono più facili da giudicare di quanto si pensi⁽²⁷⁴⁾.

⁽²⁷²⁾ Concetto che viene attribuito a Comte come se si trattasse di un suo neologismo: cfr. la recensione di F. RANCI a L. GUZZETTI, *La frode scientifica. Normalità e devianza della scienza*, Napoli, 2002, in www.methodologia.it/wp/WP

⁽²⁷³⁾ Sul punto cfr. le osservazioni di L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, spec. la parte prima, pag. 11 e segg.

⁽²⁷⁴⁾ Va precisato che non deve confondersi con il concetto di correttezza qui usato quello del *fair use* della citazione, che riguarda la tutela del diritto d'autore (e dunque le ipotesi estreme del plagio). Permane peraltro il principio della liceità della citazione, purché siano rispettate tutte le condizioni previste dall'art. 70 legge 22 aprile 1941 n. 633. Il senatore Mauro Bulgarelli, in risposta ad una interrogazione parlamentare, in merito alla pretesa della Siae di richiedere compensi per diritto d'autore anche per le attività didattiche, ha chiesto al Governo di valutare l'opportunità di estendere anche in Italia il concetto del *fair use*. In modo inaspettato il governo ha risposto che non è necessaria una riforma legislativa perché già adesso l'articolo 70 della *Legge sul diritto d'autore* va interpretato in senso molto simile al *fair use* statunitense.

3. La distinzione tra tecnica e politica

Queste ultime considerazioni mi permettono di passare facilmente alla *seconda* precisazione, che è quella relativa al quesito sulla possibilità di tracciare una distinzione tra tecnica e politica della citazione.

La risposta non può che essere positiva: non a caso su questa distinzione ho articolato la presente indagine sui sistemi di citazione. Quando si scende dal piano del dover essere alla correttezza deve inevitabilmente spiegarsi quali siano i parametri di quest'ultima, anche se, come anticipato, il giudizio cui si giunge non ha – né potrà mai avere in questa materia – un valore precettivo (perché non esistono sanzioni nel senso proprio del termine), ma al massimo descrittivo, o se si preferisce, sociale. E su questo piano esistono, e tutti noi ne siamo a conoscenza, sanzioni più che adeguate e dotate di un potenziale di effettività maggiore rispetto a quelle giuridiche.

Ora, la mancanza di correttezza della citazione può rendersi anzitutto apprezzabile sul piano tecnico, sotto il profilo dell'eventuale errore in cui incorre il soggetto quando attribuisce una posizione ad un autore invece che ad un altro; o quando fa risalire un concetto ad epoche più recenti rispetto a quelle della sua vera elaborazione, etc. Il difetto tecnico, dunque, è dovuto ad un errore di ricostruzione, colpevole in quanto denota parzialità e negligenza nell'indagine, ma non doloso.

Per questo nella parte qui trattata come tecnica mi sono occupata soprattutto delle tipologie della citazione e dell'osservazione di alcuni processi in atto.

La mancanza di correttezza si rende però soprattutto apprezzabile sotto quello che ho definito la politica della citazione, perché è su questo versante che acquista precipuo rilievo il motivo, che, quando non si configura come personale – si tratta di casi rari e che per ovvi motivi eviterò di riportare – assume un significato piuttosto collettivo e sociale, obbediente a strategie di esclusione di gruppo, si intende di parzialità volontariamente perseguita.

A. Tecnica

4. Etimologia e definizioni

Mi si consenta a questo punto qualche osservazione di carattere descrittivo sull'etimologia e la definizione del mezzo tecnico della citazione.

Quanto all'etimologia, può tranquillamente sostenersi che il vocabolo ha ascendenze giuridiche di tutto rispetto, potendosi per esso risalire alla processualistica romana ove citare significa «chiamare in giudizio»⁽²⁷⁵⁾. Anzi, come si legge nei dizionari, il significato giuridico è quello originario, mentre viene indicato come «figurato» (con il che si intende derivato dall'azione del chiamare in causa dinanzi al giudice) quello di «riferire testualmente un passo di un autore, in un discorso o in uno scritto, per suffragare autorevolmente un'affermazione, a titolo di esempio, etc.»⁽²⁷⁶⁾. Nel verbo citare vi è quindi più di un semplice significato evocativo.

⁽²⁷⁵⁾ Cfr. il *Dizionario italiano – latino* di O. BAELLINO, in correlazione con il dizionario latino – italiano di GEORGES – CALONGHI, Torino, 1964.

⁽²⁷⁶⁾ Così il *Grande Dizionario della Lingua Italiana* del Battaglia, vol. III, Torino, 2004, pag. 197. Conferma l'appartenenza al linguaggio «figurato» (cioè derivato) anche l'ordine dei significati riportati dal Badellino, di cui alla nota precedente; distingue, nello stesso senso, tra significato tecnico-giuridico e significato «estensivo» il G. Devoto – G. Oli, *Dizionario della lingua italiana*, ed. 2006-2007, pag. 278.

Quanto alla definizione, che corrisponde oggi al significato figurato sopra evidenziato, non vi è dubbio che essa abbia sempre avuto una sua storica stabilità. Questo è anche il motivo per cui non vi è sostanzialmente evoluzione terminologica del vocabolo: senza pericolo di parzialità, posso quindi limitarmi a riportare la voce del Devoto – Oli, secondo cui la citazione è «riferimento a un testo o a un discorso altrui come prova, conferma o esempio»; o, con una innegabile predilezione per l'accezione oggettiva del termine, che connota in genere gli studi sociologici in materia, la definizione di Leydesdorff, «citations are references to another textual element»; o ancora, disarmante nella sua semplicità, la definizione di Wikipedia: «una citazione è - in senso stretto - una frase che viene riportata da una persona diversa dall'autore».

5. Le funzioni della citazione

Il discorso si fa più vivace ed articolato quando si passa ad analizzare la funzione della citazione, nonostante anche su questo versante vi sia chi nega l'esistenza di serie contrapposizioni dottrinali, a prescindere dal settore considerato.

In proposito mi pare opportuno muovere da una distinzione di base che consente di individuare anzitutto una funzione soggettiva, che potremmo anche definire dialettica, sociale e perché no, in certo senso morale, della citazione. I sociologi ne parlano in termini di «*citations as explanans*», riferita al soggetto che scrive e all'intelaiatura dei suoi rapporti con la comunità scientifica cui appartiene.

A questa funzione si contrappone la citazione «*as explanandum*», cioè oggettiva, riferita al testo della trattazione, che può anche essere definita individuale e propriamente scientifica. Quest'ultima instaura più che un rapporto tra soggetti, un rapporto tra testi, teorie, tesi.

5.1. La citazione soggettiva o *dialettica*

Facendo uso della citazione del primo tipo l'autore rinvia ad altri autori, più o meno autorevoli, più o meno risalenti, per instaurare un dialogo, specie quando vi sia su di una questione una pluralità di orientamenti e prospettazioni, e intenda argomentando avvicinarsi alle une e distanziarsi dalle altre.

Questo tipo di citazione, indubbiamente costruttivo in quanto finalizzato a sostenere le opzioni finali dell'autore, sottintende sempre operazioni di tipo selettivo, il cui corretto svolgimento presuppone un gioco a carte scoperte, perché le tesi contro cui si prende posizione devono essere richiamate e discusse. In altre parole, può dirsi che questo sia il modello basilare e fisiologico, politicamente neutro e moralmente onesto della citazione.

Questo è anche il modello di citazione più frequente, su cui si basano oltre che i saggi e gli studi dotati di originalità ed innovatività, anche i contributi destinati a rassegne e ricostruzioni degli scenari esistenti. Tale modello, infatti, si presta a molteplici utilizzazioni, dalla più creativa alla più descrittiva. A questa tipologia riconducrei le opere dei Commentari e dei Trattati; e questa è la tipologia ulteriormente articolabile in sotto-funzioni: citazione per distinzione, ovvero critica; citazione per rafforzamento, ovvero adesiva, etc.

Il pregio di questa tipologia di citazione è la neutralità; ma tale neutralità si presenta a sua volta assai difficile da difendere o da mantenere, perché il suo limite consiste nella parzialità, con cui si intende non tanto il contraddirsi una tesi perché non la si condivide (perché si è detto che questa tipologia di citazione si nutre delle selezioni argomentative), quanto il non considerare,

ignorandolo, l'autore che ha trattato il medesimo tema assumendo al riguardo una sua specifica posizione.

Parlare della parzialità come di un limite non deve indurre a fraintendimenti: a chi obiettasse che la parzialità è in certa misura ineliminabile, perché con l'escluderla di principio si instaurerebbe un *erga omnes* obbligatorio delle citazioni, dunque un meccanismo automatico che nuocerebbe alla ricerca stessa intesa come libertà di leggere e di dialogare con chi si vuole, rispondo rinviando alla seconda parte della presente relazione ove si dice come la necessità del richiamo "qualitativo" si intreccia talora con quella del richiamo "quantitativo", il quale a sua volta non può ritenersi completamente libero, se non nei limiti in cui deve scontarsi che esistano bacini di interlocutori necessari individuati in base all'argomento ed alla autorevolezza.

Ad esempio, l'*opzione di dialogo* su di un determinato argomento non implica che si citino tutti gli autori che hanno trattato quell'argomento. Al tempo stesso, però, l'*opzione di dialogo* richiede che, individuata dall'autore una fascia di interlocutori (sulla base dell'età, o del rapporto scientifico da essi intrattenuto con l'oggetto della trattazione), per coerenza si citino gli autori che rispetto all'argomento si collocano in una dimensione paritaria ai già citati.

Ciò che in definitiva intendo sostenere è che, ristrette le coordinate di riferimento per l'individuazione (più che delle presenze) delle assenze di citazione, riguardate come anomalie o disequilibri interni alla trattazione, la parzialità della citazione non coincide con qualsiasi omissione ma solo con l'omissione illustre o necessitata, l'omissione visibile, l'omissione che parla da sola.

Ad esempio, qualora si parli di concetto di interesse collettivo (o di rapporto tra contratto e organizzazione) l'assenza di citazione di Persiani si risolve in un chiaro vizio di parzialità, giacchè per certi istituti o temi del diritto del lavoro non è possibile (pena la carenza di una reale dialettica) non tener conto del marchio "individuale" che li contrassegna (²⁷⁷).

5.2. La citazione oggettiva o *scientifica*

Consapevole che la distinzione proposta ha un valore astratto, essendo finalizzata a individuare modelli strumentali alla valutazione dell'attuale sistema delle citazioni, ho pensato di definire citazione oggettiva o scientifica quella in cui il riconoscimento del debito intellettuale nei confronti della dottrina precedente è più linearmente funzionale ad un discorso di costruzione e accumulazione del sapere. Alludo qui precisamente al valore del richiamo non all'autore in sé (quale soggetto) ma all'elaborato degli autori precedenti quale parametro per calcolare il *quantum* di originalità/innovatività della tesi successiva nel tempo. Concernendo più il testo o il concetto o l'istituto che l'autore, tale richiamo tollera anche forme implicite, naturalmente nella misura in cui la riconoscibilità del marchio d'origine lo consenta, riducendo al minimo il rischio dell'errore di attribuzione.

In questo caso la citazione vale per il suo contenuto oggettivo quale punto di partenza per misurare l'evoluzione nell'elaborazione del concetto o istituto e tesi in esame. Con essa è possibile determinare il *quid pluris* (il valore aggiunto) dell'elaborazione attuale nei confronti della precedente.

(²⁷⁷) Così G. GIUGNI per la teoria dell'ordinamento intersindacale, etc.

In genere, una citazione del tipo oggettivo scientifico racchiude o incorpora la necessità di una citazione dialettica di tipo parziale-individuale, ove la parzialità si giustifica per la sua funzionalità a procedere lungo il cammino da altri intrapreso individuando nuovi punti di arrivo.

Questa citazione, nei fatti, si presenta assai meno diffusa della precedente, in quanto presuppone un'elaborazione costruita non solo su di una scelta argomentativa (come nella dialettica, nella quale ci si può limitare a scegliere, argomentando in proprio, una o l'altra tesi), ma su di una prospettiva innovativa: e questo si verifica quando il discorso, più o meno logicamente serrato, tende ad utilizzare superandole in una nuova visione le teorie precedentemente formulate, in vista di un obiettivo scientifico che corrisponde ad un ordine di sistemazione superiore.

In termini hegeliani, questa tipologia di citazione è finalizzata ad una sintesi del preesistente, dunque si tratta di una forma di citazione prodromica ai salti di qualità, più frequente negli scritti meno recenti, e che per la sua valenza qualitativa, come anticipato, tollera meglio della precedente le situazioni di parzialità, anche acuta.

Il suo limite quindi è solo negativo, e coincide con le forzature e la lettura incompleta o troppo disinvolta della tesi da cui si muove. Ad un livello inferiore, potremmo dire che il limite di questa citazione è il plagio, cioè l'attribuzione al proprio discorso di spezzoni o passaggi già individuati da altri autori e a loro non riconosciuti.

Vero è che in questo tipo di citazione non vi è il problema dell'autoreferenzialità, perché è la stessa struttura del discorso, che si pone come scientificamente attendibile e metodologicamente rigoroso, ad escludere che possano farsi a cascata o a ripetizione continui richiami a se stessi a al proprio *entourage*: nel mero o ossessivo richiamo a proprie posizioni precedenti vi è infatti la negazione stessa dell'innovatività e della originalità della tesi. Insomma, è la qualità stessa di questo tipo di citazione ad escludere l'autoreferenzialità. Con la conseguenza che le trattazioni eccessivamente autoreferenziali si inseriscono di necessità (si intende ontologicamente) tra le elaborazioni di carattere più che altro descrittivo. Quasi a dire che è il tipo di citazione che fa l'opera, perché è il tipo di citazione che consente e guida la costruzione del percorso argomentativo.

A questo livello di discorso pare consentito ricondurre gli autori che, sulla base del riconoscimento implicito ed oggettivo da parte della comunità scientifica di determinate tesi e letture, evitano quasi in assoluto le citazioni o si limitano a pochi sapienti accenni⁽²⁷⁸⁾. Si è appena detto che la originalità/innovatività dell'argomentare esclude la necessità della citazione, se non sotto forma di riconoscimento (che può essere anche隐含的) del complessivo *acquis* scientifico da cui si muove. Ciò non sorprende ed anzi va interpretato come garanzia di democraticità nell'approccio alla materia: siamo qui agli antipodi delle ricostruzioni in chiave evolutiva di percorsi che richiedono necessariamente citazioni.

5.3. Sulla esistenza di una eventuale dimensione *mora*le ed *estetica* della citazione

Sulla base di quanto finora osservato, dovremmo propriamente escludere l'esistenza di una dimensione "mora"le della citazione. Si tenga conto che già la correttezza della citazione dialettica

⁽²⁷⁸⁾ Essenziali nelle citazioni sono gli autori che accolgono implicitamente le tesi altrui e sviluppano l'argomentazione in senso soprattutto oggettivo, evitando l'intercalare dei rinvii ad opere esterne e precedenti. È una purezza di conduzione del discorso che non corre il rischio della parzialità e che si sottrae alla valutazione delle irrazionalità o distorsioni di citazione di cui si dirà in seguito.

implica in sé la necessità del riconoscimento del debito scientifico che lega tra loro gli studiosi ed in particolare le diverse generazioni.

Inoltre, come per la citazione dialettica e soggettiva, la mancanza di "moralità" nella citazione finisce con il potersi individuare soprattutto al negativo, con il concorso di diversi fattori: ad esempio, l'importanza e l'autorevolezza dell'autore che non viene richiamato in un passaggio fondamentale dell'opera, mentre vengono richiamati altri autori unanimemente riconosciuti come meno importanti o anche semplicemente più recenti rispetto alla tematica trattata; o il mancato riconoscimento di paternità che sono pacifche per tutta la comunità scientifica e che vengono invece disinvoltamente trascurate (con ciò ripetiamo quanto detto *supra*).

Non è poi detto che la citazione (o la mancata citazione) di carattere morale abbia *tout court* un significato politico. Peraltro dobbiamo ancora intenderci su cosa significa politico. La connessione ideologica di determinate scelte sicuramente entra nella composizione dell'aggettivo (da questo punto di vista altamente significativa è la letteratura giuridica sul contratto a termine). Ma può anche succedere, e sicuramente è pessimo segno, che la scarsa "moralità" della citazione intesa come disconoscimento di paternità di tesi e teorie derivi da scarsa informazione e conoscenza superficiale del tema. Ciò che potrebbe dirsi è immorale dal punto di vista puramente scientifico.

Se non morale, esiste invece sicuramente una funzione estetica della citazione: si pensi alle citazioni collocate all'*incipit* dei propri saggi e lavori per meglio introdurre il lettore nell'atmosfera del brano che si svilupperà in seguito. Tale funzione non richiede necessariamente il richiamo ad autori appartenenti allo stesso settore scientifico del tema oggetto della trattazione; anzi spesso si realizza giustapponendo il richiamo ad un "estaneo", ad esempio un letterato od uno storico in un saggio giuridico. Può anche trattarsi di un autore passato alla storia (Carnelutti, Messina, Bassi, etc.).

Naturalmente, la tipologia di citazione in questione sottintende pur sempre il richiamo ad un autore, non ad un'immagine o ad una situazione, perché in quel caso si dovrebbe parlare di metafora, la quale è figura retorica ben conosciuta, in sé contenente una similitudine abbreviata.

Non è escluso che qualche citazione svolga il ruolo di mera metafora.

6. Il ruolo della parità o disparità degli interlocutori

A prescindere dai contenuti materiali della citazione (²⁷⁹), è bene soffermarsi, se si vogliono applicare i modelli di citazione sopra individuati e proposti al diritto del lavoro attuale, su alcune ulteriori distinzioni.

(²⁷⁹) Di cui non posso che occuparmi in nota, e che possono essere di rilievo sia in sé e per sé, sia in quanto indicativi talora della tipologia di appartenenza delle citazioni di cui si discute nel testo: ad esempio la citazione oggettivo-scientifica difficilmente potrà essere una citazione breve e formale, ma richiederà il richiamo esplicito a parti del testo dell'autore o degli autori da cui si prendono le mosse. Quanto poi ai diversi sistemi grafici di citazione, rinvio al volumetto di U. Eco, *Come si fa una tesi di laurea*, ed al *Chicago Manual of Style*, su cui le osservazioni di F. DELL'ORSO, in <http://www.aib.it/aib/contr/dellorso1.htm>, ove indicazioni preziose sui metodi di schedatura etc.

La citazione soggettivo-dialettica, ad esempio, acquista un ben diverso significato se è funzionale ad instaurare un dialogo tra autori pari (per età, autorevolezza, etc.) o dispari.

Giacchè la questione della citazione investe in gran misura i giovani nel loro rapporto con i padri e con la tradizione, non ci si può nascondere che nelle lunghe (ma non per questo sempre imparziali) citazioni in cui si prodigano i dottorandi e i ricercatori nelle loro prime opere vi è spesso una mancanza di selettività tra gli autori e qualche confusione nell'attribuzione di tesi e conclusioni⁽²⁸⁰⁾. Si tratta degli inconvenienti di un dialogo tra "dispari".

Su questo versante il dato innegabile (anche perché lapalissiano) è che le citazioni tra i pari di autorevole livello conducono quasi sempre a citazioni del miglior tipo, cioè oggettivo – scientifico; mentre la situazione delle citazioni giovanili desta qualche motivo di preoccupazione in quanto esse, come visto, o risentono della difficoltà del recupero di parità o, se abbandonano il carattere dispari scendendo a rinvii a scritti e autori contemporanei, finiscono con l'inflazionare il valore della citazione, infondendole un rilievo meramente compilativo quando non tralaticio, di scarsa utilità per gli stessi fruitori dell'opera.

È questo un processo degenerativo che, al pari dell'autoreferenzialità, conduce i giovani a fuggire dalle citazioni dispari, probabilmente le più impegnative, verso le citazioni pari, ma di inferiore efficacia quando non parzialità.

La parità viene così riproposta ma a livello inferiore.

7. Processi in atto

Accanto a questioni da sempre esistenti, quale quella della parzialità consapevole e voluta della citazione che sfocia spesso nella esclusione gratuita, lo studio fin qui condotto ci ha consentito di riscontrare l'esistenza di alcuni processi degenerativi in atto, responsabili, più che di scorrettezze vere e proprie nell'uso della rete di citazioni (*citation network*), di una generalizzata diminuzione del valore intrinseco del sistema dei rinvii.

Si tratta di processi collettivi, e segnatamente:

- a) dello spostamento verso il basso del livello di parità tra gli interlocutori (v. paragrafo precedente), con riduzione dei rinvii autorevoli ai maestri della propria scuola;
- b) della contemporaneizzazione del sistema di citazioni che, in parallelo con la parificazione degli interlocutori, implica la tendenza ad uno sviluppo in orizzontale della rete di richiami (da qui la conseguenza dello sviluppo in senso descrittivo più che dialetticamente argomentativo del testo delle opere, in una con la diminuzione dello spessore della ricostruzione storica retrostante);
- c) dell'aumento, con la produzione giovanile a scopi concorsuali, della citazione tralatica (le citazioni come somma di meri elenchi di nominativi, senza personalizzazione e riconoscimento preciso del debito intellettuale; le citazioni di citazioni);
- d) del dilagare, per motivi diversi, si ripete non necessariamente politici (ovvero voluti: v. *infra*), dei difetti di parzialità ed autoreferenzialità delle citazioni.

⁽²⁸⁰⁾ Il difetto della eterogeneità e della lacunosità della citazione, che molto spesso è più di conoscenza che di imparzialità, è ravvisabile come noto in un buon numero di opere monografiche di giovani dell'ultima generazione.

B. Politica

8. Dalla tecnica alla politica: il controllo della irrazionalità/anomalia della selezione

Se quanto finora osservato appartiene alla tecnica della citazione, quale significato è possibile assegnare alla "politica" della stessa?

Premetto che l'uso di questo sostantivo è affatto improprio, per quanto sia difficile macchiarci di improprietà rispetto ad un concetto così onnicomprensivo. Comunque mi pare chiaro che in questa relazione il riferimento ad una dimensione "politica" della citazione deve essere inteso come limite alla oggettività del sistema dei rinvii. In altre parole, ho qui inteso come politico quello che si presenta "volutamente" in connessione con un determinato motivo (e con l'eccezione del motivo scientifico che dovrebbe reputarsi sempre vincolante).

È altrettanto chiaro che il voluto non produce sempre un effetto patologico (o una distorsione del sistema), in coerenza con quanto sostenuto all'inizio quando si è escluso un *dover essere* della citazione.

Il voluto tuttavia, quando produce una selezione al negativo (ovvero produce parzialità), tale da poter essere apprezzata come irrazionale dalla comunità scientifica di appartenenza, può contraddirsi quel principio di correttezza, che non è certo quello giuridico di cui al libro IV del codice civile, ma quello sociale collettivo che legittima sanzioni e reazioni *sui generis*.

Ci si può chiedere a questo punto cosa significhi "irrazionalità" della citazione.

8.1. Gli indicatori di irrazionalità

Il giudizio sull'irrazionalità della citazione non può essere un giudizio individuale, ma collettivo; né può essere un giudizio sganciato da parametri di tipo oggettivo, sul quale a sua volta sia possibile effettuare un controllo.

Gli indicatori sono essenzialmente quattro⁽²⁸¹⁾.

Li elenco in ordine di importanza.

Il *primo* è l'oggetto della trattazione (il testo, il tema): tra gli autori che si occupano del medesimo argomento si instaura una relazione, che oscilla tra il sociale e lo scientifico. È il legame del tema, quello che si sprigiona dalla materia trattata, a fornire il miglior indicatore delle anomalie "politiche" (che all'esterno possono anche apparire come mere selezioni scientifiche) di valenza squilibrante. Il dato dell'assenza può infatti essere riscontrato solo in connessione con l'argomento trattato.

Il *secondo* indicatore concerne la scelta del tipo di citazione. Vero è che questa scelta è meno ampia di quel che sembra. Solo chi riesce ad attingere al piano dell'elaborazione scientifica "alla pari" con coloro che a quel livello ed in quella elaborazione l'hanno preceduto può permettersi il mezzo della citazione scientifica in senso stretto; nella stragrande maggioranza dei casi gli studiosi sono condannati alle citazioni di tipo dialettico.

⁽²⁸¹⁾ Probabilmente vi è un'assonanza con il "cubo" di indici elaborato nel contesto della teoria della citazione di matrice sociologica («the citation cube, with dimensions of normative compliance, symbolic consensus and disinterestedness»: ROBERT K. MERTON)

Comunque sia, per ciascun modello di citazione individuato si dà una possibilità di utilizzazione "politica":

- 1) la citazione dialettica è politica non in sé e per sé, ma nelle motivazioni della sua eventuale parzialità, a tale giudizio giungendosi dopo aver fatto una stima precisa delle esclusioni;
- 2) la citazione logico-scientifica è la più aliena dall'uso politico, in altre parole potremmo anche dire che è la più pura (salvo che coincida con un'opzione di base che induca ad escludere aprioristicamente alcuni autori).

Il *terzo* indicatore è la tipologia dell'opera. Ci sono opere che più di altre possono considerarsi vincolate alla citazione completa (trattati, commentari, manuali, rassegne di dottrina, etc.). La monografia è il genere più libero, da tale punto di vista. Ma proprio per questo il grado della sua accettazione e la sua potenzialità di penetrazione nella comunità scientifica di riferimento dipendono dalla sua capacità di interazione dialettica con gli autori precedenti e contemporanei.

Il *quarto* indicatore è infine la cronologia che, se può talora valere a giustificazione delle esclusioni delle citazioni di contemporanei, a maggior ragione e sempre rafforza il vincolo della risalenza e del riconoscimento del valore dell'elaborazione precedente.

9. I dati: assenza di citazione, esclusione, discriminazione

Non ci resta che individuare alcuni dati su cui lavorare, applicando la chiave di lettura della irrazionalità come distorsione del discorso scientifico.

Per semplificare al massimo l'indagine si sono isolati due dati, sulla base della loro ricorrenza ed ineluttabilità di riscontro:

- l'assenza di citazione (l'esclusione *motivata*)
- l'autoreferenzialità.

La riconducibilità di tali dati alla politica della citazione va valutata alla luce degli indicatori richiamati nel paragrafo precedente.

Muoviamo dunque dall'assenza di citazione.

Quando essa acquista il significato di esclusione?

Quando, anzitutto, il tema ed il tipo di citazione prescelta la richiederebbero.

Quando la parzialità è tale da apparire ampiamente irrazionale.

Quando la parzialità acquista un rilievo collettivo (riferendosi ad un gruppo o ad una scuola).

In tale ultimo caso più che l'assenza del richiamo al singolo autore, quel che vale a connotare in senso politico il giudizio è la ricorrenza negativa delle citazioni, che possono risolversi in vere e proprie strategie dell'esclusione, definibili come tali in quanto non supportate da alcun reale motivo scientifico.

Specificando ulteriormente può dirsi che la valutazione del significato dell'assenza è in ultimo affidata, così come avviene per il giudizio sull'esistenza della discriminazione, ai motivi ovvero alle finalità dell'utilizzo delle esclusioni.

Ma, giacché non è mai agevole ragionare sull'elemento soggettivo, è chiaro come possa essere difficile trarre conclusioni, pur all'interno della nostra non quantitativamente illimitata comunità scientifica, sulla base delle mere ricorrenze delle citazioni.

L'assenza nelle citazioni di alcuni autori è dunque sempre una parzialità voluta? Chi ci assicura che non si tratti di una parzialità casuale (e allora denotante un'insufficiente informazione sul piano storico-scientifico)?

10. (Segue): autoreferenzialità (*self-citation*)

L'indagine sulla ricorrenza dell'autocitazione è assai più semplice, per due motivi:

- a) è pur sempre un dato positivo;
- b) è apprezzabile in termini soprattutto quantitativi.

Dell'autoreferenzialità si danno due tipologie: l'individuale e la collettiva.

La prima, salvo episodi di auto-validatione, per lo più risponde ad esigenze di economia e semplificazione e si giustifica sul piano della citazione scientifica, come già sottolineato, in funzione della continuità della ricerca o anche del mero ampliamento del contenuto del saggio.

La seconda (riferita all'appartenenza ideologica o di scuola) è invece la chiave utilizzata per l'individuazione delle anomalie e irrazionalità di citazione delle opere collettanee e delle riviste.

I risultati⁽²⁸²⁾ possono dedursi nelle tabelle allegate alla presente relazione: certo fra tutte l'autoreferenzialità più legittimabile è ancora una volta quella legata alla necessità tematica, che è una necessità oggettiva e scientificamente apprezzabile. Ad esempio, sarà razionale auto-citarsi ove, dopo aver pubblicato una monografia su di un argomento, si tratti in un saggio *a latere* di un profilo di quell'argomento.

Resta però sempre difficile legittimare, anche su base oggettiva, la sproporzione quantitativa (rispetto al numero degli altri autori citati) degli episodi di auto-citazione.

11. La combinazione dei dati con i motivi (appartenenza ideologica e di scuola; età; sesso): ipotesi di studio

Del rilievo astratto ma determinante dei motivi si è già detto; così si è più volte ribadito che è il motivo (dell'anomalia della citazione) che denota l'esistenza di una opzione politica retrostante la selezione effettuata.

Ora si tratta di passare agli esempi, nei quali si è tenuto conto della combinazione reciproca dei dati sopra isolati; degli indicatori di opzione; dei motivi.

Si sono predisposte due prime tabelle, nelle quali si sono analizzati:

- 1) i richiami degli autori dei manuali da parte di altri manuali;

⁽²⁸²⁾ Dei quali, sono consapevole, potrebbe a loro volta eccepirsi l'incompletezza: vero è che in un'indagine di questo genere è gioco-forza accontentarsi di dati che fungono da campione. L'impressione che è andata via via facendosi più netta è tuttavia quella per cui i dati raccolti, nonostante l'inevitabile parzialità quantitativa, risultano alla fine significativi.

2) la distribuzione delle citazioni nelle riviste.

11.1. I manuali

Per quanto concerne i manuali⁽²⁸³⁾, l'indagine ha potuto svolgersi prescindendo dalla scrinante dell'oggetto (data la tipologia dell'opera che è destinata a raccogliere un numero *standard* e ripetitivo di contenuti), della cronologia (trattandosi di opere costantemente aggiornate per cui non è possibile invocare il fattore temporale a spiegazione delle opzioni di citazione) e finanche dal tipo di citazione (configurandosi questa come necessariamente soggettiva-descrittiva).

Il primo elemento valutato è stata la selettività (intesa come parzialità) ovvero la distribuzione delle citazioni, che ci ha consentito di distinguere tra manuali aperti, ovvero in costante interscambio con la comunità scientifica di riferimento, e manuali chiusi.

Il dato della tendenziale chiusura o selettività è stato poi combinato con quello della *self-citation*: questa appare tanto più tollerabile quanto più aperto e neutrale si rivela l'impostazione degli autori (sia consentito un richiamo in "positivo" al manuale di *Diritto sindacale* di GIUGNI, che non contiene alcuna auto-citazione degli scritti dell'autore⁽²⁸⁴⁾, neppure laddove si descrive la teoria dell'ordinamento intersindacale!).

Infine, il dato della distribuzione è stato ulteriormente valutato in relazione alle esclusioni/riduzioni e alle relative irrazionalità e sproporzioni di tipo comparativo.

Per i commentari, le opere collettanee, etc. l'approccio utilizzabile è identico: una volta azzerato il rilievo scrinante del tema e della tipologia della citazione, gli indicatori di valutazione sono gli stessi, con l'unica marginale eccezione della cronologia. Della edizione in successione delle opere di questo tipo non può infatti non tenersi conto ai fini del giudizio sulla distribuzione delle citazioni⁽²⁸⁵⁾.

11.2. Le riviste

Quanto alle riviste sussistono due fattori di specificità.

Anzitutto per esse riveste notevole importanza non solo la selezione che si realizza *a valle* in ordine al modello prescelto di citazione, ma anche la selezione *a monte*, che concerne gli autori i cui scritti vengono "accolti" e pubblicati. Emblematico il controllo affidato agli "incappucciati" destinato a presidiare la soglia di accesso al *Giornale*, pur se in questo caso il giudizio ha sempre avuto ad oggetto il valore scientifico dei contributi.

Questa selezione *a monte* determina poi una serie di reazioni su di un altro piano, nel senso che la sua eventuale connotazione vuoi ideologica vuoi di scuola tende ad escludere gli appartenenti

⁽²⁸³⁾ Tra i quali è stato necessario fare una selezione, sulla base della ricorrenza di adozione e del livello di aggiornamento (ma chi, tra gli esclusi, fosse interessato all'inserimento, potrebbe fare richiesta per una valutazione che verrà condotta nei modi descritti nel paragrafo 11).

⁽²⁸⁴⁾ Con l'eccezione di un richiamo a G. GIUGNI, P. CURZIO, *Commento all'art. 19*, che compare nella bibliografia generale (v. il manuale cit., ed. 2006, pag. 288).

⁽²⁸⁵⁾ Questo è il motivo per cui si è ritenuto opportuno non proporre una tavola sinottica degli intrecci di citazione con riferimento ad esempio ai *Commentari* della riforma operata dal D. Igs. n. 276/2003, potendo la contemporaneità delle singole edizioni indurre ad errori di valutazione (a parte il commento sulle Nuove leggi civili commentate e le riedizioni, tutti i commenti recano come anno di pubblicazione il 2004).

a gruppi diversi e al tempo stesso innesca le auto-esclusioni. In tal modo si rinsalda la circolarità tra "accolti" e "citati".

Il secondo fattore di specificità consiste nella connotabilità in senso collettivo del motivo della selezione, sulla base di quanto appena osservato.

Si intende, tanto la connotabilità in senso ideologico o di scuola, quanto la necessità della selezione a monte non pesano come elementi direttamente negativi: l'opzione di dialogo e di citazione, si è più volte ricordato, è libera.

Possono però diventare elementi negativamente condizionanti la valutazione laddove la parzialità della selezione venga travestita di valore scientifico. È la mistificazione del voluto come oggettivo che desta infatti preoccupazioni.

12. Percorsi applicativi

In sintesi, le chiavi di lettura utilizzate sono state principalmente due.

La prima, come più volte ricordato, è la selettività o meno nella scelta dei referenti scientifici (indice altresì definibile come modalità di "distribuzione"), che acquista tuttavia un significato solo se "contestualizzata" all'interno di un sistema comparativo di rinvii, giacché deve darsi per scontato che la selezione implica una qualsiasi opzione privilegiata di dialogo non può essere a priori oggetto di valutazione.

Per questo non si è ritenuto opportuno sottoporre a lettura critica i lavori di carattere monografico, pur se si riconosce che sarebbe astrattamente possibile e qualche volta anche utile, considerato il valore aggregante delle similarità tematiche.

La seconda chiave è la autoreferenzialità, intesa sia come la citazione di se stesso o, in senso allargato, dei componenti della propria scuola o gruppo di appartenenza.

L'indice della selettività è stato quindi combinato con quello della auto-referenzialità, ciò che ha consentito di individuare, all'interno dei diversi contesti di citazione analizzati, più linee di intersezione dei rapporti, talora scientifici, spesso personali, che retrostanno alle ipotesi di inclusione/esclusione dal sistema.

Da qui alla valutazione del motivo il passo è breve, pur se si tratta di valutazione che resta assai delicata, per comprensibili ragioni.

13. Rilievi conclusivi

A fronte dell'attuale massiccia preponderanza dell'esigenza della razionalizzazione su quella dell'innovazione, la tecnica della citazione diventa sempre più importante ed inevitabilmente sempre più esposta a tentazioni di uso strumentale e politico.

I nemici da cui è necessario che il giurista si guardi sono gli opposti della selettività causale e ideologica da un lato e della a-selettività di tipo tralaticcio quantitativo, d'altro lato.

Se la prima è responsabile di alcune delle più vistose anomalie e irrazionalità, la seconda affligge, al contrario, i lavori dei giovani, ove spesso l'alluvionale richiamo ad autori accomunati solo dal fatto di aver trattato lo stesso tema tende ad oscurare il legame fondamentale dell'ascendenza scientifica.

In particolare, nel passaggio generazionale la citazione sembra indulgere a logiche sempre più quantitative, implicanti un processo di inflazione interno al diritto del lavoro che svaluta l'unità di misura, ovvero la pagina scritta ed il suo valore intrinseco.

Non si tratta solo di riscontrare che un certo tipo di discorso scientifico non è più proponibile, per difetto di nuovi spazi da conquistare, quanto piuttosto di sottolineare che l'eccesso quantitativo che è all'origine degli attuali mali (università di massa; monografie di massa; citazioni prolisse e squilibrate) accentua gli squilibri qualitativi già esistenti, ovvero i processi degenerativi già in atto.

Ad esempio quello dell'instaurarsi di una serie di dialoghi su di un livello di minor valore sul quale gli autori si scambiano letteralmente la maggior parte delle citazioni, magari dimenticando il padre della teoria analizzata; oppure quello dell'autoreferenzialità nelle sue diverse versioni, tanto più imperdonabile quanto più descrittivo è l'elaborato.

Senza considerare le obiettive difficoltà di estendere l'ambito della propria informazione a tutta la produzione scientifica esistente, da cui discende un incontrollato aumento della parzialità casuale (non si cita perché non si vuole ma perché non si conosce).

L'ombra lunga delle citazioni: le conseguenze sulle politiche di finanziamento e di reclutamento

(Marina Brollo)

1. L'ombra lunga delle citazioni

In primo luogo mi complimento con gli organizzatori per la scelta del tema che si ricollega alle precedenti edizioni dei seminari di Bertinoro, non soltanto alla terza sulle scuole (del 2007), ma come cercherò di chiarire anche alla seconda sulle politiche di reclutamento (del 2006). Il mio intervento prende spunto dal brillante lavoro dell'amica Fiorella Lunardon che segnala l'esistenza di un processo di deterioramento dell'atto di citazione e soprattutto che avverte come la tecnica delle citazioni sia esposta alla tentazione di un uso strumentale e politico. Alle tentazioni denunciate con coraggio da Fiorella vorrei aggiungerne una ulteriore che, per ora (ma le cose potrebbero cambiare), risulta estranea all'area giuridica: l'uso delle citazioni come criteri per distribuire risorse umane e finanziarie.

Per tratteggiare l'ombra lunga delle citazioni sulle politiche di finanziamento e di reclutamento è opportuno prendere le mosse dal senso della citazione. Per i sociologi⁽²⁸⁶⁾, le citazioni sono "la moneta" della scienza: si cita per pagare un debito intellettuale ma, allo stesso tempo, per far sì che tutti si accorgano che si ha un credito in termini di approvazione e di riconoscimento da parte della comunità scientifica. Se così è, la citazione è una moneta di "piccolo taglio", dato che citare costa poco, ma dotata di un elevato potere d'acquisto simbolico, quindi il rimando agli altri autori

⁽²⁸⁶⁾ A partire dal saggio di R.K. MERTON, *La struttura normativa della scienza*, del 1942, ristampato in traduzione italiana in R.K. MERTON, J. GASTON (a cura di), *La sociologia della scienza in Europa*, ed. it. G. Carboni (a cura di), Milano, 1980, pag. 349 e segg. Per considerazioni di tipo economico si rinvia a E. RULLANI, *Economia della conoscenza: creatività e valore nel capitalismo delle reti*, Roma, 2004; M. STRASSOLDO (a cura di), *L'azienda Università*, Torino, 2001.

rappresenta un nodo di connessione ai membri della comunità scientifica. Ma i nodi, si sa, si possono contare, da qui l'idea, nata in America negli anni '50, di "contare la scienza", computando non solo le pubblicazioni di un autore (287), ma anche le citazioni che riceve il suo lavoro. Coltivando quest'intuizione prende il via, specie all'estero, un filone di studi bibliometrici sulla misurazione del valore della letteratura scientifica con indicatori di tipo statistico-quantitativo che attribuiscono un valore "sociale" al fatto delle citazioni e alla loro numerosità (288).

Alla base dell'idea di costruire un indice di citazioni c'è la convinzione che la produzione scientifica di un autore è tanto più elevata, importante, rilevante, insomma di qualità, quanto più è letta e quindi citata. Sicché, il conteggio della *quantità* delle citazioni permette di valutare la *qualità* della scienza. In questa prospettiva, il numero di citazioni che una pubblicazione riceve permette di pesarne il valore e sommando le citazioni per ogni pubblicazione di misurare il merito di un ricercatore o il prestigio di una struttura di ricerca.

L'intuizione coltivata da Eugene Garfield, ricercatore ed imprenditore nel campo della scienza dell'informazione (289), ha portato alla costituzione dell'ISI (*Institute for Scientific Information*) di Philadelphia, ora divenuta *Thomson Reuters*, una società privata che ha creato diversi archivi, aggiornati sistematicamente, che permettono di valutare con diversi gradi di approssimazione e complessità, l'impatto della ricerca pubblicata sulle riviste scientifiche, dei ricercatori che la pubblicano e delle istituzioni che li ospitano.

L'idea di indicizzare le citazioni è concettualmente semplice, la novità rispetto alla tradizionale ricerca bibliografica tramite repertori è che le citazioni possono essere interrogate "alla rovescia", cioè in avanti anziché all'indietro: si possono contare quanti richiami da parte di altre pubblicazioni successive ottiene un articolo, un saggio o, nel complesso, un autore. Solo che questo indice di citazioni (o *citation impact*) richiede un calcolo complesso, impegnativo e costoso ed allora si congegna una scorciatoia: ci si limita a misurare l'impatto citazionale delle (sole) *riviste*, cioè si conta la frequenza di citazioni dell'intera rivista; senza tener conto né dei singoli articoli, né dei libri. Il più vecchio e noto di questi indici è l'*impact factor* (IF) o indice di impatto citazionale che ha più di 50 anni e più di qualche ruga, ma resta l'indice più usato.

L'IF misura la frequenza con cui vengono citati gli articoli pubblicati da una rivista e sulla base di questo si compila la classifica mondiale delle riviste considerate più prestigiose. Premesso che la scelta delle riviste è discrezionale a cura della stessa ISI-Thomson Reuters, la lista comprende per lo più riviste di lingua inglese, in larga parte dell'area anglo-americana, essenzialmente delle aree scientifico-tecnologiche, specialmente nelle scienze naturali e nelle scienze della vita, con una

(287) Per i dati sulle pubblicazioni v., segnalato da F. GIAVAZZI, *Chi ha paura del sorteggio*, in *Corriere della Sera*, 8 novembre 2008, pag. 1, "Publish or perish" che utilizza i dati di *Google Scholar* ed è disponibile sul sito www.harzing.com.

(288) Per una rassegna al 2005 si rinvia a N. DE BELLIS, *La citazione bibliografica nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, in <http://www.bibliotecheoggi.it/content/CITAZIONE.pdf>; V. anche C. REVETTI, *La valutazione quantitativa delle citazioni bibliografiche*, in *Bibl. oggi*, 1997, n. 1, pag. 36 e segg.; R. MORIELLO, *L'indice di Hirsh (h-index) e altri indici citazionali dopo l'impact factor*, in *Bibl. oggi*, 2007, n. 1, pag. 23 e segg.; A. DE ROBBIO, *Analisi citazionale e indicatori bibliometrici nel modello Open Access*, in *Boll. Ass. It. Bibl.*, settembre 2007, vol. 47, n. 3, pag. 257 e segg. Per la consulenza sul materiale bibliografico ringrazio la dott. Elisabetta Farisco, direttore della Biblioteca di Economia e Giurisprudenza dell'Università di Udine.

(289) Rinvio alla *home page* del suo sito: <http://garfield.library.upenn.edu/>, fondatore nel 1960 e Presidente emerito dell'ISI (*Institute for Scientific Information*) divenuto nel corso degli anni '90, Thomson Reuters con sede a Philadelphia, (U.S.A.).

irrilevante presenza di quelle delle aree umanistiche e delle scienze sociali. Queste ultime, appaiono indifferenti alle lusinghe della bibliometria, vuoi per tipo di ricerca, metodo e forme di comunicazione, vuoi per tipo diverso di citazione (²⁹⁰).

Se così è, perché occuparsene nell'ambito di un seminario fra giuristi, cioè fra studiosi del settore delle scienze sociali? Non soltanto per curiosità intellettuale, ma in quanto l'attuale Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Mariastella Gelmini, con la recente nota, datata 5 settembre 2008, ha richiesto alle 14 aree disciplinari rappresentate nel Comitato Universitario Nazionale (CUN), fra le quali anche la nostra (la 12–Scienze Giuridiche), di proporre degli indicatori di qualità sia per i diversi livelli concorsuali sia per distribuire i finanziamenti. Il CUN, presieduto da Andrea Lenzi (professore ordinario di endocrinologia), ha raccolto la sfida impegnandosi ad elaborare, in tempi brevi, indicatori di qualità relativi ai diversi livelli concorsuali, rinviando ad un secondo momento quelli per la valutazione della distribuzione delle risorse finanziarie (probabilmente anche con l'intento di non spostare troppo in avanti la già ritardata partenza del bando 2008 dei progetti di ricerca di interesse nazionale c.d. PRIN). Pertanto, è opportuno che i giuristi incomincino a riflettere sugli indicatori di qualità della ricerca, considerando anche quello che fanno gli altri, a cominciare dal criterio dell'*impact factor*.

2. L'*impact factor*: uso e abuso

A cosa serve il criterio dell'*impact factor*? Come lo usiamo in Italia? E con quali conseguenze?

A ben vedere, l'indice ha uso proprio di tipo commerciale. È nato negli USA per stimare, sulla base del numero di lettori (contato in base alle citazioni), il valore commerciale delle riviste, e quindi orientare gli acquisti delle grandi biblioteche universitarie americane (affidati non ai docenti, ma ai bibliotecari), nonché indirizzare le politiche degli editori. A conti fatti, l'indice di impatto citazionale serve, specie nei momenti di ristrettezze finanziarie, per scegliere le riviste più utili.

A questo si è aggiunto un uso ulteriore di valutazione dell'importanza della pubblicazione scientifica. L'ipotesi racchiude un vero e proprio salto logico: si attribuisce al lavoro scientifico l'*impact factor* della rivista sulla quale è pubblicato, come se l'indice di impatto della rivista fosse sinonimo della qualità del saggio pubblicato. Quindi, l'*impact factor* della rivista passa automaticamente ai suoi articoli. Se così è, si utilizza un indice piuttosto grezzo, grossolano per misurare la qualità della ricerca. Non sorprende quindi che l'*impact factor* sia molto criticato, anche all'interno della stessa area tecnico-scientifica (²⁹¹). Ma le critiche non frenano un uso improprio dell'indice quale criterio guida per allocare sia le risorse finanziarie (distribuzione di fondi per la ricerca) sia le risorse umane (selezione dei candidati nei concorsi), senza considerare che le due valutazioni, seppur collegate, non sono necessariamente coincidenti.

L'*impact factor*, come ricordato, è un indice arrivato dall'America che sta riscuotendo successo anche in Europa, specialmente nella forma di criterio di valutazione per scegliere i candidati nelle procedure per la nomina in ruolo dei professori e dei ricercatori universitari. In Italia, già da un

(²⁹⁰) Rinvio sul punto a F. LUNARDON, *Tecnica e politica della citazione nel diritto del lavoro, supra*.

(²⁹¹) Per le critiche relative alle possibili distorsioni dell'IF provenienti da un matematico v. A. FIGA'-TALAMANCA, L'Impact Factor nella valutazione della ricerca e nello sviluppo dell'editoria scientifica, intervento al IV seminario Sistema Informativo Nazionale per la Matematica, Lecce 2 ottobre 2000, in <http://siba2.unile.it/sinm/4sinm/interventi/fig-talam.htm>; e da un medico del lavoro, N. MAGNAVITA, *Cinquant'anni di Impact factor. Luci e ombre*, in *Med. Lav.*, 2005, pag. 383 e segg.

decennio, l'art. 2, primo comma, lett. e) della legge n. 210 del 1998, prevede, fra i criteri per valutare le pubblicazioni l'utilizzazione, «ove possibile, di parametri riconosciuti in ambito scientifico internazionale», seppur modificabili ed integrabili con propri regolamenti dalle singole Università (art. 1, secondo comma, stessa legge).

Inoltre, come anticipato, il CUN, sollecitato dal Ministro Gelmini, si è impegnato ad elaborare indicatori di qualità relativi ai diversi livelli concorsuali e alle diverse aree nel senso di fissare gli standard minimi di qualità necessari per uno svolgimento ottimale dei concorsi, mantenendo ferma però l'autonomia degli Atenei nello strutturare i bandi e la responsabilità delle commissioni di concorso. Da ultimo, l'art. 1, settimo comma del decreto legge n. 180 del 10 novembre 2008, per il reclutamento dei ricercatori sulla base dei (soli) titoli e pubblicazioni (compresa la tesi di dottorato) prevede l'utilizzo di parametri, riconosciuti anche in ambito internazionale, individuati con apposito decreto ministeriale, da adottare entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, sentito il CUN.

Da qui una poderosa spinta verso l'utilizzo degli indici di impatto, per cui conviene interrogarsi sulle ragioni del fascino dell'*impact factor* e sulle possibili ricadute del suo utilizzo.

La suggestione di tale indice deriva essenzialmente dal fatto che, essendo un numero⁽²⁹²⁾, cioè una entità astratta che descrive una quantità, è considerato un indicatore di *performance* "oggettivo" e quindi *obiettivo*, cioè sganciato da considerazioni soggettive. Insomma, il suo fascino deriva dall'essere un numero "magico" che permette di misurare un aspetto ritenuto non-misurabile di un bene immateriale: la qualità della ricerca dello scienziato che contendere ad altri lo stesso titolo (o lo stesso finanziamento). Per la sua obiettività è considerato un criterio idoneo a risolvere le ingiustizie concorsuali, in grado di rendere i concorsi universitari meno simili ad una "lotteria" della fortuna, ma con il rischio di renderli simili ad una mera "raccolta di punti IF", con un possibile deterioramento dei metodi e degli stili citazionali oggetto della nostra analisi.

L'uso dell'*impact factor*, infatti, può determinare alcune ricadute negative: un aumento delle citazioni inutili o di quelle volutamente ignorate, un incremento delle c.d. autocitazioni o di citazioni incrociate, un potenziamento della rivista in cui si intende pubblicare, una espansione della lunghezza degli articoli, una diminuzione delle note critiche e un appiattimento delle citazioni. Insomma l'uso dell'*impact factor* veicola diversi rischi: la possibile manipolazione degli indici che possono essere piegati alle esigenze del potere accademico, più o meno come i noti criteri concorsuali; la tentazione di focalizzare le ricerche sulle questioni "di moda" o di maggior interesse, trascurando le tematiche "di nicchia", o peggio il pericolo di un "pensiero unico", come denunciato da diversi economisti⁽²⁹³⁾. In definitiva, l'utilizzo dell'*impact factor* influenza il motivo per cui si cita.

3. L'influenza del database sulla ricerca italiana: la valutazione del CIVR

Ciò premesso provo a delineare l'ombra lunga, cioè l'influenza, delle banche dati ISI-Thomson Reuters sulla ricerca italiana. Sul finire del XX° secolo, il Ministro dell'Università ha acquistato il

⁽²⁹²⁾ L'IF è dato dal rapporto tra le citazioni che, in un determinato anno, una rivista ottiene per gli articoli pubblicati nei due anni precedenti, ed il numero di questi articoli. Quindi l'IF fornisce una stima presunta, cioè il numero medio di citazioni che si può aspettare da un articolo pubblicato su una certa rivista in un determinato anno.

⁽²⁹³⁾ Si rinvia al prossimo par. 3.

database relativo alla ricerca italiana allo scopo di usare l'analisi delle citazioni per monitorare la produzione scientifica delle strutture italiane di ricerca (atenei, dipartimenti, centri, ecc.) e quindi confrontarle con quelle delle altre nazioni europee. Ma le informazioni raccolte nella base di dati erano molto "sporche" (ad es. con problemi di attribuzione dei lavori alle strutture, ecc.), da qui l'esigenza di effettuare una "pulizia", affidata alla Conferenza dei Rettori delle Università Italiane (CRUI) (presieduta da Luciano Modica, professore di analisi matematica) che ha prodotto una prima analisi nel 2002, aggiornata nel 2005 (²⁹⁴), sulla base della quale è stata compilata una vera e propria classifica degli atenei italiani. Tuttavia, vista la fonte delle informazioni, è una classifica "monca" dato che riguarda le sole aree scientifico-disciplinari CUN da 01 a 09, senza considerare, fra le altre, l'area 12 delle Scienze giuridiche. Comunque dall'analisi sui dati quantitativi emerge che l'Università italiana -nonostante la bassa quota di spesa pubblica investita (come documentato anche dall'ultimo Rapporto dell'Ocse) - è sempre più "fabbrica di scienza": dal 1995 al 2004, il numero delle pubblicazioni è aumentato del 56% e non solo per l'incremento del numero dei ricercatori (²⁹⁵).

L'esercizio, seppur parziale, della CRUI ha fatto maturare l'idea di sperimentare un primo esercizio di valutazione della ricerca delle strutture universitarie di *tutte* le nostre aree CUN, inclusa quella giuridica. L'indagine è stata affidata al Comitato di Indirizzo per la Valutazione delle Ricerca, meglio noto come CIVR, istituito presso il Ministero dell'Università e della Ricerca, composto da 7 membri (nessuno di area giuridica), presieduto da Franco Cuccurullo, (professore di medicina interna) (²⁹⁶). Il CIVR ha avviato una sorta di gara volontaria (e gratuita per le Università statali) alla quale hanno partecipato tutti gli atenei pubblici italiani. Come anticipato, lo scopo era quello di misurare le *performances* scientifiche delle strutture di ricerca (*in primis* dipartimenti e, per aggregazione, atenei) e quindi valutare la qualità della spesa pubblica, prefigurando anche un vago collegamento tra valutazione e distribuzione dei finanziamenti del fondo di finanziamento ordinario (FFO).

L'esercizio del CIVR sembra prendere a modello di riferimento la ormai collaudata esperienza del *Research Assessment Exercise* (RAE) (²⁹⁷), cioè del meccanismo di valutazione della ricerca adottato dal Regno Unito a partire dal 1986. Ma, a ben vedere, la nostra gara presenta importanti differenze, a partire dai costi molto più elevati del RAE per chiudere con le sue ricadute pesanti sul sistema universitario inglese (emblematicamente rappresentate dallo slogan "*publish or perish*"), che rendono non comparabili le due esperienze.

(²⁹⁴) AA.Vv., *La ricerca scientifica nelle università italiane. Una prima analisi delle citazioni della banca dati ISI*, Roma, 2002; AA.Vv., *Un aggiornamento sull'impatto della ricerca scientifica e tecnologica italiana in ambito internazionale (1981-2004). Analisi preliminare*, Roma, 2005. Più in generale v. A. BONACCORSI (a cura di), *Il sistema della ricerca pubblica in Italia*, Milano, 2003.

(²⁹⁵) E. BRENO, *La produttività scientifica italiana: alcune analisi con le banche dati ISI*, in AA.Vv., *Un aggiornamento sull'impatto della ricerca scientifica*, op. cit., pag. 53 e segg. Da ultimo, S. SETTIS, *Ricerca, l'Italia in testacoda*, in *Il Sole-24 ore*, 21 ottobre 2008, pag. 7, segnala come dai risultati dei bandi per la ricerca europea a cura del Consiglio Europeo delle Ricerche, basati sul talento degli studiosi e sul merito delle loro idee, emerge che l'Italia è ai primi posti per potenzialità di ricerca (prima negli *advanced grants* e seconda negli *starting grants*), decisamente ultima per attrattività delle nostre strutture di ricerca: non solo come capacità di attirare studiosi stranieri, ma anche di trattenere i propri cittadini.

(²⁹⁶) Si rinvia al sito <http://www.civr.it/> nel quale v., in particolare, le *Linee guida per la valutazione della ricerca* e le relazioni finali dei diversi panel.

(²⁹⁷) Il RAE è descritto in dettaglio nel sito www.rae.ac.uk. Per un commento v. G. DE FRAJA, *Publish or perish: il meccanismo di valutazione della ricerca del Regno Unito*, in *Riv. it. econ.*, 2007, n. 2, pag. 233 e segg.; Id., *Il campionato accademico*, in www.lavoce.info. Per un confronto Regno Unito-Italia relativo al sistema scolastico v. G. BRUNELLO, A. TOPO, *La disciplina del rapporto di lavoro degli insegnanti: esperienze a confronto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, I, pag. 165 e segg.

Le regole del gioco del campionato accademico inaugurato dal CIVR, avviato nel 2003 e concluso in via definitiva nel 2007, prevedevano dapprima un'auto-valutazione da parte dei singoli atenei delle pubblicazioni del triennio 2001-2003, per 20 aree disciplinari (le 14 aree CUN più 6 aree speciali extragiuridiche create per l'occasione), entro un tetto pari al 50% del numero medio di ricercatori equivalenti a tempo pieno (cioè, scontando il tempo definito, circa una pubblicazione ogni quattro ricercatori). Quindi la selezione iniziale delle pubblicazioni da inviare al CIVR è dipesa dalla scelta libera delle singole strutture, con il dubbio se siano prevalsi criteri di qualità o di potere accademico.

Per ognuna delle 20 aree si è creato un *panel* di riferimento (composto da docenti italiani e stranieri riconducibili alcuni dei settori scientifico-disciplinari inclusi nell'area) con il compito di valutare le pubblicazioni riconducibili a quell'area, supportati da revisori esterni anonimi, scelti dai diversi *panel*. Quindi la valutazione è stata effettuata (da almeno due esperti) con il metodo classico del giudizio di merito dei pari, c.d. 'peer review', con i soliti dubbi sulla rappresentatività dei revisori interni ed esterni. Per la valutazione si sono utilizzati 4 criteri guida⁽²⁹⁸⁾, scelti da CIVR ma, come risulta dalle relazioni di area, interpretati in modo diverso (e non sempre condivisibile)⁽²⁹⁹⁾ non soltanto fra le diverse aree, ma anche all'interno delle stesse. Il giudizio finale è stato ricondotto a 4 classi: da "limitato" ad "eccellente", in media, come risulta dalla relazione finale pubblicata sul sito del CIVR, le pubblicazioni sono risultate piuttosto buone, con punte di eccellenza, distribuite fra le diverse aree disciplinari ed università, senza però individuare atenei di eccellenza. Il risultato del CIVR contrasta con le posizioni di coda occupate dagli atenei italiani nel ranking internazionale⁽³⁰⁰⁾ o meglio fa sorgere il sospetto che i ricercatori italiani siano bravi come produttori di scienza, ma meno incisivi sul versante della diffusione e del riconoscimento da parte della comunità internazionale.

Infine pochi dati relativi all'esercizio CIVR applicato all'area giuridica, cui afferiscono 21 settori scientifico disciplinari. L'area è stata valutata dal *panel* 12 composto da 9 professori ordinari di cui 3 stranieri, fra questi ben due appartenenti al diritto del lavoro: Matteo Dell'Olio e Miguel Rodríguez-Piñero, per cui il nostro settore scientifico-disciplinare (JUS/07) risultava sovra-rappresentato. Nel complesso, il *panel* giuridico ha esaminato 1061 «prodotti della ricerca» (usando il linguaggio del CIVR): per la maggior parte nella veste di monografie, degli articoli solo due erano su riviste con *impact factor*. Per il diritto del lavoro, le strutture di ricerca hanno selezionato 40 pubblicazioni (al di sotto della media) e attribuito 6 eccellenze (anche qui al di sotto della media dell'area).

4. Prime conclusioni

I risultati del CIVR, seppur valutati positivamente⁽³⁰¹⁾, non sono stati presi sul serio. È vero che l'esercizio di valutazione era stato presentato una mera sperimentazione (comunque costata

⁽²⁹⁸⁾ I 4 criteri guida erano: a) qualità, b) rilevanza, c) originalità, d) internazionalizzazione.

⁽²⁹⁹⁾ Ad es. per qualche revisore il requisito dell'internazionalizzazione pare soddisfatto dall'uso della lingua straniera.

⁽³⁰⁰⁾ Ad esempio le classifiche prodotte dall'Università di Shanghai (in <http://ed.sjtu.edu.cn/ranking.htm>) o dal *The Times Higher Education supplement*, nonché il sito dell'Università di Leiden in www.cwts.nl/scripts/index.pl.

⁽³⁰¹⁾ M. LIPI, F. PERACCHI, *Il primo esercizio italiano di valutazione della ricerca: una prima valutazione*, in *Riv. it. econ.*, 2007, n. 2, pag.

circa 4 milioni di euro, secondo le cifre diffuse dal ministero dell'Università), ma nei fatti si è rivelato solo un gioco, un passatempo: con scarse ricadute sulla distribuzione del FFO, senza certezze sulla sua ripetizione⁽³⁰²⁾, con una comunicazione scarsa e opaca degli esiti e soprattutto senza che questo processo abbia innescato un significativo dibattito, con momenti di confronto e di ripensamento nell'area giuridica. Invece, nell'area delle scienze economiche e statistiche (area CUN e panel n. 13) - che si trova a metà del guado, essendo più esposta all'influenza dell'*impact factor* - i risultati del CIVR hanno innescato una discussione vivace, anche a seguito di alcune pesanti valutazioni negative da parte del loro *panel*. In particolare, la società italiana degli economisti ha dedicato un convegno e un numero monografico della Rivista italiana degli economisti al tema della «Valutazione della ricerca: esperienze e metodi a confronto»⁽³⁰³⁾.

Se è vero che la ricerca giuridica non può essere misurata meccanicamente con gli indici bibliometrici quantitativi, occorre tuttavia *misurarsi* con gli indici di valutazione della qualità della ricerca giuridica. In altri termini, va avviato un processo di individuazione degli indicatori: con regole certe, rigorose, trasparenti (rese pubbliche in anticipo), condivise dalla comunità scientifica; con criteri efficaci, cioè corredati da un impegno finanziario serio (con incentivi istituzionali e individuali), a medio-lungo termine, e capaci di orientare i comportamenti verso la ricerca. Il tutto con la consapevolezza, che deriva anche dalla citata esperienza inglese, che privilegiare la ricerca potrebbe andare a scapito della didattica⁽³⁰⁴⁾, con la conseguente tentazione di dividere il sistema universitario fra atenei dedicati alla ricerca e atenei dedicati alla didattica⁽³⁰⁵⁾.

A conti fatti, occorre misurarsi con gli indici di qualità della ricerca, in quanto la carenza di risorse del sistema universitario rende sempre più necessario e strategico un attento controllo dei risultati degli investimenti e della loro efficacia, cioè della produttività scientifica delle strutture di ricerca, al fine di legare assieme autonomia, responsabilità e valutazione.

In conclusione, in questo incontro dedicato alla «tecnica e politica delle citazioni» ho ritenuto opportuno segnalare luci ed ombre della *tecnica* dell'indice di impatto citazionale e, più in generale, del conteggio delle citazioni per segnalare i problemi di potere, cioè di *politica* connessi a tale tecnica. La tecnica dell'*impact factor* può essere usata come una sorta di gioco entusiasmante che permette di stilare graduatorie, nonché di appassionarsi all'esercizio del *ranking* delle università, però queste classifiche paiono appartenere più al mondo sportivo o alla comunicazione

267 e segg.; T. JAPPELLI, *Una valutazione positiva*, in www.lavoce.info; F. SCHIANTARELLI, *Un passo nella giusta direzione*, in www.lavoce.info; G. MARTINOTTI, *Una Università diversa (e migliore)?*, in R. MOSCATI, M. VAIRA (a cura di), *L'università di fronte al cambiamento*, Bologna, 2008, pag. 95. V. anche M. CAMMELLI, F. MEROLI (a cura di), *Università e sistema della ricerca. Proposte per cambiare*, Bologna, 2006.

(302) Si segnala che le "Linee guida del Governo per l'Università" del 6 novembre 2008 sul punto relativo a "Il merito e la valutazione" contengono l'obiettivo di avviare, sempre a cura del CIVR (in attesa dell'entrata in funzione dell'Agenzia di valutazione), il secondo esercizio di valutazione triennale della ricerca e addirittura «di concluderlo entro il 2009»; di predisporre, sulla base dell'esperienza CIVR, un modello di valutazione delle strutture di ricerca che prenda in considerazione l'attività scientifica di ogni dipartimento nel suo insieme e consenta quindi «un'allocazione delle risorse su base qualitativa dipartimento per dipartimento» (ma sinora le risorse umane sono gestite dalle Facoltà); di distribuire, già nel 2009, il 7% di tutti i fondi di finanziamento alle Università «su base valutativa» e di arrivare entro la legislatura al 30%.

(303) Il convegno si è tenuto ad Ancona, 2 e 3 aprile 2007 e gli atti sono stati pubblicati sul n. 2 del 2007 della rivista citata nel testo.

(304) Si rinvia a G. DE FRAIA, Pubblish or perish, op. cit., pag. 246, e ivi anche le lezioni per l'Italia, pag. 251; A. BELTRATTI, *Ricerca e didattica: valutazione ed incentivi*, in *Riv. It. Econ.*, 2007, n. 2, pag. 205 e segg.

(305) Cfr. A. CAVALLO, F. ROSITI, *Per un'università più articolata, differenziata e stratificata*, in R. MOSCATI, M. VAIRA (a cura di), *L'università di fronte al cambiamento*, op. cit., pag. 279 e segg.

giornalistica con il rischio che la denunciata degenerazione trasformi l'atto tecnico di citazione in un atto passionale di *eccitazione*.

Agency Work and the Idea of Dual Employership: A Comparative Perspective*

Luca Ratti

| | |
|--|-----|
| 1. Introduction. Comparing the Opposites | 88 |
| 2. Changes in the Organisational Structure of the Enterprise, Economic Analysis and New Challenges for Labour Law: Piercing the Corporate Veil, and Beyond | 90 |
| 3. Protection vs. Freedom: Historical Development and Contemporary Convergence in the 'avant contrat' Phase | 94 |
| 4. Employer's contractual responsibility within the triangular arrangement: the agency as a stable bridge? | 98 |
| 5. The end-user as the 'factual' employer: integration and control | 104 |
| 6. Vicarious liability and dual employership in tortious contexts | 108 |
| 7. A worker of one, none, or two employers: dual employership as a conceptual framework | 112 |
| 8. Agency work relationships and new challenges for European labour law | 114 |
| Bibliography | 117 |

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 68/2009

1. Introduction. Comparing the Opposites

«He is the servant of one or the other, but not the servant of one and the other»³⁰⁶.

The idea of a bilateral contract of service set within a monolithic employing entity³⁰⁷ has permeated all European legal systems for the last few decades, as far as it was the most common object of study for both economical and juridical doctrines concerning labour and firm organisation.

Whilst the economical analysis has tended to give a factual and 'horizontal' view of organisational phenomena³⁰⁸, labour law has increasingly struggled to find a satisfying set of rules for agency workers, either adapting old regulatory instruments to new organisational trends, or introducing new remedies imported from the comparative experiences of other countries³⁰⁹.

In an ambitious attempt to construct an efficient conceptualisation of agency work as a triangular labour relationship, this research examines some economic changes in the forms of organisation and integration of enterprises, in order to find out how one of the traditional tasks for labour law - that of identifying the 'real employer' beyond formal structures and corporate combinations³¹⁰ - should be amended.

The disintegrated concepts of enterprise, employer, and worker can be rebuilt with the insights gleaned by comparing two legal systems that are traditionally seen as being very far removed from one another. The failure of British courts' analysis of triangular work relationships can be testified by recognising that some rules of interpretation of standard contracts of employment can no longer be efficiently used in governing the dynamics of more complex frameworks, such as the one characterising the agency worker in front of a 'doubled' employer. The more systematic civil law approach has much to offer in this regard.

The current work will thus focus, on the one hand, on Italian labour market reform of 2003, which set an analytical regulatory regime for agency work, created a new typical framework called 'sommistrazione di lavoro' and introduced a detailed distribution of duties, powers and prerogatives upon the three parties of the arrangement. On the other hand, this paper will examine the statutory regulation on agency work in the United Kingdom and some recent decisions of British courts and employment tribunals, most of which seem to ask for clear-cut concepts and at the same time suggest unusual and fascinating solutions to the lack of protection of agency workers. From this point of view, a comparison of the Italian civil law and the British common law system can bring new solutions to the former, traditionally incapable of deducting legal concepts from practical solutions given by courts, and also lend to the latter some guiding principles.

Continental and the British labour law systems have different histories. Whilst in most of the continental labour law systems the presence of an intermediary - called *marchandeur, Meister, caporale* - between the employer and the worker was traditionally banned or at least marginalized

³⁰⁶ See *Laugher v Pointer* [1826] 5 B & C 547

³⁰⁷ Freedland 2003 and Davies – Freedland 2006. I deliberately chose the expression 'employing entity' assuming Freedland's perspective, to point out from the beginning that labour law should use fresh concepts whilst analysing social and economic changes, such as the ones connected with multilateral employment relationships.

³⁰⁸ Grossman – Helpman 2005.

³⁰⁹ Supiot 2001: 18.

³¹⁰ For a general view see Collins 1990b: 731.

to some specific cases, a general acceptance of that phenomenon took place in the United Kingdom. At one end of the spectrum, Italy was one of the most hostile countries to the use of intermediaries supplying workforce and imposed restrictions on the use of service contracts; at the other end, the more liberal approach of the British legal system has seen a remarkable degree of freedom in relation to the arrangement to be followed for the purpose of the firm. The present moment is unique and promising, because the increasing convergence of the two legal systems allows one to appreciate several interesting similarities.

Using in this research the concept of 'dual employership', I identify all those situations in which two different employing entities exercise on the working performance of a person, synchronically (i.e. in the same lapse of time), exclusively or in cooperation, some of the typical prerogatives of the employer, each fulfilling its own economic purpose.

I am well aware that the idea of a dual employer is not a new one for labour lawyers³¹¹. However, many recent attempts to affirm it have faltered in when faced with traditional constructions *de iure condito* and with policy reasons. As I will try to demonstrate at the conclusion of my argument, none of these reasons is an insurmountable barrier to building a broader and fuller concept of the employment relationship, nor, at a practical level, any is able to solve the most significant problems arisen from recent cases of agency workers.

As for the methodology, I am also aware of the risks concerning a misleading use of the comparative method in the process of transplanting foreign legal institutions from one country to another³¹². As Otto Kahn Freund himself admitted, however, individual labour law «lends itself to transplantation very much more easily» than collective labour law, especially in an age in which the trend of European statutory legislation is to converge towards more homogeneous rules and labour standards. Thus, the current work is based on a comparative method, using both statutory and judicial materials, and recommends the use of fresh concepts and systematic interpretation rules, since continental European legal systems seem to be «better at recognizing joint or multiple employers in situations of contracting out or employment via agency»³¹³.

Arguably, one should be more confident in analysing future changes in the enterprise organisation not only from the point of view of the employee, but also (*rectius*: especially) from that of the employing entity³¹⁴, since this dismisses what seems to be (but in fact should not) an imminent principle of labour law, that of the binary model of the personal employment contract.

³¹¹ As to the Italian scholarship see Corazza 2004; Ichino 2004; Lamberti 2004; Tullini 2003; Bonardi 2001; Tiraboschi 1999; De Simone 1995.

³¹² Kahn Freund 1974: 6. Using the metaphor of the transplant either of a kidney into a human body, or of a carburettor into a car, «it makes sense to ask whether the kidney can be "adjusted" to the new body or whether the new body will "reject" it – to ask these questions about the carburettor is ridiculous», so, effectively, pieces of legislation are not mechanical parts.

³¹³ Freedland 2007: 490

³¹⁴ The employer, in fact, is not «an element that sometimes only and in particular occasions, helps in identifying the typical framework of subordinate employment, but has to be seen as a structural element of it. Thus it is typologically always essential to subordination, and since it changes shape in the several factual circumstances, it offers a support for its internal analysis»: see Pedrazzoli 1985: 374.

2. Changes in the Organisational Structure of the Enterprise, Economic Analysis and New Challenges for Labour Law: Piercing the Corporate Veil, and Beyond

Trends toward globalisation of the economy, together with a certain shift of a large part of the dependent employee to the service sector, have imposed a flexible model of enterprise and, as a consequence, a more flexible use of the workforce according to the daily needs of the market.

This has meant a silent metamorphosis in the concept of labour from a sociological point of view, such that the enterprise structure and production models have evolved through progressive dis-integration, and labour's intrinsic value can now be considered immaterial, because it takes part of the contemporary knowledge society and capitalism³¹⁵. Though fascinating, such sociological analyses do not of themselves indicate which legal tools should be used in interpreting these trends, as it is often a matter of empirical realisation. Thus, the famous representations of a modernity which «constantly dissolves»³¹⁶ and of a capitalism pushed by a «creative destruction»³¹⁷ where «nothing is constant except changing»³¹⁸ tend to blur one's analysis with lens too heavy, and perspectives too distant to give a sober and eventually correct legal view of those phenomena.

Although social sciences often offer interesting insights into changes in the very concept of labour, labour lawyers must endeavour to pursue their aims with proper juridical tools and strive to identify rules and principles that can be effectively adapted to the changing concepts of employer, employee, and contract of employment. Prescriptive concepts and arguments should be used instead of descriptive ones, to find the best solutions to the emerging issues of agency workers and to understand if and how these concepts may cause affect the basic categories of labour law as much as on the monopoly of the bilateral contract of employment in the exchange of labour for remuneration.

In recent years, outsourcing has fundamentally challenged this bilateral matrix. Economic studies reveal that outsourcing processes can be at least of two types. The first type tends to build up a network of contractual arrangements, namely service contracts, that concern specific phases or pieces of production to be done outside the firm's premises; by contrast the second type of outsourcing involves enterprise contracts with an intermediary agency for the supply of a certain number of workers to work within the undertaking. Although economically more convenient, the former type often brings with it risks connected with the loss of direct control of quality standards of the single performance; the latter type of outsourcing permits more frequent and pressing tests, both by using labour flexibility and by reducing core employer's responsibilities³¹⁹. According to some comparative studies, this abatement of responsibility must be seen as the main reason for the growing importance of the demand of contingent work in the form of agency work³²⁰. What is peculiar to the second type of outsourcing is that, according to the law and also to

³¹⁵ Gorz 2003.

³¹⁶ Marx – Engels 1948.

³¹⁷ Schumpeter 1994.

³¹⁸ Jünger 1932.

³¹⁹ The sociological basis of this model is very well explained by Beck 1986.

³²⁰ K. Purcell – J. Purcell 1999. For further references see also Grossman - Hart 1986: 691-719, where the Authors analyse through economic models the allocation of costs between two integrated enterprises, pointing out that «the optimal ownership structure will be chosen to minimize the overall loss in surplus due to investment distortions» (p.710).

contractual practice, core business' management exercises exactly the same powers and prerogatives on 'core' workers as it does on agency workers. These powers and prerogatives, however, are legally exercised without any typical contract of employment, an unusual state of affairs for labour lawyers.

The second situation described lays in the grey zone between making and buying, between hierarchy and market, such that the re-organisation of the firm tends to revert the traditional assert of the transaction cost economics theorized by Ronald H. Coase and Oliver E. Williamson, that of an enterprise which reduces its costs by choosing hierarchy instead of the market, and using typical powers connected with the existence of the enterprise to acquire some resources (in particular, labour) rather than by looking for those assets within the market and, thus, by 'spot contracting'³²¹.

Instead of only being applied to explain the origins of the firm, or even of the growing importance of the internalization of productive assets, this model has been frequently used in recent years, especially by labour lawyers, as an economic background to the juridical analysis of the outsourcing phenomena as a whole, thus precisely the opposite function of the former model³²². The trends of contracting out periphery functions of an enterprise are nothing but a contradiction of transaction costs theory, because mere costs are thought to be the enterprise's central issue³²³.

In fact, as Williamson himself admits, transaction cost theory explains firm's vertical integration as a condition of asset specificity, not of technological development³²⁴. However, it describes integration, not disintegration. In other words, taking for granted an economic theory to understand a phenomenon that is opposite to that which is explained by it, can be hazardous. As a recent study explains, the risk is to overestimate the value of economic theories about an enterprise's boundaries and the outcomes of a single theory in particular³²⁵.

The 'obsession' of some labour lawyers with transaction costs theory cannot be accepted, as far as some basic concepts are concerned, and it is in practice denied by the factual behaviour of firms in recent years. Transaction costs theory's prediction of a vertically integrated firm, especially in specific assets, does not correspond with recent trends that have seen a massive demand for high skilled workers in outsourcing³²⁶ connected with the needs of an increasing knowledge-based economy³²⁷.

Many issues arising from recent trends in outsourcing can be explained through alternative theories, such as the theory centred on the 'growth of the competence based firm'³²⁸ or the one

³²¹ Coase 1937; Williamson 1985 and 1996.

³²² Collins 1993: 765.

³²³ Lo Faro 2003: 45-47.

³²⁴ Williamson 1985: 86.

³²⁵ Lo Faro, above n. 18.

³²⁶ As to the DTI, a quarter of agency temps are working in a managerial and professional positions and may sometimes earn more than the regular employee in the user company. See House of Lords, *Modernising European Union labour law: has the UK anything to gain? Report with Evidence*, (June 2007).

³²⁷ Forde – Slater 2005: 251.

³²⁸ Penrose 1995.

which emphasises the power of control of the employer on employees³²⁹. By and large, however, all economic theories try to re-focus their traditional analyses on some shifted concepts.

Penrose's theory on the growth of the firm, for instance, in its latter edition admits that there has been a 'metamorphosis' of the firm, so that we must now take into account also the concepts of 'core' and of 'network'. They are, in fact, referred to those contractual arrangements or alliances among a limited number of firms, that are bound together in an interrelated managerial framework, sometimes even referred as 'quasi firms' or 'virtual corporations'³³⁰. In the same extent, within Williamson's binary analysis of the opposites (make/buy; hierarchy/market) it is arguable that *tertium datur*: two concepts lie in the middle of that 'imperfect' dichotomy. The first is called the 'firm without hierarchy', which is co-operation between firms that create networks based on trusts and shared capital; the second is 'hierarchy without firm', which occurs when one main firm tends to dominate small contractors using *de facto* the same hierarchical means that characterise the internal relationship between management and workforce.

This distinction brings the analysis to focus on the former concept, the latter being concerned more with the contractual integration of firms through commercial contracts³³¹ rather than with the changed role of the employer 'within' the enterprise. Since the traditional object of labour law has been the firm and its relationship with employees, the question which arises from a 'firm without hierarchy' is whether agency or periphery workers should be considered by law the same as 'core' workers and, in that case, whom do they legally work for, who is liable for their wage and whom they have to obey³³².

In this respect, the main theoretical question lies in the alternative between the inclusion of agency work within the broad category of personal employment contracts, or others similar, and the exclusion from this category, with agency work falling outside the scope of labour law and social security protections. As it is clearly shown by recent European scholarship, a new frontier of labour law is now involved, and few answers come from legislation and jurisprudence. In fact, the pursuit of the 'true' employer might sometimes be pointless³³³, as a consequence of the ongoing process of dissolving the monolithic role of the employer, and although to some extent the lack of conceptual structures «which would enable a holistic view ... of multilateral work relationship»³³⁴ has been filling up, still much work remains.

One of the most outstanding struggles of labour law in this sense has focused on the problem of legal responsibility of complex entities bound together albeit formally separated³³⁵. The main issue which arose from the need of providing a conceptual framework, as to «pierce the corporate veil» and the monolithic principle of personal responsibility, was identified as the 'capital boundary problem'. This was consistent with three forms of bonds between distinct firms - ownership,

³²⁹ Marglin 1974.

³³⁰ Penrose 1995: XIX.

³³¹ Corazza 2004 for an excellent perspective of Law & Economics.

³³² Wynn – Leighton 2006.

³³³ Collins 1990b. More recently Freedland 2003: 17; Deakin 2001: 72, who notes «the growing practice of supplying labor services to an end user through intermediaries, such as personal service companies or employment agencies» and the subsequent «problem of identifying the employer».

³³⁴ Davies – Freedland 1999:244.

³³⁵ Collins 1990a: 732.

contract, and authority -, and the basic hypothesis was that common law had been failing to develop a general principle of group responsibility where more than one capital unit ('complex economic organisations') was involved. Thus, firms are free to determine their own size and, as a consequence, are able to choose the limits of their legal responsibilities, notwithstanding some statutory intervention to limit their freedom in some areas, such as employment protection rights, insolvency of subsidiaries and secondary industrial actions.

Albeit prompted by a similar intention, that of identifying new protection techniques to cover situations in which the traditional tools of labour law are more vulnerable and effectively fruitless, the current analysis has a slightly different object than the one just mentioned. In fact, the 'capital boundary problem' deals with two or more firms corresponding to a unique concept of capital, whilst the current study does not make this claim as far as agency work is concerned, because of the narrower bond that exists between the agency and the end-user, which may only be a contractual one (thus excluding ownership and authority relationships), and because the very economic purposes of the agency and the end-user are totally different, such that it is impossible to identify the contractual arrangement between the two entities as a unique capital unit.

Therefore, the challenge for labour law seems to be much more difficult, since the protection techniques provided by law have much less to do with the Marxist dichotomy between capital and labour, and concern the concept of labour itself and the consequences of its use. As a result, together with profound changes in the use of the workforce (the concepts of flexible, shared, casual, intermittent, quasi dependent and voluntary labour), the question that arises is no longer «who is the real employer?» but, rather, «who are the economic entities hold to be responsible for the use of workforce?», the former question being fruitless every time the law shoulders liability on the weaker employing entity involved³³⁶.

As will be shown, the theoretical relevance of this argument concerns not only the British system, with one of the largest agency workers' industries³³⁷ and some of the less protective legislation in the field³³⁸, but also the Italian legal system, which is mainly centred on the role and responsibility of the end-user, still disregarding that of the intermediary³³⁹.

Moreover, comparative researches reveal that the 'real' employer is identified differently in different legal systems. Whilst in most Continental European countries the employer is thought to be the agency, in Canada it is the end-user, and in the United States it is quite often both³⁴⁰. Thus, attention should be drawn to statutory techniques that can cover situations in which not only one but both 'employers' play the role of the traditional 'master', exercising its typical powers and

³³⁶ Wynn – Leighton 2006: 302.

³³⁷ DTI, *Consultation on measures to protect vulnerable agency workers* (February 2007), at

<http://www.berr.gov.uk/files/file37724.pdf>. As to this revenue «the private recruitment industry has grown significantly in recent years and currently there are around 17,000 employment agencies and employment businesses in the UK with around 1 million temporary, business and contract workers. Agency work is a key element in our labour market – providing a route into employment for those previously excluded from it or economically inactive. Indeed, evidence indicates that approximately 36 per cent of agency workers were previously economically inactive».

³³⁸ Morris 2004: 102.

³³⁹ See the recent case decided by the Italian Corte di Cassazione Sez. Un. 26-10-06, n. 22910, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2007, n. 3, 275.

³⁴⁰ Davidov 2004: 732. For an interesting overview about the role of the American courts in the joint employment doctrine see also Posthuma – Dworkin 1997.

prerogatives, in a firm where core employees work side-by-side with agency workers (temporary and/or permanent) that are hardly distinguishable.

3. Protection vs. Freedom: Historical Development and Contemporary Convergence in the 'avant contrat' Phase

Medias in res, we must now consider divergent developments in the Italian and the British legal systems in tolerating an intermediary's taking part in the employment relationship, earning profit from the employer/user simply for the supply of one or more workers.

A deeply rooted ideological argument against the supply of labour through intermediaries relates to the idea that 'labour is not a commodity': since labour is not something which can be bought, sold, or eventually used, a worker cannot be merely supplied by an intermediary to perform under the control and within the firm of an employer³⁴¹. A more substantial reason is connected with the exploitation of the 'used' worker by the intermediary, through an inverse proportionality of the latter's earnings in respect of the wage paid to the former. Thus, there is the argument that the legal system should ban labour intermediaries to protect workers from injuries, old age or sick periods, since the intermediary does not provide for such protections.

The Italian legal system has traditionally prohibited the use of intermediaries in the labour market. The Civil Code, which was drafted during the fascist period and entered into force in 1942, prohibited at article 2127 the so called 'cottimo collettivo autonomo', or collective piecework, that is a situation in which a group of workers is hired and paid together by an intermediary/employee, to perform at a particular task for an employer. Problems arose from this article, however, concerning its effectiveness and scope of application.

Then came law n. 1369 of 1960, which has been one of the most important pieces of legislation in the field of workers protection until recent years and provided a general ban for all employers to use intermediaries of any kind in the hiring of employees. Sanctions for breach were both civil and criminal. Under the civil law regime, the consequence for hiring through an intermediary was that law implied a contract of employment between the worker and the end user, meaning that the civil law punished the stronger party, the end-user. At criminal law, by contrast, both the end user and the intermediary were held to be responsible. The policy rationale, which was a protective one, shaped internal labour market and limited firms' freedom to contract out. In fact, firms were required to contract with reliable subjects, which had to be 'true' entrepreneurs, not just hirers of the workforce, using appropriately machinery and means of production. Thus, the law imposed restraints on the constitutional freedom of enterprise (article 41 Cost.), this value being balanced with employees' right not to be exploited³⁴². At the same time, public intervention in the economy was so strong that only the public placement service could collect job seekers to be hired by employers. This meant that every time employers needed employees, they had to ask the placement service for assistance. The effect of this was a significant, if totally inefficient, monopoly of public services.

³⁴¹ Collins 2003: 3.

³⁴² Scarpelli 1996.

New forms of service contract in fact challenged the effectiveness of law n. 1369 of 1960, whenever contractors were 'real' entrepreneurs, albeit not in the sense of relevant capitalists or massive users of machinery³⁴³. This was the advent of so-called labour intensive contractors, such as cleaning services and IT consultants, in which the contribution of capital was not fundamental for the business. The jurisprudence tried to expand the concept of means of production, thus including organisational skills and specific know-how, in coping with this restrictive legal framework³⁴⁴.

The difficult dialogue between courts and the legislation could not last, nor could the public monopoly of placement services meet labour market needs. In 1997, the well known ECJ case Job Centre II³⁴⁵, which dealt with the European discourse about freedom of competition, held that public employment services were no longer entitled to exist as a monopoly, one of the reasons being that they were not capable of efficiently satisfying the needs of job seekers in the labour market. Public employment services were to be considered just like other economic activities, meaning that Italy was required to allow private companies to enter the labour market as intermediaries³⁴⁶.

Because of the propitious time for liberalization in the field, a new law was approved, n. 196 of 1997, albeit not repealing the law of 1960. But a 'hole in the wall' was made³⁴⁷: some private agencies were permitted to hire workers and *temporary* supply them to end user firms, and an exhaustive discipline was set up to regulate the position of each and every person within this triangular work relationship and to regulate the authorizing process for the agencies.

In 2003, the Italian Government decided to modify the 1997 regulations on temporary work and introduced a new form of agency work to cope with firms' demands of long term agency workforce, called 'sommministrazione di lavoro a tempo indeterminato'. Meanwhile, the 1960 law was repealed³⁴⁸. Agencies play a crucial role and are now active subjects in the labour market, being authorized not only to supply personnel, but also to recruit job seekers, to select them according to the client user, to train them after periods of unemployment (article 20, Decree n. 276 of 2003). Agencies have to comply with many restrictions before entering a contract with the user firm, concerning in particular organizational structure, minimum capital requirements, and professional qualification of its employees³⁴⁹.

Statutory intervention in the field of intermediaries remains relevant, and no longer concerns the very existence of agencies but, rather, the economic and organizational reliability of subjects who merely supply workforce. Also, as we will see, the law intervenes to fix the most essential elements of the contracts between the agency and the user, and the agency and the worker, and this means a complex system of protections for workers involved in triangular relationships.

³⁴³ Ichino 2003.

³⁴⁴ See Corte di Cassazione Sezioni Unite, 19-10-1990, n. 10183, (1992) *Il foro italiano* I 524.

³⁴⁵ C-55/96 Job Centre Coop [1997] ECR I-7119.

³⁴⁶ For an outstanding overview on this judgment see Sciarra 2001: 257, where it is stressed, in particular, the 'political pressure' exercised by Court's ruling upon the national Parliament, so that «the attempts to reform the Italian placement system, exposed as they were to critical public evaluation, became as much an embarrassment for law-makers as a challenge for academics».

³⁴⁷ Ichino 1997.

³⁴⁸ Although one of the effects of the new regulations is to consider outlaw those arrangements which fall outside the legal paradigm, thus implying that the old principle still endures: see *ex multis* M. T. Carinci 2008: 38

³⁴⁹ This is also called the '*avant contrat*' phase: see in particular the outstanding analysis of Tiraboschi 1999: 260.

Eventually, in 2007 the centre-left Government decided to repeal the open ended contract called 'somministrazione di lavoro a tempo indeterminato' (Law n. 247 of 2007), permitting agencies to supply workforce using fixed term contracts only, and after having verified the existence of objective economic needs of the user firm. For the comparative purposes of the present research, however, the systematic role played by agency work as a triangular work relationship is still valuable.

At the opposite end of the spectrum, the British legal system has traditionally refused to intervene in firms' freedom of contract and has never outlawed the possibility of user firms asking agencies and contractors to supply workforce. The first statutory intervention in this field, the 1973 Employment Agencies Act, centred on the notion of the 'employment business', «the business (whether or not carried on with a view to profit and whether or not carried on in conjunction with any other business) of supplying persons in the employment of the person carrying on the business, to act for, and under the control of, other persons in any capacity»³⁵⁰, where the worker is supplied under either a professional engagement or a contract for services.

Although 'employment agency' in this context is referred to recruitment agencies, the term commonly overlapped 'employment business'³⁵¹. This, however, is not surprising in a legal system in which the placement service has been traditionally dominated by private bodies³⁵², as opposed to the public monopoly which existed in Italy in the same years. It should also be pointed out that the Act does not extend to sub-contracting, i.e. independent contractors undertaking specific tasks using their own staff acting and remaining under their direction and control.

One of the main features of the 1973 Act and the subsequent 1976 Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations was that they placed certain duties of conduct on the employment agencies and the employment businesses. These parties had to obtain adequate information from the employer and worker clients in choosing the suitable worker for a vacancy and vice versa. They were then required not to offer workers financial benefits or benefits in kind to persuade them to use their service and had to ensure that the worker and employer were aware of conditions imposed by law which the worker or employer had to satisfy.

Before 1995, employment businesses and agencies had to obtain a special licence for the purpose of the protection of the public interest, a measure then replaced by the power, given to the Secretary of State, to issue a prohibition order against a specific person not to let him/her engaging one of the activities connected with recruitment or placement services. This order had to be granted by an employment tribunal, unless it was satisfied that the person was, «on account of his misconduct or for any other sufficient reason, unsuitable to do what the order prohibits»³⁵³.

The fact that statutory intervention had been confined to the regulation of employment agencies and businesses as labour market actors, and not as bodies directly involved with individual and

³⁵⁰ Employment Agencies Act 1973, Section 13 (1), (3).

³⁵¹ Morris 2004: 106.

³⁵² For the debate on the opportunity to introduce a public monopoly in Great Britain as to abolish the fee-charging employment services see Hepple 1999: 380.

³⁵³ Employment Agencies Act 1973, Section 3 (A), inserted by the Deregulation and Contracting Out Act 1994.

collective labour rights of the workers, reflected a liberal approach to the matter of agency work and had, as a consequence, the effect that the only subsequent regulation in the field would be of the same kind. The huge debate in recent years about individual rights to be granted to agency workers³⁵⁴ eventually gave birth to another weak discipline, the Conduct of Employment Agencies and Businesses regulations 2003³⁵⁵, which shares the same rationale as its predecessors and maintains the distinction between employment agencies and employment businesses

Clear regulations governing the conduct of agencies and business is supposed to be the best way to protect users, rather than creating bureaucratic schemes to control entry into the industry. As will be shown later, the improvement of the individual rights of agency worker is actually better achieved by prescribing the circumstances in which an employment business can enforce a transfer fee against a user enterprise and by asking the employment business to obtain information about health and safety risks inherent the end-user.

Although in general abolished in 1995, a specific licence has now been reintroduced in some specific sectors. The Gangmasters Licensing Act 2004, which came into effect in 2006, requires a license for employment businesses supplying a workforce in agriculture, shell fishing, and processing and packaging activities related to agriculture and fishing. This Act provides several technical mechanisms very close to the strict regulations adopted in Italy concerning intermediaries. In particular, Section 6 provides that a person shall not act as a gangmaster except under the authority of a license, all licensed persons being registered by the Gangmasters Licensing Authority (described at Section 1). Similarly to article 2 of the Italian law n. 1369/60, Sections 12 and 13 of the Act create specific offences of acting as a gangmaster, being in possession of false documents and entering into arrangements with unlicensed gangmasters for the supply of workers or services.

The rationale for this latest statutory regulation concerns the empirical statement that the more an intermediary position and activity is regulated, the less supplied workers have to fear for their individual rights. Far from being applicable to all cases of agency workers, such regulation is only a small part of the job of the legislator, and at the same time it has created many juridical and political problems for the British Government, both in the description of the kinds of contractors to be considered as gangmasters and in the definition of the scope of the regime³⁵⁶.

This overview of the regulatory approaches of the Italian and the British legal systems, concerning intermediaries as bodies within the labour market, reveals a divergent historical development. While in Italy the general prohibition on workforce supply could only be obliterated where the intermediary was a 'real' entrepreneur, acting in that particular moment for the purpose of his own business, in the United Kingdom the market's freedom was supposed to guarantee the most effective balance between the prerogatives of the three parties involved.

In recent years, however, both countries have seen the growing importance of the '*avant contrat*' phase, which concerns specific requirements for the intermediary and the complex procedure of

³⁵⁴ Well summarized by the Trade Union Congress 2003: see TUC, *Agency Work in Britain Today*.

³⁵⁵ Most of the provisions of the Regulations 2003 came into force in April 2004.

³⁵⁶ Davies – Freedland 2006: 292.

licensing. Quite relevant is the scope of application of the 2003 regulations: in fact, the distinction between agencies and businesses has been introduced in both legal systems, but with little or less importance, such that the Italian term 'agency' corresponds to the British term 'employment business', albeit the latter term also commonly defines an agency in the United Kingdom³⁵⁷.

At a policy level, strong external State intervention is taking place in Britain instead of the liberal laissez faire approach that dominated after the Second World War until the late 1980s³⁵⁸. Both 2003 regulations provide that the agency worker must be aware of the contents of the contract signed with the intermediary through a statement given before the assignment³⁵⁹. Also, both regulations require the agency to pay the worker in respect of the work done by him or her, whether or not he or she is paid by the hirer in respect of the work; a written statement must be given to the worker concerning this obligation³⁶⁰.

The relative convergence of the two regulations described above seems to arrest as far as individual labour rights are concerned, both in respect of the agency and of the user firm. This means that the two legal systems, although focusing on the strongest actor in the triangular relationship, the agency, developed different sets of rules for the preliminary phase, through different means, Italy using a primary source and the United Kingdom using a secondary one.

To select agencies with a reasonable expectation of economic reliability, a legal system can either require specific authorisation or licensing or split powers between agencies and users and establish solidarity in employer's obligations, leaving the role of statutory intervention as a mere incentive. In the second scenario, the legal system relies on the company's behaviour and the market's response, the more trustworthy the agency, the smaller the risk for the user to be responsible for employment obligations. Whilst the Italian regulation 2003 provides a combination of regulatory techniques, the British approach reveals a liberal use of market's devices, the only exception being in the agriculture and fishing sectors.

As the next paragraph explains, the divergence between the two countries may also be noticed when specific labour institutions are concerned, thus revealing opposite policy reasons in dealing with protection of agency workers, the Italian law 2003 developing a 'systematic' discipline and the British system imputing specific rights 'from outside' the triangular relationship.

4. Employer's contractual responsibility within the triangular arrangement: the agency as a stable bridge?

Most of the issues arising from the relationship between an agency, an end-user, and the supplied workers are related to the pivotal role of the former, which takes part both in the commercial contract with the user and in the peculiar contract with the worker. To tackle the problem of the status of agency workers, Italian law includes this latter contractual relationship within the category of the contracts of employment. This means that the typical role of the employer is played by a subject which is supposed to be reliable in the contractual obligation towards its employees.

³⁵⁷ The normative distinction between mere recruitment services and leasing of personnel has no practical effect in the two legal systems, since the same 'agency' carries out either the employment business, or the employment agency service.

³⁵⁸ Davies – Freedland 1993 and 2007.

³⁵⁹ Conduct of Employment Agencies and Businesses Regulations 2003, Section 14 (2) (b). Decree n. 276 of 2003, article 20 (3).

³⁶⁰ Conduct of Employment Agencies and Businesses Regulations 2003, Section 15 (b). Decree n. 276 of 2003, article 21 (1) (k).

This presumption is clearly evidenced by the economic and organizational requirements described above, by emphasising the 'avant contrat' regulatory phase.

At a theoretical level, the Italian law of 2003 introduced a new typical framework with specific rules and conceptual consequences, since the traditional struggle of Italian labour law in identifying who is a worker – using the two concepts of disciplinary power and directive power – would now deal with a changed notion of subordination and a mixed arrangement of powers. Thus, comparing this model to the situation of agencies in the British system, the analysis will focus on three contractual positions³⁶¹ which usually are typical of the employer and are here mainly centred on the agency only, or shared with the end user, diachronically (subsequently) or synchronically.

Hiring and firing power and disciplinary procedure

The main task of an agency is to hire workers to be supplied to private or public bodies for the benefit of these bodies. To carry out this service, the agency enters into a contractual employment relationship with a worker³⁶² which can be either fixed term or open ended, regulated by the Civil Code and the other laws concerning employees. The contract of employment must be written, and the worker must be notified with the essential elements of the commercial contract between the agency and the user firm.

Although the worker is considered by law an employee of the agency, the agency has no legal obligation to provide continuous employment or a certain number of assignments. Vice versa, the worker is under the typical duties of an employee to the agency, so that if he or she breaches one or more of his or her duties, the agency can then act as a proper employer and fairly dismiss him or her. The worker can neither refuse an assignment or abstain to exactly perform his or her duties during the assignment.

When worker's faults concern conduct or performance within the user firm, the Italian law of 2003 provides a shared and subsequent use of the disciplinary procedure, with the user having the burden of notifying the agency the relevant facts assumed to be disciplinarily relevant, and the agency then having the power to inflict proportionate retribution³⁶³.

To compare the contractual position of the agency in Britain, one must point out the great importance, in the absence of any regulation, of agreements undertaken by the parties to regulate their own duties and prerogatives in front of the worker. Because in this field there is no statutory provision at all, the conduct of the parties must be interpreted according to common law principles³⁶⁴. Among them, a central role is played by the mutuality of obligation test, which tends to

³⁶¹ I will use the term 'contractual position' to refer to powers, duties or prerogatives typical of the employer vis-à-vis his employee in the normal bilateral contract of employment.

³⁶² In the UK the Regulations 2003 call him/her 'work-seeker', which means, according to Section 2, «a person to whom an agency or employment business provides or holds itself out as being capable of providing work-finding services».

³⁶³ Decree n. 276 of 2003, article 23 (7).

³⁶⁴ In particular, the starting point of any judicial analysis of the contractual arrangements is the statement that the application of the common law tests identifying an employment relationship is a 'question of mixed fact and law' (*O' Kelly v Trusthouse Forte plc* [1983] IRLR 369), and also, the written statement required to be noticed to the agency worker, according to the 1976 regulations, will not necessarily determine his/her status in law (*Wickens v Champion Employment* [1984] ICR 365).

describe two levels of analysis of the mutual exchange between the employer and the employee, work for remuneration, and «mutual obligations for future performance»³⁶⁵.

Very often, however, the application of the test has revealed its weakness when a trilateral work relationship has been involved, as mutuality of obligation can be supported only in its first and narrower meaning. This happened in *Montgomery v Johnson Underwood*³⁶⁶, a case concerning whether a person who was engaged by an agency to provide her services as a receptionist to a third party could be considered under a contract of service by the employment agency or by the end-user. The Court of Appeal, confirming the authority of *Ready Mixed Concrete*³⁶⁷, held that «mutuality of obligation and the requirement of control on the part of the potential employer are the irreducible minimum for the existence of a contract of employment». Thus, the worker was found to have no contract of employment with the agency, nor with the user, since she lacked the minimum obligation of mutuality and control³⁶⁸.

As far as mutuality is concerned, agency workers fall outside the scope of application of labour law, not being implied a contract of employment with the agency for the insufficient mutuality of obligation. If one looks at the Italian regulation, an opposite result is reached in the similar situation in which the agency is not obliged to provide a future assignment and the worker himself or herself has no duty to accept after the expiration of the contract. Within the term of the contract, however, the agency must provide a specific income guarantee for periods during which no assignments are available, so it would be unfair for the worker to refuse a proposal for work during such times³⁶⁹.

Moreover, while the Italian law addresses the power to dismiss of the agency *because* it is considered the employer, according to the common law the power to conclude the contract and its concrete exercise are not sufficient elements to imply the employee status of the worker, nor *consequently* to claim for unfair dismissal³⁷⁰. In the British legal system, in fact, «it will be an exceptional case where a contract of employment can be spelt out in the relationship between an agency and the worker. Typically, the agency does not have the day-to-day control which would establish such a contract. Nor is the worker carrying out the work directly for the agency, and there is usually no obligation on the agency to find work or on the worker to accept it, let alone personally to do it»³⁷¹.

Notwithstanding the element of mutuality, English law provides 'from the outside' a peculiar obligation to be accomplished as far as disciplinary procedures are concerned. In fact, agency workers are included in the number of those who have the right to be accompanied by a companion

³⁶⁵ Freedland 1976: 20.

³⁶⁶ [2001] IRLR 264.

³⁶⁷ See *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pension and National Insurance* [1968] 2QB497.

³⁶⁸ See also *Ironmonger v Movefield Ltd* [1988] IRLR 461.

³⁶⁹ This kind of income is called 'indennità di disponibilità'. See Decree n. 276 of 2003, article 20 (2) and 22 (3).

³⁷⁰ See *Bunce v Postworth Ltd t/a Skyblue* [2005] IRLR 557.

³⁷¹ See *James v London Borough of Greenwich* [2007] IRLR 168; see also the subsequent judgment of the Court of Appeal *James v London Borough of Greenwich* [2008] IRLR 302, in which eventually the appeal has been dismissed and the EAT confirmed.

at a disciplinary or grievance hearing under the Employment Relations Act 1998³⁷². If the individual has a worker's contract with the agency, that right will be applied against the agency; otherwise, the right will be exercisable against both the agency and the user firm³⁷³.

Remuneration and solidarity principle

Closely related to this but also as a consequence of the issue of mutuality is the obligation to provide for payment, usually centred upon the agency, and the connected question whether the agency is under a duty to pay the worker a minimum wage according to the national regulations in this field³⁷⁴.

Considered as a regulatory technique, the requirement of a minimum wage to be paid to the agency worker is one of the most relevant because of its consequences in terms of a firm's strategies and planning of costs. In fact, if a user firm is obliged to set equal treatment to periphery workers, it might believe to waste the benefits in the use of agency work and other flexible forms of labour. From the opposite perspective, to prevent the exploitation of workers, the law might intervene and fill the gap between individuals who often work side-by-side, even for periods of years.

The Italian law of 2003 provides two rules in this field. First, the agency must grant to the workers a treatment not lower than that given to comparable employees of the end-user, according to the classifications contained in the relevant collective agreements³⁷⁵. Not only equal pay, but also equal working conditions, such as working hours, holidays, sickness, discipline rules and equal social security services, must be granted to the agency worker. When a comparable worker cannot be found within the user firm, the comparison must be with a hypothetical comparable worker, according to collective agreements. Collective bargaining plays a central role and can also decide the result-related portion of the wage that must be distributed to all workers, whether directly employed or not³⁷⁶.

As to the second rule, there is a general principle of solidarity in obligations between the agency and the end-user, concerning both remuneration and the social contributions owed to the workers³⁷⁷. The principle of solidarity, extended to include every payment related to the performance of the agency worker in favour of the user, represents the most characteristic normative institution in the Italian legal system and creates a powerful link between the formal and the effective employer to provide a guaranteed floor of rights for all workers involved in the triangular relationship.

At a theoretical level, the principle of solidarity requires two essential conditions to be satisfied: identity in the obligation (*eadem res debita*) and its unique source (*eadem obligandi causa*)³⁷⁸.

³⁷² Employment Relations Act 1998, Section 13 (1)(b).

³⁷³ Morris 2004: 108.

³⁷⁴ The minimum wage is guaranteed both in Italy and in the UK, although by different means: for the former, in fact, it is the result of the interpretation of a Constitutional principle (article 36) combined with collective agreements, while for the latter it is provided by a specific Statute (National Minimum Wage Act 1998).

³⁷⁵ Decree n. 276 of 2003, article 23 (1).

³⁷⁶ Decree n. 276 of 2003, article 23 (4).

³⁷⁷ Decree n. 276 of 2003, article 23 (3).

³⁷⁸ Amplius Busnelli 1974: 133.

While no doubts may be cast on the identity of the obligation which has to be performed by the agency and by the user firm (the payment of remuneration), identifying the uniqueness of the source can be more complex, since within a triangular relationship there are two different contracts, both centred on the role of the agency, but without an explicit link between the worker and the end user.

In the context of Italian labour law, agency work should be considered as a whole, as a new legal framework, and effectively as a new means of personally performing labour. The position of the end user vis-à-vis the agency worker, in fact, should no longer be seen merely as a factual one, having now many legally binding consequences. Therefore, the unique source of obligation should be centred on the commercial contract between the agency and the end-user, a contract which generates a number of contractual positions upon the three parties in the triangular arrangement. Finally, the principle of solidarity reveals an *eadem obligandi causa* because of the respective interest of each 'employer' (the agency and the user) to the performance of the worker. Arguably this is a central element in the argument that this study suggests, that is the idea of a shared position in the role of the employer between two distinct persons and, though, the one of a trilateral employment contract.

From another point of view, such a split liability in the most relevant obligation among the typical employer's contractual positions reflects a partially changed perspective of labour law and its regulatory techniques. Clearly the law no longer centres responsibilities upon the person who bears the costs and risks of labour performance but, rather, put them on the party which derives some advantages from its use³⁷⁹.

By contrast, the approach followed in the United Kingdom about the right of agency workers for equal pay is totally different. Some statutes have included the workers in their scope of application, and one of the cases is the National Minimum Wage Act. Regardless to the existence of a worker's contract, the Act applies in any case in which an individual is supplied by an agent to perform some work for an end-user, also called the principal, under a contractual arrangement made between the two parties. By means of a *fictio iuris*, the statutory provisions concerning minimum wages have effect «as if there were a worker's contract for the doing of the work by the agency worker made between the agency worker and whichever of the agent and the principal is responsible for paying the agency worker», or if neither of the two is so responsible, «whichever of them pays the agency worker in respect of the work»³⁸⁰.

Although empowering agency workers in one sense, British statutes do not deal with the problem of the solidity of the person responsible for payments. By saying that minimum wage principles must be observed, whichever of the two is contractually or effectively responsible, the law fails to ensure that a reliable enterprise will pay for agency workers' remuneration. The combination of this incoherence with the fact that no licence is required to run an agency generates a lack of protection, as has been recently pointed out by British trade unions as evidence of Government's deficiency in the sector of agency work³⁸¹.

Health and safety duties and protections

³⁷⁹ Corazza 1997: 91.

³⁸⁰ National Minimum Wage Act 1998, Section 34 (1) and (2).

³⁸¹ See TUC, *Below the minimum: Agency workers and the minimum wage* (2003).

The traditional prohibition on Italian employers to hire workers through intermediaries finds its origin in social security legislation of the early nineteenth century, that provided a specific income for women and children who were hired by employees and worked together for the same employer in the same plant. Subsequent health and safety provisions have always been conceived in light of a rationale according to which an employer who undertakes the business must grant his or her workers sufficient protection from the work-related risks that they might suffer.

While the Italian general regulation in this field refers to employers as persons who are bound by a contract of employment with an employee, a broader scope of application is provided as far as agency workers are concerned, because of the assumption that they are much more vulnerable than stable workers since they are less trained and informed of risks³⁸². The law of 2003 splits duties and responsibilities between the agency and the user firm: the former must provide appropriate information about the general risks that workers undertake and specific training concerning the work assignment. The end-user must give workers all information about specific risks related to the enterprise, must ensure medical support and surveillance, and is held responsible for all protection duties provided by law or by collective agreements³⁸³.

From a prescriptive point of view, albeit bearing in mind that in the law there is no reference to any kind of enforcement of the duties of the agency, this does not mean that the worker cannot claim for breach of contractual duties only against the user. In fact, the agency will be held responsible at all times for inadequate information that is given, also according to European provisions in this field, which include agencies in the category of those who are to be responsible as employers for the health and safety of their workers³⁸⁴. Also, being the agency able to decide at a first instance the total amount of labour costs, it must hold responsible for not having provided sufficient investment in this field. The combination of general and specific duties, lying respectively on the agency and the user firm, should in principle guarantee that the agency workers do not suffer higher risks of injuries during their assignments.

As will be shown, one of the most serious reasons for the weak protection of agency workers in the British legal system is that contractual obligations can hardly be implied with the user firm. Notwithstanding the frequent absence of contractual links with the worker, the end-user is arguably responsible for duties related to health and safety provisions.

The Health and Safety at Work etc. Act 1974 provides for a specific duty on the employer to conduct his or her undertaking «in such a way to ensure, so far as is reasonably practicable, that persons not in his employment who may be affected thereby are not thereby exposed to risks to their health or safety»³⁸⁵. Also, it shall be the duty of each person who has control of premises to take such measures as it is reasonable for a person in his or her position to take to ensure, so far as is reasonably practicable, that the premises are safe and without risks to health³⁸⁶. In practice,

³⁸² The most recent survey about the risks of injuries of agency workers in Italy reveals that the injury rate is almost double than the one of stable workers, especially in the construction sector: see INAIL, 2005 Report.

³⁸³ Decree n. 276 of 2003, article 23 (5).

³⁸⁴ Dir. 91/83/CE, article 1 (2) and 7.

³⁸⁵ Section 3 (1).

³⁸⁶ Section 4 (2).

every user must tell the agency about risks to the worker's health and safety and about measures taken to control the risks and must guarantee, where necessary, appropriate health surveillance.

As a regulatory technique, this means that the user is under a legal obligation with regards to all persons employed in a specific plant, no matter which kind of contract they have. The consequences of this approach are that an agency worker injured while working for a user might sue for damages at common law for negligence or breach of a statutory duty against the user³⁸⁷.

As relates to health and safety provisions, both the Italian and British legal systems make agency workers liable to pay national insurance contributions as if they were considered to be employees, but with the difference that as to the former the worker must pay social contributions regarding to the business run by the user firm, while the latter scenario treats agency workers as employees of the agency. Although English law, for this purpose and for the purpose of income taxation³⁸⁸, continues to treat agency workers as employees, the common law still refuses to recognise any bearing on their employment status for other purposes³⁸⁹, since these provisions «cannot affect the use of the term employee in other contexts»³⁹⁰.

5. The end-user as the 'factual' employer: integration and control

The assumption that direction and control power should be the central issue in conceptualizing agency work is a notable point in common of the Italian and English legislations. In fact, both legal systems traditionally relied on the element of control as an essential characteristic of the contract of employment and of the notion of employee for purposes of applying the most relevant parts of labour rights. A convincing and coherent framework, it is suggested, also arises from an analysis of that power within the triangle typical of agency work, both at a theoretical level and at an empirical one, although this point is still controversial in the most recent case law.

In the Italian legal system, for many years the most relevant distinction characterizing the contractual position of the intermediary and of the user firm respectively has been that of a fake/formal employer opposed to a real/factual one. Ruled by the reality principle, labour law has traditionally centred upon the real employer, ascribing to him or her all responsibilities related to workers, regardless whether the workers were supplied directly by the employer or by intermediaries. As we have seen, however, a change of perspective took place with the introduction of temporary work in 1997, and of leasing of workforce in 2003: the law only identifies the employer with the agency. Together with the fading of the distinction fake/real employer, the end user is no longer considered merely a factual employer, since he or she takes part in a licit contractual arrangement, whose consequences are regulated by law no more as sanctions, but as common duties related to the peculiar position assumed in front of the workers.

Agency work greatly challenges the traditional assumption in Italian labour law according to which subordination is related to the elements of integration in and control by an employer's organisation. Since these contractual positions upon the employer no longer take place, a first conceptual

³⁸⁷ Hepple 1999: 386.

³⁸⁸ See Income Tax (Earnings and Pensions) Act 2003, Part 2, Ch 7; Social Security (Categorisation of Earners) Regulations, SI 1978/1689.

³⁸⁹ Deakin – Morris 2005: 173.

³⁹⁰ See *McMeechan v Secretary of State for Employment* [1997] IRLR 353.

issue concerns the source of control legally exercised by the end-user, which at first glance should not be considered an employer. It also might be difficult to justify how the juridical interest to the fulfilment of the work performance is allocated, whether upon the agency or upon the user firm. The Italian law of 2003 seems to have clarified most of these points by establishing that the source of control is arguably to be found in the commercial contract between the agency and the user: with that contract, in fact, the supplied workers must perform their work «upon the enterprise and in the interest of the end-user»³⁹¹.

At the same time, this point causes theoretical disputes about the coherence of the creative allocation of powers and duties within the legal matrix of subordination described in article 2094 of the Italian Civil Code. Arguably after the regulations 2003 on agency work, a new and unique legal framework has been introduced in the Italian legal system, identified by the power to impose directives and controls centred on a 'non-employer' or, *rectius*, on a doubled employer. In a functional perspective, therefore, the very role of the employer (duties, powers and prerogatives) is legally shared by two persons which seem to be considered as employers of the supplied worker because of the simultaneous and/or concurrent exercise of the typical employer's prerogatives.

At first glance, the British common law should not face such difficulties in allocating new forms of labour into narrow legal definitions, since it is governed by the principle *ubi remedium ivi ius*. Nevertheless, even in recent years this system has to cope with the integration and control tests, in order to define who is to be considered as an employee or a worker for purposes of many statutes providing important labour rights. One of the areas where these tests have shown relevant risks of misconception has been agency work, precisely because of some circularity in traditional assumptions.

In fact, if one considers integration as a circumstance in which a person is employed as part of a business and his work is done as an integral part of that business³⁹², than one could conclude that a supplied worker is an integral part of the business of the user, and not of the agency. Again, the user and not the agency will be found as the counterpart of the employee if the control test is applied, including control «the power of the things to be done, the means to be employed in doing it, the time when and the place where it shall be done»³⁹³.

Quite often Courts and employment tribunals have struggled to find ways to escape from what seemed to be a blind alley. In many cases, in fact, the existence of an implied contract with the user firm has been denied, on the basis that if the individual fails to satisfy the tribunal that there is a contract of some kind with the user firm, then an implied contract of employment cannot be asserted³⁹⁴. Furthermore, when the agreement between the worker and the agency is merely an umbrella contract – that is a non-binding agreement through which parties on paper are not obliged respectively to accept and offer a job opportunity - the worker can neither be considered

³⁹¹ Decree n. 276 of 2003, article 20 (2).

³⁹² See *Stevenson, Jordan & Harris Ltd v Mc Donald & Evans* [1952] 1 TRL 111 (Denning LJ).

³⁹³ See *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister for Pensions and National Insurance* [1968] 2 QB 515 (McKenna J).

³⁹⁴ See *Hewlett Packard v O'Murphy* [2002] IRLR 4.

an employee of the agency nor of the user firm, because of a lack of mutuality and control, and rather is considered to be self employed³⁹⁵.

Some decisions of the Employment Appeal Tribunal and the Court of Appeal have led the way to a more comprehensive analysis of agency work. In *Motorola*, for example, a contract of service was implied between the agency worker and the end-user since the latter had a relevant degree of control over the worker and practically decided to terminate the assignment after a disciplinary hearing³⁹⁶. This might happen despite the absence of a contractual link with the user when dealings between the parties over a period of years are capable of generating an implied contractual relationship³⁹⁷.

One of the most outstanding cases in this regard is the very well known *Dacas v Brook Street Bureau*, where a supplied worker's contract was ended by the agency because of the alleged misconduct³⁹⁸. The Employment Tribunal found that the applicant had been employed by nobody, neither by the agency nor the user, because of the lack of essential elements typical of any employment contract. In particular, the agency was not under an obligation to provide the applicant with work, and she was not obliged to accept proposals (absence of mutuality). Furthermore, the agency did not exercise day-to-day control over her work (absence of control). The Employment Appeal Tribunal overturned this decision and found that Mrs Dacas should be considered as employee of the agency because of the fact that there was mutuality of obligation. The agency appealed to the Court of Appeal, and despite the second judgement had *de facto* excluded the user firm, the Court required its presence and stated that the first tribunal had erred in holding that there had not been an implied contract between the worker and the user.

The fascinating assumption of this case concerns the possibility to see the contractual position of the three parties as a whole, the degree of control over the work done being crucial, so that the function of the employer can be exercised together by the agency and the end user (Mummery LJ)³⁹⁹. In analysing triangular arrangements, the Court goes further, saying that there seems to be no overwhelming objection to a close combination of transactions, so that tribunals must consider the existence of two express contracts - a contract of employment between the worker and the agency and a commercial contract between the agency and the user - and of one implied contract (one of service between the worker and the user), the agency acting in some extent as an agent both for the worker and for the end-user.

A similar result was achieved by the Court in *Cable & Wireless v Muscat*, a rather complicated case where the basic principle of reality was applied⁴⁰⁰. Here the worker was asked by his employer to

³⁹⁵ See *Bunce v Postworth Ltd* [2005] IRLR 557.

³⁹⁶ See *Motorola Ltd v Davidson and Melville Craig Group Ltd* [2001] IRLR 4.

³⁹⁷ See *Franks v Reuters Ltd* [2003] IRLR 423.

³⁹⁸ See *Dacas v Brook Street Bureau (UK) Ltd* [2004] IRLR 358.

³⁹⁹ Expressly Mummery LJ refers to Freedland 2003: 42-43.

⁴⁰⁰ See *Cable & Wireless v Muscat* [2006] IRLR 354. I would point out that the reality principle has always been an overwhelming rationale of labour law and in recent cases has been confirmed: see *Bushaway v Royal National Lifeboat Institution* [2005] IRLR 674 (His Honour Judge Reid) and *Consistent Group Ltd v Kalwak* [2007] IRLR 560 (Mr Justice Elias President), then repealed by the Court of Appeal (*Consistent Group Ltd v Kalwak* [2008] IRLR 505), which allowed the appeal on the ground that the EAT had given any

resign from his contract of employment and restart a contract for services provided through a limited company, *ad hoc* created. After a takeover, a new contractor took the place of the former employer and asked Mr. Muscat to provide his services not only through his company, but also through an agency. During all time the claimant had provided his services to Cable & Wireless (and before to the former employer) he was found to have a contract of employment, so that he could claim for unfair dismissal against the end-user. An important finding of this case was that, to consider when a contract with the user must by necessity be implied, one should not look at worker's choice not to accept the conditions imposed by the employer. Applying the *Aramis* test⁴⁰¹, the Court found necessary to imply such a contract in order to establish the enforceable obligations that are typical of the factual circumstances. Despite the absence of any specific normative provision about agency workers, the Court remarks that her conclusion was not an attempt so solve any social problem by judicial creativity, but rather an attempt to correctly apply the law.

In recent cases, British jurisprudence reverted the achievements of this doctrine and limited its effects. It would be a rare case where there will be evidence entitling the tribunal to find an implied contract between the worker and the end-user: the mere existence of a relevant degree of control, in fact, does not itself mean that there is an implied obligation with the user⁴⁰². Also, when the worker is employed by the agency under a contract of employment and is thus protected for unfair dismissal purposes, there seems to be no good policy reason for extending that protection to a second and parallel employer, nor there is any necessity to do it, since the ERA 1996 itself envisages one employer only to be liable in dismissal claims⁴⁰³.

These latest decisions give a clear impression that the interpretation of cases concerning agency workers is everything but clear, and that in some circumstances the common law finds many difficulties in challenging its typical tests, since the operation of stretching its basic concepts might be seen merely as creative judicial effort. What is peculiar of agency work is that often two concurring Gordian knot take place in the same situation, since difficulties arise not only from the multilateralism of the arrangement, but also from (real or fake) obligations of the parties respectively not to provide and to accept work. This means that sometimes the mutuality test has to be applied both to understand if the worker and his counterpart are under a mutual obligation (thus excluding self employed and casual workers), and to find out who the real counterpart of the worker is (the formal employer or the factual one). Conclusively, what is undoubtedly is that a certain unease of interpreters leeks out from latest decisions, revealing different approaches of the judges, some being more consistent with the law as it is, some others more sensitive to experiment fresh remedies for agency workers, but all eventually requiring a specific intervention of statute law in this field⁴⁰⁴.

evidence that some clauses of the arrangement between the workers and the agency were in reality a sham, and, also, that it was not possible to imply into a contract a term that contradicted an express term (par. 23, per Rimer LJ).

⁴⁰¹ See *The Aramis* [1989] 1 Lloyd's Rep 213.

⁴⁰² See *James v London Borough of Greenwich* [2008] IRLR 302.

⁴⁰³ See *Cairns v Visteon UK Ltd* [2007] IRLR 175.

⁴⁰⁴ I would quote a significant paragraph from the EAT case *James v London Borough of Greenwich* by Mr Justice Elias (par. 61), confirmed in 2008 by the Court of Appeal: «We should not leave this case without repeating the observations made by many in the past

6. Vicarious liability and dual employership in tortious contexts

While the various attempts made by the common law of contracts - to establish a complex relationship within the triangular relationship typical of agency work - seem not to have reached uncontroversial results, some apparently unforeseen outcomes arrive from the law of torts. Both in civil law and in common law systems, it is a general principle that when an employee commits a tort while performing his/her work, vicarious liability is superimposed by law over the employer. Of this rule, also known as *respondeat superior*, many justifications have been given by scholars and jurisprudence, to figure out the very core rationale of what is, without any doubt, a case of objective or faultless responsibility⁴⁰⁵. And many other reasons have been set to understand the functional aspects of this kind of non-personal responsibility, the question being whether it is attributed to the employer the action of the employee or the employee's liability for the damages he/she has caused⁴⁰⁶.

Since the classical justification that *cuius commoda eius et incommoda* was abandoned⁴⁰⁷, the need to find one or more legal principle able to found employer's vicarious liability has been felt, especially by courts and tribunals, to broaden its scope of application and for the ultimate purpose to give compensation to third damaged by the acts of employees. Curiously (or maybe not) some of those principles are closely connected to the traditional tests used in the common law to figure out whether a person is to be considered as an employee or a self employed/agency/casual/home/zero hour worker⁴⁰⁸.

In many circumstances the justification of vicarious liability has been found in the better economic position of the employer than the one of his employees in respect to the third damaged, either because of his static features (an employer is supposed to have a 'deeper pocket' than employees) or because of the dynamic elements of the business (the enterprise is able to spread the loss of the injuries through insurance or the price of its products). Conversely, many other cases indicate the employer as vicarious responsible because of his functional position over employees, so that he is held to be liable either for *culpa in eligendo* or for *culpa in vigilando*. It is especially these latter principles which seem to permeate, albeit not expressly, the more recent jurisprudence in Britain.

As far as agency work and the shared role of the employer are concerned, this should bring courts to make a blind choice or, to put it better, to decide whether to place responsibility on the shoulders of the agency (a) (also called *general employer*), who is able to choose the most suitable worker to be supplied, or on the end-user (b) (the *temporary employer*) who in most of cases

that many agency workers are highly vulnerable and need to be protected from the abuse of economic power by end-users. The common law can only tinker with the problem on the margins. That is not to say that all agency relationships simply have as their objective to defeat the rights of the workers ... A careful analysis of both the problems and the solutions, with legislative protection where necessary, is urgently required».

⁴⁰⁵ A classical reading for common lawyers is Atiyah 1967, whose Chapters 2, 5, 17 and 18 are very much important for our analysis. In the same years in Italy two essential works for civil lawyers were published: Scognamiglio 1966 and Spagnuolo Vigorita 1971.

⁴⁰⁶ An original and in some extent convincing point of view is taken by Stevens 2007.

⁴⁰⁷ Reflects of this rule seem to put the bases of some modern theories, such as Pollock's idea of danger (Pollock 1882) or Trimarchi's idea of risk (Trimarchi 1961).

⁴⁰⁸ Markesinis – Deakin 2008.

exercises the day-to-day control, or even on both the agency and the user (c), because of their concurrent position of governing worker's performances. The leading authority in the British legal system for the first solution (a) is *Mersey Docks*, in which the worker's general employer was held responsible, because of the heavy burden of showing an opposite solution⁴⁰⁹. The relevant questions here were: who had immediate direction and control of the worker and whose responsibility it was to prevent the negligent act, the general employer. The same questions brought to an opposite solution (b) in *Denham*, being important in that case the assumption that the right of control carries with it the burden of responsibility⁴¹⁰.

If we stopped our analysis to the (a) and (b) approach, we would see that the combination of the legal basis of vicarious liability with the suitable test for ascertain the nature of contractual relationship ends with bringing a detriment to the true subject of the vicarious liability principle: the third party. In most of cases courts still attach significance to the control test as an ultimate resort, without looking at the contractual operation between the parties as a whole. Had it been more deeply considered the statement «the law does not recognise a several liability in two principals who are unconnected»⁴¹¹, probably some decision would held liable both the general and the temporary employers, since at least in agency work the two are technically connected by a commercial contract and also they exercise in connection/cooperation most of the employer's functions⁴¹².

A recent case adopted the solution (c) and restated the two hundred years old assumption of *Laugher v Pointer*, noting that at common law the contrary position has never been considered in depth. In *Viasystems v Thermal Transfer* the Court of Appeal held that both the general and the temporary employers were held responsible for the damages caused by a borrowed worker, since dual vicarious liability is likely to be imposed in situations where the worker is the counterpart of two co-employers⁴¹³. By analysing the historical development of common law principles in this filed, and by taking suggestions from other jurisdictions (Australia, US, Ireland and Canada)⁴¹⁴, the Court took the view that the very basis of vicarious liability is the relationship between the employee and the employers.

However, the two judges give a slightly different reason of the identical result they have reached. While in May LJ' opinion, the critical relationship is the employer's right and obligation to control the relevant activity of the employees, so that dual vicarious liability derives as a consequence from the dual control over the employee, Rix LJ took the view that «what one is looking for is a situation where the employee in question ... is so much a part of the work, business or organisation of both employers that it is just to make both employers answer for his negligence. What has to be recalled is that the vicarious liability...is a doctrine designed for the sake of the claimant imposing a liability incurred without fault because the employer is treated by the law as picking

⁴⁰⁹ See *Mersey Docks and Harbour Board v Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd* [1947] AC 1, 61.

⁴¹⁰ See *Denham v Midland Employers' Mutual Assurance Ltd* [1955] 2 QB 437.

⁴¹¹ Per Littledale J in *Laugher v Pointer* [1826] above at 1.

⁴¹² Atiyah 1967: 156.

⁴¹³ See *Viasystem (Tyneside) Ltd v Thermal Transfer (Northern) Ltd* [2005] IRLR 983.

⁴¹⁴ For references to the jurisprudence of the Supreme Court of Canada see Stevens 2006.

up the burden of an organisational or business relationship which he has undertaken for his own benefits».

This case has been variably interpreted and sometimes criticized by English scholarship. From one point of view, the decision would reveal conservatism in the approach in accepting end-user's liability in few cases only as *Mersey Docks* did. Since contemporary labour law recognizes different forms of control which, especially as far as agency work is concerned, appears to be bifurcated into its right and its exercise, only the temporary employer should be liable for the torts of the borrowed employees, having the right to exercise control during the assignment⁴¹⁵. What anyways has been pointed out is that this case disturbs traditional assumptions over the allocation of consequences for employee's tortious actions and might help the development of the debate over the use of original techniques in analysing new forms of labour. The central issue, here, is whether would be possible/desirable to see these techniques deployed more extensively in the employment law field, and so to use them in building conceptual frameworks⁴¹⁶.

A broad scrutiny of the latest cases on vicarious liability of temporary employers gives the impression that the influence of control test is still the most relevant factor in judges' reasoning, *Viasystems* being accepted in its first assumptions only (about control), where in fact no conceptual innovations were argued. A clear example is *Hawley v Luminar Leisure*, where a club was held to be responsible for the doorman's tortious actions because of the control exercised over his daily performance⁴¹⁷. When regard is had not just to this case, but also to the other quoted, it is reasonable to conclude that British courts often have an 'impressionistic' approach to the matter, common law rules being sometimes not suitable to be extended in a plethora of cases⁴¹⁸. But except from considering the possibility to accept the idea of a divisible status of the employee⁴¹⁹, depending on the purpose it is used for, it's arguable that courts should not waste the opportunity to re-found vicarious liability on more stable principles and, at the same time, to widen the results within a contractual context also. Such as control has been used both to define an employee under a contract of employment and to identify the responsible employer for the torts of his employees, a more comprehensive test used in the latter case might yield some bearings on the former.

A forced passage to go through in demonstrating the need of broader perspectives is to analyse in brief the same question within the Italian labour law system, albeit by taking a different approach, since the starting point for vicarious liability is the legislative assumption that the end-user is responsible for torts committed by the supplied workers during their assignments⁴²⁰.

⁴¹⁵ Brodie 2006: 91; *contra* Wynn – Leighton 2006: 313.

⁴¹⁶ Deakin 2007: 82.

⁴¹⁷ See *Hawley v Luminar Leisure Plc and Others* [2006] IRLR 817: see also *Interlink Express Parcels v Night Trunkers Ltd* [2001] EWCA Civ 360.

⁴¹⁸ But see Reynold 2005: 272, who underlines that, as far as vicarious liability in tort is concerned, «the contractual relationship between the parties is not a crucial consideration».

⁴¹⁹ Markesinis – Deakin 2008.

⁴²⁰ Decree n. 276 of 2003, article 26.

The principle of *respondeat superior* is deeply rooted in Italian civil law and it is regulated in article 2049 of the Civil Code. According to this article, the rationale of the principle must be found in the need of protection of third parties, strangers to the contractual arrangement between the employer and the worker, this one being in a peculiar position for the economic purpose of the former and taking part to its organisation or business⁴²¹. Applying this justification to the case of agency work, the leading scholarship finds a coherent rule the one of holding the user responsible for the worker's torts, because of the close and peculiar position of the latter in respect to the former. Thus in this situation the agency would stay aside, not being responsible of any action done by the employee, although the article of the Civil Code would be applicable to the agency itself as the legal employer.

What might seem a contradiction of rules is instead an enriching key to interpret the allocation of powers and prerogatives upon what we are now able to call the 'two employers'. It can be suggested that, had regard been had to current law about agency work, supplied workers are not only part of the user's firm but also of the agency's organisation, which should be conceived not just as a hiring company (like the British 'employment agencies'). The very difference between former regulations and 2003 labour market reform has concerned the role of agencies within the labour market: though acting as previous public placement services, the agency has nowadays another substantial role over the contractual relationship with the workers. Notwithstanding this crucial point, the agency would reduce its function merely as a hiring entity. Therefore, since the worker takes part of the organisational structure both of the agency and the end user – an issue deeply analysed also in *Viasystems* (see Rix LJ) -, there is no practical reason to exclude the former from the legal obligation centred on vicarious liability principle⁴²². Technically then, it is conceivable that the element which yields this bearing is the concurrent interest of the two employers to the work performance, which is reflected in the shared position of powers, prerogatives and duties upon them.

As a result, as far as agency work is concerned, the rule of vicarious liability is arguable to operate both against the agency and the end-user, «leaving them to dispute among themselves who should bear the burden»⁴²³ and, in any case, following the solidarity principle and thus holding the two responsible for an equal contribution⁴²⁴. This solution seems to take in great account the central rationale which permeates both article 2049 Civil Code and article 26 Decree n. 276 of 2003, that is the primary protection of third parties damaged by enterprises' activity with a view to the Constitutional principles of social solidarity.

In a similar extent, the rule of dual employer's liability for torts appears to fit also in a common law context, where recent cases showed some confusion in finding a basic principle to rely on. Since the problem of founding vicarious liability is strictly related with the juridical boundaries of the enterprise and its factors, only by considering agency work as a whole (and so employer's liability as shared) one can balance values and interests of every society. In tortious contexts this

⁴²¹ An outstanding analysis of the principle and its foundations is given by Scognamiglio above at 100.

⁴²² Contra see *Hawley v Luminar Leisure Plc and Others* above at 112.

⁴²³ Atiyah 1967: 163.

⁴²⁴ See article 1294 of the Italian Civil Code and a similar rule given in *Viasystems* above at 108.

is what has recently been called the 'organisational liability', to light the need of modern labour law to cope with the problem of fragmentation of the enterprise and the decline of hierarchically organised internal labour markets⁴²⁵.

7. A worker of one, none, or two employers: dual employership as a conceptual framework

Though not openly recognising triangular employment relationships as such, both in the Italian and the English labour law systems there seem to be more and more hints and traces of original remedies to be employed in providing acceptable practical solutions and coherent theoretical concepts to the issues of agency workers. The very notions labour law traditionally was focused on are in some extent reshaped by the analysed changes of economic structures. Once the endeavours of scholars are addressed to the study of what has been called the 'employing entity'⁴²⁶, one cannot help taking into account that new conceptual frameworks should be used very carefully in their prescriptive attitudes, the risk being that of creating more problems than solving them.

What is arguable after the broad analysis of the main law institution at work in the Italian and British systems is that in some extent a common matrix may be found in all cases when the duties of the employer are either shared (i.e. remuneration duty) or exercised in cooperation at different times (i.e. in the course of a disciplinary procedure) or for different purposes (i.e. health and safety provisions). This sharing of duties generates curious effects on what is still supposed to be a mere splitting of powers: only if we see the contractual triangular relationship as a whole, traditional common law tests will fit to the different situations, so that as a result the worker must be deemed as controlled by both employers, as well as a part of the business of both of them⁴²⁷.

Since the traditional assumption, especially in the Italian labour law context, is that the contract of employment is the central matrix of the enterprise as an organisational structure, what we see in agency work is that the triangular work relationship essentially creates two distinct but connected organisations. This is a point that cannot be ignored by the law, and in fact has been pointed out by many scholars in the common law⁴²⁸. The options here are either to have a functional approach to the various situations, so considering multiple employers for different purposes⁴²⁹, or to have a rather more comprehensive approach, regarding to the two employers as a whole and multiple employing entity⁴³⁰.

The problem with the first approach is that it might bring interpreters to ignore some factual elements or more frequently to exclude some solutions because of the absence of the factors considered essential to the doctrine, thus leaving a worker of one or even none employer for that particular purpose. Therefore I would agree with the broader approach albeit its bearings have

⁴²⁵ Deakin 2003: 113.

⁴²⁶ Freedland 2003.

⁴²⁷ The clear reference here is at the never ending attempts of the jurisprudence to define the boundaries of a progressively more altered enterprise, where (to put it with Jünger's words) «nothing is constant except changing».

⁴²⁸Above all see Fudge 2006: 298.

⁴²⁹ Deakin 2001: 84.

⁴³⁰ Davidov 2004: 748; Freedland 2003: 40.

to be carefully verified, in the light of the two most established arguments against the recognition of an employing entity which is doubled in its typical functions and duties: necessity and policy reasons.

In many cases both British and Italian jurisprudence denied protection to agency workers because of the absence of any *necessity* in doing so, that is to say that to imply a contract from the conduct of the parties, «it is not enough to show that the parties have done something more than, or different from, what they were already bound to do under obligations owed to others»⁴³¹. Taking into account the test of necessity as the one able «to give business reality to a transaction and to create enforceable obligations between parties who are dealing with one another in circumstances in which one would expect that business reality and those enforceable obligations to exist», we should not skip over the agency worker's point of view. To put it in better words, it is nowadays unacceptable to consider the economic reality of agency work as if it were a 'mono-dimensional unit', the risk being of «dis-embedding the employment relationship from the organisational context in which the work is performed»⁴³². It is quite clear, in fact, that if we look at the business reality as a situation where two distinct companies are acting as if they were effectively only one, it would be a rare case to imply such a contract with the user, or both with the user and the agency, when the arrangements are genuine⁴³³.

Instead, considering the same factual situation from the worker's (juridical) point of view, the co-existence of two employers might be seen as the rule, the bilateral contract being the exemption which happens when the agency plays the merely formal role of a hiring subject. But British courts still appear unwilling to do so. A similar problem occurred when the Italian jurisprudence had to deal with the law n. 1369 of 1960 and decide whether the formal employer would have been held responsible for the worker's payments in case of insolvency of the user firm. Notwithstanding the needs of protection of the workers involved in the triangular relationship, since the letter of the law addressed all responsibilities upon the 'real' employer (the end-user), creating *ex lege* a contract of employment with him, the Corte di Cassazione denied the possibility for the worker to claim against the 'formal' employer (the hiring company)⁴³⁴.

The second strong argument against the recognition of a triangular work relationship between the worker, the agency and the user has been the one concerning *policy* reasons, which are to be taken into account by common law courts, being instead (more or less) indifferent in a civil law context. Here the gap between the different approaches of the two Countries we are analysing is significant, and lays on the rationale that is to be found in each and every case.

In *Cairns v Visteon* the EAT, denying the existence of an implied contract with the user, held that as far as policy considerations are concerned vicarious liability cases must be distinguished from

⁴³¹ See *Mitsui and Co Ltd v Novorossiysk Shipping Co (The Gudermis)* [1993] 1 Lloyd's Rep 311 (per Staughton LJ); *The Aramis* [1989] 1 Lloyd's Rep 213 (per Bingham LJ).

⁴³² Deakin 2001: 73.

⁴³³ See in fact *James v London Borough of Greenwich* (per Elias LJ at par. 58)

⁴³⁴ See Corte di Cassazione Sezioni Unite 26-10-06, n. 22910, (2007) *Il Lavoro nella Giurisprudenza* 275; Corte di Cassazione Sezioni Unite 2-10-02, n. 14897, (2003) *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 188; Corte di Cassazione Sezioni Unite 21-03-97, n. 2517, (1997) *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* II 705.

unfair dismissal ones. While a concurrent responsibility might be found in a tortious context – where the policy reason is the protection of injured third parties –, it is unnecessary to find that the worker is employed under a contact of service by both the general and the temporary employer, being the protection under Part 10 ERA against unfair dismissal rather different. What curiously brought the judges in this case to deny the possibility of a triangular work contract has been the fact that there seems not to be any basis «for departing from what has been the common understanding from at least of the judgment of Littledale J in *Laugher v Pointer* in 1826: a servant cannot have two masters»⁴³⁵. The impression one can get from the reading of case law is that, by and large, some interpretations seem to be rather circular, yielding in many occasions the effect of overestimating contractual clauses on paper, and thus not taking into account implied obligations put on the shoulders of the agency worker, nor giving enough space to some rights typical of the employee⁴³⁶.

One field where the acceptance of dual employership as a key of interpretation would have relevant consequences is that of collective rights of agency workers. In Italy the issue is regulated by article 24, decree n. 276 of 2003, which tries to find adequate remedies to the fragmentation of the firm's community, traditionally seen as the crucial element where collective rights developed. According to this provision, agency workers are allowed to exercise the typical collective rights as if they were employees; although the norm doesn't tell which context these rights might be exercised in, both the agency and the user firm must guarantee them, since practically agency workers are part of two organisations. Therefore agency workers have the right to summon assemblies, the right to strike and the right to collect contributions against both the employers, and both cannot make any discrimination concerning the union affiliation of agency workers. It seems quite clear that the dual employership perspective we adopted is in this field entirely fulfilled, referring as it does to the very core of labour rights. A similar bearing could be yield in the British context, where the law seems much less prepared to experiment new means of representation of atypical workers and the weakness of trade unions could be seen as a 'fertile land' to affirm rights for agency workers.

8. Agency work relationships and new challenges for European labour law

The issue of providing a floor of rights for all those workers which fall outside the scope of application of labour law is not a new one in the European context. Facing the disadvantages of having many different disciplines (or having none) concerning agencies and employment businesses as active actors in the National labour markets, European institutions proposed a series of regulatory means of intervention in this area.

However, the regulation of temporary work at European level has been contentious for some decades, at least from the time the Commission first submitted a draft Directive in 1982, which was never adopted. In 2000, the social partner organizations ETUC, UNICE and CEEP launched talks on a temporary work agreement, but after a year of negotiations «it became clear that the

⁴³⁵ See *Cairns v Visteon UK Ltd* [2007] IRLR 175 per Peter Clark J (at 17).

⁴³⁶ It must be said, however, that British courts traditionally refuse to assign too much importance to implied obligations, as recently stated in *James v London Borough of Greenwich* (above at 66): see Brown 2008: 181; Reynold 2006:320.

employers were not going to accept that temporary agency workers' conditions should be on an equal footing with staff in the user company»⁴³⁷. In March 2002, taking into serious account the breakdown between social parts, the European Commission put forward a proposal for a Temporary Agency Work Directive⁴³⁸, endorsing the principle of non-discrimination between temporary agency workers and 'comparable workers' in the user firm. This first proposal was then amended⁴³⁹ as to answer to the several questions moved by the European Parliament, but too many objections were then raised by Member States⁴⁴⁰. One of the main obstacles stressed by the British Government and the Business organisations was the qualifying period that an agency worker would have spent on a particular assignment before being subjected to 'equal pay' rights, a point which, instead, had to be abolished according to other Member States.

Since then, despite the attempts to find a compromise, the stubborn opposition of a minority of Member States' governments has blocked progress in this crucial area. And though some efforts to re-negotiate a new draft Directive, the issue of protection of temporary agency workers in Europe still remains a matter to be discussed.

A recent document of the European Commission - the Green Paper 'Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century'⁴⁴¹ - expressly cope with the problem of 'three work relationships', asking Member States, social parts and academics to answer three specific questions. The first one concerning the need to determine who is accountable for compliance with employment rights. The second one on the effectiveness and feasibleness of subsidiary liability to establish such a responsibility in the case of sub-contractors. The last one, more rhetorical, about the possibility to see other ways to ensure adequate protection of workers in 'three-way relationships'.

Because of the huge consultation process which followed the Green Paper, the current work cannot give an overview of the outcomes and the proposal put forward⁴⁴². Among the others considered in the final Communication by the Commission to the European institutions⁴⁴³, the opinion of the European Parliament emerges, pushing for the opportunity to provide solidarity in obligations and joint responsibility between the agency and the user firm, also when contracting-out is concerned, for the aim of a more competitive and transparent labour market.

Some Member States have added that a general principle of subsidiary liability should permeate labour law as a whole at a European level, in the same way some national legislation yet provide. On the one hand, the Italian Government answered positively to the three questions above mentioned; in particular highlighting that is arguable that the Commission present again a directive proposal including the principle of equal treatment and equal pay between agency workers and

⁴³⁷ ETUC 2006.

⁴³⁸ COM (2002)149.

⁴³⁹ COM (2002) 701.

⁴⁴⁰ Especially the UK, Denmark, Germany, Ireland, Poland and Slovakia blocked the course of the Directive, which had to be approved following the co-decision procedure.

⁴⁴¹ COM (2006) 708 of 22.11.2006.

⁴⁴² Sciarra 2007; Barnard 2007.

⁴⁴³ COM (2007) 627 of 24.10.2007

user firm's comparable employees, and that of solidarity between the latter and the agency as far as the basic labour rights are concerned. British Government, instead, on the premise that «all individuals should be aware of what their rights are» and who is responsible for those rights, rejected the issue of a clearer status for agency workers, because they are yet entitled to rights associated with «equality of opportunity (non-discrimination), a national minimum wage, health and safety in the workplace, working time entitlements ...and the right to be a member of a trade union». In this perspective, should be refused the idea of «giving everyone the same employment status», not reflecting the variable levels of responsibility typical of different employment relationships⁴⁴⁴.

Albeit concerning two separate situations, i.e. triangulated relationships typical of agency work and chains of sub-contracting, European Commission has adopted an empirical and rather remedial approach⁴⁴⁵, considering more appropriate to promote the implementation of certain basic rights and recognising the peculiar position of the agency and the end user as employers vis-à-vis the worker, a position which cannot be eventually detrimental. On the contrary, it seems the Commission doesn't cope with labour market's efficiency and/or firm's flexibility, refusing the assumption that a more regulated market of employment agencies would mean higher rates of unemployment and economic inactivity. The European discourse, therefore, seems to be closer to the continental model of a strong intervention of the law rather than to the British one, and this may be one of the reasons why British Trade Unions suggest the adoption of a new directive concerning agency work establishing the principles of equal treatment, integration of agency workers within the user firm, improvement of workers' access to training and career development opportunities⁴⁴⁶.

The means by which to ensure these rights and the tools to be used by the European legislation are all but clear⁴⁴⁷. The concept of triangular work relationship governing agency work, in fact, is far from being accepted also by the European Court of Justice, as noticeably stated at last in *Allonby*⁴⁴⁸, concerning equal pay provisions, although its importance as an authority and in the context of the current work transcends this narrow field. The case concerned the issue whether the principle of equal pay for men and women was to be used comparing a worker employed in the same context as the claimant, but under contract with a third company. According to the ECJ, Ms Allonby, a self-employed female lecturer who worked for long time side by side with other male colleagues employed by third parties, was not entitled to receive the same treatment of those colleagues. The applicability of Article 141(1) EC vis-à-vis an undertaking should not be «subject to the condition that the worker concerned can be compared with a worker of the other sex who is or has been employed by the same employer and who has received higher pay for equal work or work of equal value», the very source of obligations being totally different. The interpretation of the Court is rather unable to see beyond the formal boundaries of the employing enterprise:

⁴⁴⁴ All the replies to the Green Paper 2006 can be consulted at http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_responses_en.htm

⁴⁴⁵ The document has been defined as a 'useful but hazy' one by Murcia 2007: 113.

⁴⁴⁶ TUC, *Below the minimum: Agency workers and the minimum wage* (2003).

⁴⁴⁷ See Zappalà 2003.

⁴⁴⁸ See *Allonby v Accrington & Rosendale College*, Case C-256/01 [2004] IRLR 224 (ECJ).

albeit admitting that there is nothing in the wording of Article 141(1) to suggest that the applicability of that provision is limited to a single employer, the mere fact that the level of pay received by the worker is connected to the amount which the end-user pays to the intermediary is not a sufficient basis for concluding that those two entities constitute a single source. As it has been noticed, the fragmentation of managerial powers typical of agency work has not been scrutinised by the ECJ, being rather 'given' as factual evidence but without any attempt to find more comprehensive reference models⁴⁴⁹.

In this as well as in *Lawrence* case⁴⁵⁰, the basic assumption was that to find inequality in pay levels there must be a fault of the employing entity. If we bear in mind that outsourcing decisions, concerning managerial prerogatives, cannot be substantially criticised by any judge, it seems the ECJ deliberately enters a blind alley and chooses not to find alternative solutions to the case, while the acceptance of the link between the agency and the user firm as one able to produce obligations against both – and so looking at agency work arrangement as a whole - would have meant the establishment of a 'dual set of responsibilities'⁴⁵¹.

In the context described above, the attempt to build a more general legal framework and, thus, to recognise that two employers represent in many cases a single employing entity might bring some coherent solutions to the political debate on agency workers' rights, and at the same time make legislators guarantee a fair use of labour force, not only based on a cost-cutting attitude of outsourcing decisions.

However, as far as national jurisprudence is concerned, the divergence between the Italian and the British systems seems to widen together with a certain 'conservatism' of the Supreme courts of the two Countries, the former still permeated by the traditional prohibition on triangular work relationships⁴⁵², the latter recently re-assessed on a strong consideration of the parties' contractual will⁴⁵³.

Bibliography

- ATIYAH P.S. (1967), *Vicarious liability in the Law of Torts*, Butterworths, London.
- BARNARD C. (2007), *Triangular and Multisided Relationships*, to the Commission's consultation on its Green Paper, http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/answers/documents/7_54_en.pdf.
- BECK U (1986), *Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main.
- BONARDI O. (2001), *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Giuffrè, Milano.
- BRODIE D. (2006), 'The Enterprise and the Borrowed Worker', *Industrial Law Journal*, Vol. 35, 87.
- BROWN E. (2008), 'Protecting Agency Workers: Implied Contract or Legislation?', *Industrial Law Journal*, Vol. 37, 178.

⁴⁴⁹ Fredman 2004a: 281.

⁴⁵⁰ See *Lawrence v Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group and Mitie Secure Services Ltd*, Case C-320/00 [2002] ECR I-7325.

⁴⁵¹ Fredman 2004b: 317.

⁴⁵² See Corte di Cassazione Sezioni Unite 26-10-06, n. 22910 and the others quoted above at 129.

⁴⁵³ See *James v London Borough of Greenwich* [2008], above at 66; *Consistent Group Ltd v Kalwak* [2008], above at 95.

- BUSNELLI F.D. (1974), *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Giuffrè, Milano.
- CARINCI M. T. (2008), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli editore, Torino, 2008.
- COLLINS H. (2006), *Multi-segmented Workforces, Comparative Fairness, and the Capital Boundary Obstacle*, in DAVIDOV G. – LANGILLE B. (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford and Portland, Oregon.
- COLLINS H. (2003), *Employment Law*, OUP, Oxford.
- COLLINS H. (1990a), 'Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration', *Modern Law Review*, Vol. 53, 731.
- COLLINS H. (1990b), 'Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws', *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10, 353.
- COASE R. (1937), "The Nature of the Firm", *Economica*, n. 4, p. 386
- CORAZZA L. (2004), "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova.
- CORAZZA L. (1997), 'Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro', *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 77.
- DAVIDOV G. (2004), 'Joint Employment Status in Triangular Employment Relationship', *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 42, No. 4, 727.
- DAVIES P. – FREEDLAND M. R. (2007), *Towards a Flexible Labour Market. Labour Legislation and Regulation since the 1990s*, OUP, Oxford.
- DAVIES P. – FREEDLAND M. R. (2006), *The Complexities of the Employing Enterprise*, in DAVIDOV G. – LANGILLE B. (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford and Portland, Oregon.
- DAVIES P. – FREEDLAND M. R. (1999), 'Labor Markets, Welfare and the Personal Scope of Employment Law', *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 21, 231.
- DAVIES P. – FREEDLAND M. R. (1993), *Labour Legislation and Public Policy*, OUP, Oxford.
- DAVIDOV G. (2004), 'Joint Employer Status in Triangular Employment Relationship', *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 42, 727.
- DEAKIN S. (2007), 'Does the "Personal Employment Contract" Provide a Basis for the Reunification of Employment Law?', *Industrial Law Journal*, Vol. 36, 68.
- DEAKIN S. (2003), "Enterprise Risk": The Juridical Nature of the Firm Revisited', *Industrial Law Journal*, Vol. 32, 97.
- DEAKIN S. (2001), 'The Changing Concept of the "Employer" in Labour Law', *Industrial Law Journal*, Vol. 30, 72.
- DE SIMONE G. (1995), *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano.
- FORDE C. – SLATER G. (2005), 'Agency Working in Britain: Character, Consequences and Regulation', *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 43, 249.

- FREDMAN S. (2004a), 'Marginalising Equal Pay Laws', *Industrial Law Journal*, Vol. 33, 281.
- FREDMAN S. (2004b), 'Women at Work: The Broken Promise of Flexicurity', *Industrial Law Journal*, Vol. 33, 299.
- FREEDLAND M.R. (2007), 'Developing the European Comparative Law of Personal Work Contracts', *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 28, 487.
- FREEDLAND M.R. (2006), 'From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus', *Industrial Law Journal*, Vol. 35, 1.
- FREEDLAND M.R. (2003), *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, Oxford.
- FREEDLAND M.R. (1976), *The Contract of Employment*, Clarendon, Oxford.
- FUDGE J. (2006), The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection, in DAVIDOV G. – LANGILLE B. (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford and Portland, Oregon.
- GORZ A. (2003), *L'immatériel. Connaissance, valeur et capital*, Éditions Galilée, Paris.
- GROSSMAN G. M. – HELPMAN E. (2005), 'Outsourcing in a Global Economy', *Review of Economic Studies*, Vol. 72, 135.
- GROSSMAN S. J. - HART O.D. (1986), 'The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration', *The Journal of Political Economy*, Vol. 94, n. 4, 691-719.
- HEPPEL B. (1999), 'United Kingdom', in *Private Employment Agencies*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Vol. 36, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 380.
- ICHINO P. (2004), *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in PEDRAZZOLI M. (ed.), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, Zanichelli, 294.
- ICHINO P. (2003), *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- ICHINO P. (1997), 'Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione', *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 503.
- JÜNGER E. (1932), *Der Arbeiter. Dominion und gestalt*.
- LAMBERTI M. (2004), *Ragionando di esternalizzazioni: la prestazione di lavoro nei contesti multidi-
toriali*, in FERRARO G. (ed.), *Sviluppo e occupazione nel mercato globale. Stravolgimenti economici,
competizione dei sistemi locali, metamorfosi del lavoro*, Milano, 403 ss.
- LO FARO A. (2003), *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- MARKESINIS B. – DEAKIN S. (2008), *Tort Law*, OUP, Oxford.
- MARX K. - ENGELS F (1848), *Manifest der Kommunistischen Partei*.
- MORRIS G. (2004), *Approaches towards Temporary Work*, in BLANPAIN R. – GRAHAM R. (eds.), *Temporary Agency Work and the Information Society*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 101.
- MURCIA J. G. (2007), 'The European Commission's Green Paper on labour law', *International Labour review*, Vol. 146, 109.

- PEDRAZZOLI M. (1985), *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 374.
- POLLOCK F. (1882), *Employer's Liability*, in *Essays in Jurisprudence and Ethic*, London, 114.
- POSTHUMA R.A. - DWORKIN J.B. (1997), 'The Joint Employer, the NLRB, and changing Rights for Contingent Workers', *Labor Law Journal*, 19.
- PURCELL K. – PURCELL J. (1999), 'Insourcing, Outsourcing and the Growth of Contingent Labour as Evidence of Flexible Employment Strategies', in M. BIAGI - R.H. BLANPAIN (eds.), *Non-Standard Work and Industrial Relations*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Vol. 35, 163.
- REYNOLD F. (2006), 'The Status of Agency Workers: A Question of Legal Principle', *Industrial Law Journal*, Vol. 35, 320.
- REYNOLD F. (2005), 'Negligent Agency Workers: Can There Be Vicarious Liability?', *Industrial Law Journal*, Vol. 34, 270.
- SCARPELLI F. (1996), 'Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa', *Lavoro e Diritto*, 15.
- SCHUMPETER J. (1994), *Capitalism, socialism, and democracy*, latest edition, Taylor & Francis, 91.
- SCIARRA S. (2007), EU Commission Green Paper 'Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century', *Industrial Law Journal*, Vol. 36, 375.
- SCIARRA S. (2001), Job Centre: *an Illustrative Example of Strategic Litigation*, in SCIARRA S. (ed.), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 241.
- SCOGNAMIGLIO R. (1966), 'Considerazioni sulla responsabilità dei padroni e committenti per il fatto dei domestici e commessi (art. 2049 c.c.)', *Rivista di Diritto Commerciale*, 163.
- SPAGNUOLO VIGORITA L. (1971), *La responsabilità extracontrattuale e contrattuale del datore di lavoro per fatto del dipendente (artt. 2049 e 1228 c.c.)*, in RIVA SANSEVERINO L. - MAZZONI G. (eds.), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Vol. II, Utet, Torino, 455.
- STEVENS R. (2007), 'Vicarious Liability or Vicarious Action?', *Law Quarterly Review*, Vol. 123, 30.
- STEVENS R. (2006), 'Joint Vicarious Liability in the Supreme Court of Canada', *Law Quarterly Review*, Vol. 122, 195.
- SUPIOT A. (2001), *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford, OUP.
- TIRABOSCHI M. (1999), *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Utet, Torino.
- TULLINI P. (2003), 'Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro)', *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 85.
- WILLIAMSON O. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, Free Press.
- WILLIAMSON O. (1996), *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press.

WYNN M. - LEIGHTON P. (2006), 'Will the Real Employer Please Stand Up? Agencies, Client Companies and the Employment Status of the Temporary Agency Worker', *Industrial Law Journal*, Vol. 35, 301.

ZAPPALÀ L. (2003), 'The Temporary Agency Workers' Directive: An Impossible Political Agreement?', *Industrial Law Journal*, Vol. 32, 310.

Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche e ambigue risposte del legislatore*

Francesca Marinelli

| | |
|---|-----|
| Sezione I: Analisi dello stato del dibattito | 123 |
| 1. Il recente intervento legislativo e le tesi prospettate dagli "addetti ai lavori" | 123 |
| 2. Le tesi che fanno perno su istituti disciplinati nel codice civile | 126 |
| 2.1. Le tesi a favore della trasformazione <i>ex art. 1419 c. 2 c.c.</i> | 127 |
| 2.2. <i>Segue: ex art. 1419 c. 1 c.c. (in senso oggettivo)</i> | 128 |
| 2.3. <i>Segue: ex art. 1424 c.c.</i> | 128 |
| 2.4. La tesi che esclude la trasformazione automatica del contratto <i>ex art. 1419 c. 1 c.c. (in senso soggettivo)</i> | 129 |
| 3. Le tesi incentrate su meccanismi civilistici extra-codicistici | 130 |
| 3.1. La tesi favorevole alla applicazione in via analogica dell'art. 5 d.lgs. n. 368//2001. Critica | 130 |
| 3.2. La tesi della riqualificazione del rapporto. Critica | 131 |
| 3.3. La tesi dell'inefficacia in senso stretto. Critica | 132 |
| Sez. II: Analisi della questione alla luce degli istituti del codice civile | 134 |
| 4. Una digressione obbligata: il rapporto tra contratto di lavoro a tempo indeterminato e contratto di lavoro a termine | 134 |
| 4.1. L'elemento differenziale: il termine finale di efficacia e la sua differenza dal termine di adempimento dell'obbligazione | 135 |
| 4.2. L'irrilevanza del termine finale di efficacia sulla causa del contratto di lavoro | 135 |
| 5. Verifica delle tesi incentrate sulle categorie del codice civile | 138 |
| 5.1 La priorità gerarchica del meccanismo della sostituzione automatica delle clausole di cui all'art. 1419 c. 2 c.c. e la mancanza di valide controindicazioni alla sua applicazione | 138 |
| 5.2. Il conseguente abbandono delle altre tesi | 141 |

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 85/2009

Sezione I: Analisi dello stato del dibattito

1. Il recente intervento legislativo e le tesi prospettate dagli "addetti ai lavori"

Se era prevedibile un ulteriore intervento del legislatore in materia di contratto di lavoro a termine al fine di sciogliere i numerosi dubbi ermeneutici sollevati dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368⁴⁵⁴, non lo era altrettanto pensare che il Parlamento, con la novella, avrebbe finito non solo per non chiarirli, ma persino per crearne di nuovi. Eppure è quanto avvenuto con riferimento ad una delle questioni dalle maggiori ricadute pratiche quale quella degli effetti del contratto a termine stipulato in mancanza della causale giustificativa pur formalmente addotta⁴⁵⁵.

In proposito sono note le perplessità causate dal silenzio serbato sul punto dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Perplessità amplificate dal fatto che nel decreto in parola, almeno fino al 2007, non era possibile rintracciare alcuna previsione del genere: «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo... eccezioni» - disposizione presente invece nell'art. 1 della l. 18 aprile 1962, n. 230, nonché nella previgente⁴⁵⁶ normativa sul contratto a termine – da cui dottrina e giurisprudenza hanno da sempre ricavato la regola della indeterminatezza del contratto di lavoro subordinato, non desumibile *ex se* dall'art. 2094 c.c.

Non solo, il silenzio del d.lgs. n. 368/2001 su tali questioni è apparso ancora più «rumoroso»⁴⁵⁷ se raffrontato alla minuziosa cura con cui invece lo stesso decreto ha *ab origine* regolato le conse-

⁴⁵⁴ Per un'analisi degli innumerevoli problemi interpretativi suscitati dal d.lgs. n. 368/2001 si rinvia a: M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Milano, 2002; L. Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, 2002; G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Commentario*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2002, p. 25 e ss.; A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003; N. MIRANDA, *Il nuovo contratto a termine nel lavoro "privato" e "pubblico"*, Padova, 2007. Sull'influenza nella ambiguità del testo legislativo delle divergenti vedute politico-sindacali dei protagonisti cfr.: G. LUDOVICO, *Sui requisiti sostanziali e formali richiesti per l'apposizione del termine al contratto di lavoro e sulla loro autonomia*, nota a Trib. Pavia, 12 aprile 2005, in *Arg. dir. lav.*, 2006, II, p. 264 e G. DONDI, *Appunti sulla nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine*, in *Lav. giur.*, 2002, p. 27 e ss.

⁴⁵⁵ Il problema infatti non tocca le ipotesi di mancanza formale della causale giustificativa, in quanto in questi casi la trasformazione è espressamente sancita dal c. 2 dell'art. 1. Non si condivide invece quella tesi che, facendo leva sul fatto che la norma «non riguarda soltanto il contratto, ma anche le "specifiche ragioni" di cui al c. 1», ritiene di dover ricomprendere nel c. 2 dell'art. 1 anche la mancanza sostanziale delle ragioni giustificative (S. CIUCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368/2001*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 478). Infatti, e lo ha messo in luce più volte anche la giurisprudenza, il c. 2 dell'art. 1 è volto a sanzionare solo la violazione dei profili formali e non anche sostanziali, come dimostra l'uso di termini afferenti al programma negoziale piuttosto che al rapporto di lavoro quali: «apposizione del termine» e «se non risulta direttamente o indirettamente da atto scritto». Sul punto cfr.: Trib. Milano, 14 ottobre 2004, in *D&L*, 2004, p. 912; App. Bari, 20 luglio 2005, in *D&L*, 2005, p. 764; Trib. Monza, 18 gennaio 2005, in *D&L*, 2005, p. 158; Trib. Milano, 3 aprile 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, p. 476.

⁴⁵⁶ Prima ancora della l. 230/1962, l'art. 2097 c.c. recitava: «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto» e, prima ancora, il R.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825 all'art. 1 c. 2 statuiva «il contratto di impiego privato può anche essere fatto con prefissione di termine: tuttavia saranno applicabili in tal caso le disposizioni del presente decreto che presuppongono il contratto a tempo indeterminato, quando l'aggiunzione del termine non risulti giustificata dalla specialità del rapporto e apparisca invece fatta per eludere le disposizioni del presente decreto».

⁴⁵⁷ È stato infatti osservato: «occorre... riconoscere che il silenzio sul sistema sanzionatorio connesso alla violazione dell'art. 1 non è il silenzio di un legislatore "innocente" ed anzi quel silenzio appare particolarmente "rumoroso", soprattutto se raffrontato con le articolate previsioni relative alla prosecuzione o alla successione dei contratti» (A. VISCOMI, *Intervento*, 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*, Milano, 2003, p. 222).

guenze del contratto a termine stipulato in violazione degli obblighi circa la forma, la proroga e la successione di contratti⁴⁵⁸.

Da qui il diffondersi di molteplici interpretazioni tra gli addetti ai lavori, non prive di significative ricadute sul piano della certezza del diritto⁴⁵⁹.

A dire il vero, il legislatore ha mosso qualche timido passo verso il superamento della questione allorquando nel 2007 ha anteposto al c. 1 del d.lgs. n. 368/2001 il c. 01 che così recita: «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato»⁴⁶⁰. La disposizione, che pure qualcuno⁴⁶¹ ha percepito come una "resurrezione" della presunzione legale di indeterminatezza del contratto di lavoro subordinato, è tuttavia apparsa ai più⁴⁶² talmente blanda da risultare inutile ai fini della soluzione della *querelle*.

Questo timido passo avanti si è trasformato, tuttavia, in un clamoroso salto all'indietro al varo della c.d. "manovra d'estate": il d.l. n. 112 del 25 giugno 2008. Il Parlamento, infatti, al momento della conversione in legge, dopo una difficile gestazione⁴⁶³, ha aggiunto al d.lgs. 368/2001 una norma di non poco conto, l'art. 4-bis.

Che l'opportunità politica di porre in essere un'eccezione alla regola generale per evitare il dissesto economico di Poste Italiane⁴⁶⁴, abbia prevalso sull'opportunità giuridica di chiarire quale fosse la regola, risulta chiaro se solo si pone mente al testo della disposizione in parola. L'art. 4-bis, infatti afferma: «con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto *unicamente ad indennizzare* il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità

⁴⁵⁸ Cfr. art. 1 c. 2 ed art. 5 d.lgs. n. 368/2001.

⁴⁵⁹ Questo silenzio può essere infatti assimilato, quanto agli effetti, alla tecnica di redazione delle c.d. "norme inderogabili a pregetto generico" che, come è stato messo in luce da un attento Autore, altro non sono se non «una sorta di delega del potere legislativo al potere giudiziario, che ne esce onerato e rafforzato quale protagonista della mediazione tra interessi contrapposti realizzata formalmente in via interpretativa, ma sostanzialmente attraverso giudizi di valore». (A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 6).

⁴⁶⁰ V. art. 1 c. 39, l. 24 dicembre 2007, n. 247.

⁴⁶¹ V. M. AIMO, *Il contratto a tempo determinato riformato: le scelte compiute e le implicazioni possibili*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 460 e ss.; G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 217, il quale, pur essendo stato in passato tra i fautori della non necessaria trasformazione del contratto, oggi afferma: «a seguito della recente novella, le ragioni fatte valere ... a sostegno della tesi della inconvertibilità del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato hanno perso la loro rilevanza nel mutato quadro normativo, che sembra accreditare l'opposta soluzione legittimamente detta conversione». Cfr. sul punto anche G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 657 e s.

⁴⁶² V. Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale n. 13/2008 in cui si legge che la previsione del c. 01 «pur non reintroducendo una presunzione legale a favore del contratto a tempo indeterminato, esprime l'intento del Legislatore di ribadire che tale tipologia contrattuale rappresenta la fattispecie "ordinaria" di costituzione dei rapporti di lavoro». In dottrina nello stesso senso cfr.: G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 358 e s. e A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter*, d.lgs. n. 368/2001, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 298.

⁴⁶³ Una disciplina sul punto è stata introdotta solo col maxi-emendamento approvato dalla Camera dei Deputati il 21 luglio 2008. La disposizione originaria era molto diversa rispetto a quella vigente, in quanto stabiliva l'«applicazione nei casi di violazione degli articoli 1, 2 e 4 del... decreto legislativo n. 368 del 2001, e successive modificazioni, [del]l'articolo 1419, primo comma, del codice civile».

⁴⁶⁴ Cfr. G. FALASCA, *La nuova disciplina del contratto a termine*, in *Guida al lavoro*, 2008, n. 32/33, p. 18 nonché M. TIRABOSCHI, *Contratti a termine. "Sanatoria" da salvare*, in *Bollettino Adapt*, n. 9 del 14 novembre 2008, i quali, per primi hanno messo in luce come "l'emendamento" sia stato strategicamente studiato al fine di aiutare Poste Italiane.

dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni».

Il problema è che, come anticipato, così facendo il legislatore ha finito per complicare ulteriormente la questione. Infatti la novella non solo non ha chiarito cosa accade al contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa, ma ha anche sollevato nuovi dubbi circa la costituzionalità dell'eccezione introdotta dall'art. 4 *bis*⁴⁶⁵.

Dunque, nemmeno il tentativo di individuare la regola ricavandola dall'eccezione appare, a ben vedere, una strada percorribile. Infatti anche volendo leggere tra le righe dell'art. 4-*bis* una conferma della soluzione della trasformazione - dal momento che quell'"unicamente indennizzare" non può, per ovvi motivi di costituzionalità, essere inteso come alternativa alla tutela di cui all'art. 2126 c.c. - tale sforzo interpretativo è destinato a scontrarsi con la precarietà della stessa disposizione, visti i numerosi e difficilmente superabili⁴⁶⁶ dubbi di legittimità costituzionale della norma

⁴⁶⁵ V. G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. manovra d'estate 2008)*, in Id. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato. Aggiornato al d.l. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008*, Torino, 2008, p. 52 ove si legge: «balza subito agli occhi che le varie manipolazioni... hanno compromesso la linearità della disposizione transitoria che, avulsa da disposizioni innovative di carattere generale, è risultata una norma spuria sostanzialmente estemporanea, in buona parte ingiustificata».

⁴⁶⁶ Chi scrive ritiene infatti, da un lato, impensabile ritenere che la Corte possa salvare la norma dall'incostituzionalità facendo leva su Corte cost., 13 ottobre 2000, n. 419 in *Foro It.*, 2001, I, c. 1087. Con questa pronuncia, infatti, la Consulta ha dichiarato legittima una norma, l'art. 9 c. 21 d.l. 1 ottobre 1996, n. 510 conv. con mod. in l. 28 novembre 1996, n. 608, solo in parte simile all'art. 4-*bis*. La disposizione del 1996 infatti prevedeva un "condono" in caso di conclusione di contratti a termine illegittimi stipulati dal solo settore delle Poste, giustificato «dall'esigenza di porre rimedio ad una situazione del tutto eccezionale» quale il processo di privatizzazione dell'ente. Sulla questione Poste si rinvia a: R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato. Dalla l. n. 230/1962 al d.lgs. n. 368/2001*, Milano, 2001, p. 174 e ss.; L. Menghini, *Contratto a termine e poste italiane tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 509 e ss.; G. GENTILE, *Il contratto a tempo determinato nel contenzioso Poste Italiane*, in G. FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato. Aggiornato al d.l. n. 112/2008 conv. in legge n. 133/2008*, Torino, 2008, p. 235 e ss. Né pare plausibile pensare di poter salvare la norma avvalendosi della argomentazione fatta propria, tra le altre, da Corte cost., 12 aprile 1989, n. 181, in *Foro It.*, 1989, I, c. 2100 che, chiamata a giudicare sulla invisibilità degli apprendisti nel computo dei dipendenti ai fini dell'applicazione della legislazione sui licenziamenti individuali, ha finito per legittimare tale esclusione sulla base della straordinaria situazione di crisi occupazionale di quel momento, ritenendo «nel bilanciamento degli interessi... ragionevole... in presenza di una grave ed acuta crisi dell'occupazione giovanile e nella difficoltà di reperire in tempi rapidi mezzi di intervento diversi... un sacrificio di meccanismi di tutela pur così rilevanti» (tesi in qualche modo richiamata da Trib. Roma, 21 ottobre 2008 per argomentare la costituzionalità dell'art. 4-*bis* - vedila in *Bollettino Adapt* 37/2008, in <http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/NewsletterBollettinoAdapt/BollettinoAdapt.html>). Troppo e troppo macroscopici appaiono infatti nel caso *de quo* i principi costituzionali violati (v. nota seguente).

recentemente sollevati da diversi giudici⁴⁶⁷, con il pieno avallo della dottrina⁴⁶⁸.

Dunque, *rebus sic stantibus*, la "spada di Damocle" che pende sull'art. 4-bis (*rectius* sull'art. 21 del d.l. 112/2008 conv. con mod. in l. 133/2008 là dove ha introdotto nel d.lgs. n. 368/2001 l'art. 4-bis) pare frenare anche l'interprete più volonteroso.

Alla luce di quanto detto, pare opportuno mettere da parte gli ambigui spunti recentemente offerti dal legislatore per continuare a ragionare sulla questione avvalendosi, come finora fatto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, soltanto dei tradizionali e ben più solidi meccanismi civilistici.

Non si può pertanto che prendere le mosse dal dibattito intercorso tra gli addetti ai lavori. Nonostante la molteplicità delle ricostruzioni⁴⁶⁹, si vuole comunque riproporre qui un sintetico quadro della *querelle*⁴⁷⁰, al fine di analizzarla sotto una diversa luce. Si intende infatti procedere partendo dalla contrapposizione non tra tesi favorevoli alla automatica trasformazione del contratto e tesi contrarie, quanto, piuttosto, tra tesi che hanno utilizzato meccanismi civilistici di stampo codicistico e tesi che, invece, hanno fatto leva su uno strumentario civilistico extra-codicistico, tenendo conto, solo in via secondaria, del risultato cui sono giunte. L'idea è infatti quella di mettere ordine tra gli orientamenti proposti, partendo dalla gerarchia esistente tra gli istituti sui quali gli stessi orientamenti fanno leva.

2. Le tesi che fanno perno su istituti disciplinati nel codice civile

Le tesi che si sono avvalse di congegni di stampo codicistico sono numerose ed hanno portato, tranne in un caso (v. *infra* § 2.4), all'accoglimento della soluzione della automatica trasformazione in contratto a tempo indeterminato del contratto a termine privo di causale giustificativa.

⁴⁶⁷ Diversi giudici (Corte d'appello di Bari, ord. 22 settembre 2008, e App. Genova, ord. 26 settembre 2008, entrambe in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 853 e ss. con nota di A. VALLEBONA; Trib. Ascoli Piceno, ord. 30 settembre 2008, in *Bollettino Adapt* 31/2008, cit.; App. Torino, ord. 2 ottobre 2008 e Trib. Trieste, ord. 15 ottobre 2008 entrambe in *Bollettino Adapt* 3/2009, cit.; App. Roma, ord. 21 ottobre 2008, in *Bollettino Adapt* 34/2008, cit.; App. Milano, 31 ottobre 2008, in *Bollettino Adapt* 3/2009, cit.; Trib. Tivoli, 3 dicembre 2008, in *Bollettino Adapt* 3/2009, cit.,) hanno recentemente sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, l. n. 133/2008 sotto diversi profili: per contrasto con l'art. 3 (vista l'irragionevolezza del criterio - la pendenza di un giudizio - posto alla base dell'applicazione della tutela attenuata); per contrasto con l'art. 111 c. 1 (per violazione della garanzia del giusto processo sancita dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950); per contrasto con gli artt. 24, 101, 102 c. 2 e 104, c. 1 Cost. (per il suo intento di incidere sulle sorti di fattispecie *sub iudice*, e dunque di invadere l'ambito riservato al potere giurisdizionale); per violazione degli artt. 111 e 117 c. 1 Cost. (per avere la norma infranto la clausola di non regresso statuita dalla direttiva 1990/70/Ce). *Contra v.* tuttavia Trib. Roma, 21 ottobre 2008, cit. ove si legge, con riferimento all'art. 4-bis d.lgs. n. 368/2001, che la norma è legittima in quanto ispirata ad un criterio di ragionevolezza quale quello di «arginare, nell'interesse generale, l'eccessivo ampliamento dell'organico delle imprese che si produrrebbe nel caso in cui numerosi rapporti a termine si trasformassero in rapporti a tempo indeterminato a seguito del contenzioso in corso».

⁴⁶⁸ Cfr.: V. ANGIOLINI, *Nota sull'incostituzionalità dell'art. 21, comma 1-bis del d.l. n. 112/2008, come conv. con la legge n. 133/2008 e D. CARPAGNANO, Sull'art. 21 della l. 133/2008: ovvero la cronaca di una storia annunziata*, entrambi in www.cgil.it/giuridico; G. FERRARO, *Il contratto a termine tormentato*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 742 e ss.; A. VALLEBONA, *Termino ingiustificato: le corrette conseguenze e la nuova norma per i "giudizi in corso"*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 776; R. ROMELI, *Questioni sul contratto a termine*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 334 e ss.

⁴⁶⁹ V. A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, Milano, 2006, nonché L. MENGHINI, *Il lavoro a tempo determinato*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007, p. 1282. Per una rassegna giurisprudenziale v. M.C. CATAUDELLA, *Contratto a termine e nullità parziale: gli orientamenti della giurisprudenza civilistica*, in *Dir. lav.*, I, 2006, p. 184 e ss.

⁴⁷⁰ Nel presente lavoro si terrà conto solo della dottrina e della giurisprudenza che si sono specificamente soffermate sul punto facendo leva su categorie civilistiche.

La maggior parte degli interpreti ha fatto leva sulla sostituzione automatica di clausole di cui all'art. 1419 c. 2 c.c.; altri hanno utilizzato la nullità parziale di cui all'art. 1419 c. 1 c.c. - interpretato da qualcuno in chiave soggettiva e da altri in chiave oggettiva -; infine, ma solo come ipotesi di scuola, qualcuno ha fatto cenno alla conversione di cui all'art. 1424 c.c.

Per una questione di sistematicità le tesi si prenderanno in considerazione singolarmente, partendo da quelle favorevoli alla trasformazione del contratto (§§ 2.1, 2.2 e 2.3) e lasciando per ultima quella contraria (§ 2.4).

2.1. Le tesi a favore della trasformazione ex art. 1419 c. 2 c.c.

L'orientamento ancora maggioritario sia in dottrina⁴⁷¹ che in giurisprudenza⁴⁷², è quello che ritiene applicabile al contratto a termine privo della causale giustificativa l'istituto della sostituzione automatica di clausole di cui all'art. 1419 c. 2 c.c.

La tesi *de qua* ritiene indispensabile, visto il silenzio del d.lgs. n. 368/2001, risolvere la questione alla luce dei principi civilistici tradizionali. In particolare, per l'orientamento in esame, poiché la mancanza della causale giustificativa incide sulla validità del termine, devono trovare applicazione nel caso di specie le norme relative alla nullità delle singole clausole del regolamento contrattuale, *id est* l'art. 1419 c.c. Tale disposizione prevede, al c. 1 che: «la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità» ed, al c. 2 che: «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative». Ed è proprio quest'ultimo comma che secondo questa tesi deve trovare applicazione nel caso in esame. Infatti, le norme imperative "sostitutive" di cui parla il c. 2 dell'art. 1419 c.c. non devono ritenersi scomparse a seguito delle modifiche alla disciplina introdotte nel 2001, dovendo la presunzione di indeterminatezza del contratto di lavoro ricavarsi, oggi, dal c. 01 nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 e, prima del 2007, dai "considerando" della Direttiva 99/70/CE del Consiglio 28 giugno 1999 a cui, come noto, è stato proprio il d.lgs. n. 368/2001 a dare attuazione⁴⁷³.

⁴⁷¹ Cfr.: V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 405 e ss.; G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2002, p. 46 e s.; G. SANTORO PASSARELLI, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 181 e s.; A. VISCOMI, *Intervento*, 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*, Milano, 2003, p. 222; L. MENGHINI, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 707 e ss.; S. LIEBMAN, M. DEL CONTE (con la collaborazione di C. MAZZA e O. RAZZOLINI), *Intervento*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 52 e ss.

⁴⁷² Trib. Milano, 14 ottobre 2004, in *D&L*, 2004, p. 904 e ss.; Trib. Roma, 12 gennaio 2005 e 3 febbraio 2005, entrambe in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, p. 707 e ss.; Trib. Monza, 18 gennaio 2005, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, p. 152 e ss.; App. Bari, 20 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1540 e ss.; Trib. Ariano Irpino, 3 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2007, 12, p. 3142 (m); Trib. Genova, 14 novembre 2006, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 693 e ss.; Trib. Milano, 26 gennaio 2007, in *D&L*, 2007, p. 715 e ss.; Trib. Roma, 2 aprile 2007, n. 6445, cit.; Trib. Milano, 3 aprile 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, p. 474 e ss.; App. Firenze, 30 ottobre 2007, in *D&L*, 2008, p. 553 e ss.; Cass., 21 maggio 2008, n. 12985, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 638, con nota di A. VALLEBONA.

⁴⁷³ La Direttiva, infatti, afferma: «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro».

2.2. Segue: ex art. 1419 c. 1 c.c. (in senso oggettivo)

Una tesi minoritaria in dottrina⁴⁷⁴ e, a quanto consta, priva di riscontro in giurisprudenza, è invece arrivata a sostenere la trasformazione del contratto a termine privo di causale giustificativa partendo da una premessa contraria a quella cui si è appena accennato.

Per l'orientamento in esame, infatti, il silenzio del d.lgs. n. 368/2001 circa gli effetti del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa, nonché circa la presunzione di indeterminatezza del contratto di lavoro, impone di applicare al caso di specie il c. 1 e non il c. 2 dell'art. 1419 c.c. Ciò nonostante la tesi in parola non arriva ad una dichiarazione di nullità dell'intero contratto a tempo determinato, in quanto ritiene che la ricostruzione della volontà delle parti di cui parla il c. 1 dell'art. 1419 c.c. non debba essere «condotta sulla base della impossibile ricostruzione del.. [loro] intento soggettivo... ma attraverso una valutazione oggettiva della perdurante utilità del negozio, anche dopo la rimozione della clausola nulla»⁴⁷⁵. Ciò significa che, ogni qual volta si accerti l'inesistenza di un interesse economico meramente temporaneo all'acquisizione della prestazione lavorativa, la perdurante utilità del negozio comporterà la salvezza del negozio stesso. In conclusione per la tesi in esame la mancanza della causale giustificativa, evidenziando l'insussistenza dell'interesse economico temporaneo alla prestazione di lavoro, renderà sempre inessenziale ex art. 1419 c. 1 c.c. la clausola del termine, e conseguentemente impossibile la dichiarazione di nullità dell'intero negozio.

2.3. Segue: ex art. 1424 c.c.

Nonostante la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato sia stata spesso definita come "conversione", in realtà non si è inteso, se non come ipotesi di scuola, utilizzare tale vocabolo in senso tecnico, ossia volendosi riferire all'istituto disciplinato dall'art. 1424 c.c. La conversione, infatti, permette al contratto nullo di produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità. Tale istituto presuppone, per la lettura maggioritaria⁴⁷⁶, ma non unanime⁴⁷⁷, l'esistenza di un contratto di partenza nullo, differente in termini di diversità del tipo rispetto a quello in cui si

⁴⁷⁴ È la tesi sostenuta da: M.T. SPADAFORA, *Gli effetti dell'accertamento in sede giudiziale della mancanza delle ragioni legittimanti l'apposizione del termine ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002, p. 73 e ss.; S. HERNANDEZ, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 36 e s.; M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenza della violazione dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo determinato*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, p. 79.

⁴⁷⁵ M. MARINELLI, *Obblighi formali...* cit., p. 79.

⁴⁷⁶ Cfr. M. FRANZONI, *Della nullità del contratto. Art. 1424*, in F. GALGANO, F. PECCHININI, M. FRANZONI, D. MEMMO, R. CAVALLO BORGIA, *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto. Art. 1414-1446*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1998, p. 215 il quale propende per la diversità tipologica dei due contratti, sostenendo che quest'ultima, pur non essendo «un elemento esplicito della fatti-specie normativa, risulta implicitamente dalla necessità che l'atto trasformato presenti i requisiti di sostanza e di forma di un altro contratto». Tra i tanti, in senso conforme cfr.: L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 377; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 494; B. MARUCCI, *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, Napoli, 2006, p. 90 e ss.

⁴⁷⁷ V. G. DE NOVA, *Conversione. I) Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988, p. 3. Per un'analisi del problema cfr. G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. Il modello germanico*, Varese, 1984, p. 281 e ss. e L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 240 e ss.

converte. Proprio per questo a molti non è sembrato un istituto calzante per la soluzione della *querelle* in esame, posto che, come si avrà modo di vedere oltre (§ 4.2), il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato non è un contratto diverso, ma il prototipo normativo del contratto a termine⁴⁷⁸.

2.4. La tesi che esclude la trasformazione automatica del contratto ex art. 1419 c. 1 c.c. (in senso soggettivo)

Infine, un orientamento minoritario in giurisprudenza⁴⁷⁹, ma sempre più accreditato in dottrina⁴⁸⁰, facendo leva sull'art. 1419 c.c. è arrivato a sostenere la tesi della non necessaria trasformazione in contratto a tempo indeterminato del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa.

I passaggi logici sottesi alla tesi in esame sono gli stessi utilizzati dalla teoria che fa perno sull'art. 1419 c. 1 c.c. letto in chiave oggettiva (v. § 2.2). La differenza sta però nel fatto che l'orientamento *de quo* dà di questo c. 1 una lettura tutt'altro che oggettiva. La volontà delle parti di cui parla la norma deve essere infatti intesa soggettivamente, così che ciascuno dei contraenti può ottenere la dichiarazione di nullità del contratto (e dunque evitare la trasformazione dello stesso), dando la prova della essenzialità della clausola del termine, con conseguente applicazione della sola tutela - in capo al prestatore di lavoro - di cui all'art. 2126 c.c.

Seppur in forte contrasto con il tradizionale principio del *favor* del lavoratore, la tesi in parola non appare di certo priva di un suo solido fondamento. L'argomentazione su cui si regge è infatti la seguente: posto che «l'esclusione di qualsiasi effetto legale di ritorno al tipo in caso di nullità di sottotipi flessibili è [stata] espressamente sancita per il lavoro pubblico privatizzato, con disposizioni... [avallate dalla stessa]... Corte costituzionale», tale meccanismo non può essere considerato un congegno «generalmente necessitato, poiché se attenesse... a diritti fondamentali della persona dovrebbe... essere... [garantito] anche nei confronti del datore di lavoro pubblico»⁴⁸¹. A questo discorso la tesi in esame, aggiunge che la stessa Consulta nonché la Corte di Giustizia

⁴⁷⁸ Cfr. L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 121.

⁴⁷⁹ In giurisprudenza cfr.: Trib. Marsala, 27 gennaio 2005, in *Corr. merito*, 2005, p. 777; Trib. Roma, 21 febbraio 2005, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, p. 706 e ss., con nota di M. ORLANDO; Trib. Palermo, 6 maggio 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 395 e ss., con nota di M.L. VALLAURI; Trib. Roma, 27 maggio 2008, 12 marzo 2008 e 5 luglio 2007, tutte in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 772 e ss. con nota di A. VALLEBONA.

⁴⁸⁰ Si tratta dell'orientamento proposto in origine da: A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, p. 36; A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 20 e ss.; F. BIANCHI D'URSO, G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 123 e s. e poi condiviso da: L. FIORILLO, R. PESSI, *Intervento*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 48; C. PISANI, *ibidem*, p. 58; M. MARAZZA, *ibidem*, p. 56; R. PESSI, *Tecniche normative e lavoro atipico*, in *Dir. lav.*, 2006, I, p. 11; A. PIZZOFERRATO, *Violazione degli obblighi formativi nel contratto di apprendistato: quali effetti e sanzioni?*, in *Dir. lav.*, 2006, I, p. 255 e ss.; M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, p. 59 e ss.

⁴⁸¹ Le frasi tra virgolette sono tutte di A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro "atipici"*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 547. La Corte costituzionale con sentenza 27 marzo 2003, n. 89, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 443, con nota di BARBIERI, ha infatti giudicato non contraria all'art. 3 Cost. l'art. 36, c. 2, d.lgs. n. 165/2001 là dove afferma 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 rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pp.aa.

sembrano avere escluso nel settore privato l'esistenza di un obbligo di "trasformazione" del contratto di lavoro flessibile in contratto di lavoro standard⁴⁸².

3. Le tesi incentrate su meccanismi civilistici extra-codicistici

Non rimane, da ultimo, che affrontare le tesi che hanno bypassato l'armamentario civilistico fornito dal codice per far perno su quello extra-codicistico.

Gli orientamenti sono sostanzialmente tre: quello che applica in via analogica l'art. 5 d.lgs. n. 368/2001, quello che parte dalla riqualificazione del rapporto ed, infine, quello che opta per l'inefficacia in senso stretto.

Di ciascuno si darà immediatamente conto, per arrivare a dimostrare che si tratta di tesi o prive di alcuna possibilità di applicazione nel caso di specie (le ultime due §§ 3.2 e 3.3), o di carattere meramente residuale (la prima § 3.1).

3.1. La tesi favorevole alla applicazione in via analogica dell'art. 5 d.lgs. n. 368//2001. Critica

Un orientamento accolto dalla giurisprudenza⁴⁸³ è quello che fa leva sull'interpretazione analogica dell'art. 5 d.lgs. n. 368/2001, ossia su un meccanismo che, a voler essere rigorosi, occorre considerare extra-codicistico, posto che la disciplina circa l'interpretazione della legge è contenuta nell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile.

Questa tesi parte dal presupposto che sia illogico ritenere che il legislatore abbia previsto la trasformazione del contratto solo per l'ipotesi della successione illegittima di più contratti a termine – come effettivamente ha fatto nell'art. 5, c. 3, d.lgs. 368/2001 – e non anche per l'illegittima stipulazione di un solo contratto, posto che il difetto di giustificazione del termine implica, di per sé, la mancanza di un interesse apprezzabile del datore di lavoro alla temporaneità del contratto indipendentemente dal numero di contratti stipulati. Da qui l'applicazione analogica dell'art. 5, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 368/2001 anche al caso di stipula di un solo contratto a termine illegittimo⁴⁸⁴.

⁴⁸² La Corte costituzionale con sentenza 15 luglio 2005, n. 283, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 895 nel rigettare la questione di illegittimità costituzionale dell'ormai abrogato art. 5, c. 2, d.l. 30 ottobre 1984 n. 726, conv. con mod. in l. 863/1984 per contrasto con gli artt. 3 e 36 Cost. (lì dove non prevedeva, diversamente dalla disciplina del contratto a termine, in caso di mancanza della forma scritta del contratto di lavoro *part-time*, la trasformazione del rapporto a tempo pieno) ha affermato che è da escludere «la conversione automatica del rapporto a tempo parziale in rapporto a tempo pieno» in quanto «nel diritto vivente ... la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, prevista espressamente dalla particolare disciplina del settore per l'ipotesi di nullità della clausola di durata, non è – in quanto speciale – estensibile in via analogica». Così la CGCE ha affermato, nella pronuncia 4 luglio 2006, C-212/04, al par. 91 che «l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratto a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato», e in quella del 7 settembre 2006, C-53/04, al par. 52 che «quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate», entrambe le pronunce sono pubblicate in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1623 e ss., con nota di A. MISCIONE.

⁴⁸³ Cfr.: App. Milano, 9 dicembre 2003, in *Orient. giur. lav.*, 2004, p. 81; Trib. Milano, 26 gennaio 2007 e Trib. Milano, 3 aprile 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, rispettivamente a p. 343 e p. 479.

⁴⁸⁴ Cfr.: L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, V, 2002, c. 40; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in P. Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2003, III, p. 421 e s.

Poiché però l'interpretazione analogica è un congegno che, per espressa disposizione di legge, ha valore residuale (il c. 2 dell'art. 12 disp. prel. c.c., infatti, lo legittima solo qualora una controversia non possa essere decisa con una precisa disposizione) essa può entrare in gioco solo nel caso in cui non si arrivi ad applicare, come invece si intende sostenere oltre, una precisa regola alla questione in esame. Si tratta dunque di una tesi da scartare.

3.2. La tesi della riqualificazione del rapporto. Critica

Un'altra parte della dottrina⁴⁸⁵ prendendo spunto, probabilmente, dagli accenni fatti da una pronuncia notissima, quale la sentenza della Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210⁴⁸⁶, ha prospettato un diverso orientamento, a quanto consta privo di un concreto riscontro giurisprudenziale. Secondo tale tesi in caso di stipula di contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa «il problema... non ... [è] quello di individuare una sanzione per la clausola illegittima (quella relativa al termine), bensì di qualificare il tipo, secondo gli schemi contrattuali inderogabilmente previsti dal legislatore»⁴⁸⁷. Questo significa che «il difetto dei requisiti legittimanti l'apposizione del termine sposta la questione dal piano sanzionatorio a quello dell'accesso al tipo temporalmente determinato»⁴⁸⁸.

Anche tale tesi non può essere accolta, in quanto si fonda su un errore di prospettiva. Infatti una cosa sono gli effetti del contratto a termine privo di causale giustificativa, altra è l'operazione di qualificazione del rapporto. Pertanto, sebbene appaia inevitabile una reciproca commistione tra i piani⁴⁸⁹, la qualificazione, ossia il meccanismo che attiene al rapporto di lavoro, è qualcosa di diverso dal meccanismo di verifica della validità del contratto, che concerne il programma negoziale. La prima opera infatti nella fase esecutiva e, pertanto, l'eventuale sindacato giudiziale avrà quale obiettivo il rispetto della volontà delle parti, mentre la seconda attiene alla fase genetica del contratto e, dunque, un eventuale sindacato giudiziale avrà quale scopo quello di far rispettare alle parti l'ordinamento a prescindere dalla loro volontà⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ Cfr.: R. FOGLIA, *Lavoro a termine e a tempo indeterminato: due realtà non fungibili neanche per l'ordinamento comunitario*, in *Dir. lav.*, 2006, I, p. 76; S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368/2001*, cit., p. 479. Pare seguire questa tesi anche V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2008, I, p. 220 e ss.

⁴⁸⁶ Pronuncia recentemente ripubblicata in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 648 e ss. In tale sentenza la Consulta, (nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, c. 2, d.l. 30 ottobre 1984 n. 726, conv. con mod. in l. 863/1984 là dove non prevedeva in caso di nullità della clausola concernente la riduzione e la distribuzione dell'orario la trasformazione del contratto da *part-time* a tempo pieno) ha parlato della "conversione" del contratto a tempo parziale come di «qualificazione del rapporto come normale rapporto di lavoro, in ragione della inefficacia della pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale speciale».

⁴⁸⁷ S. CIUCCIOVINO, *op. ult. cit.*, p. 479.

⁴⁸⁸ S. CIUCCIOVINO, *op. ult. cit.*, p. 479.

⁴⁸⁹ Infatti, se «dalla concreta attuazione del rapporto... [è] desumibile la volontà di ritorno al tipo generale... in questi casi i problemi della nullità e delle sue conseguenze restano assorbiti nel preliminare accertamento e qualificazione del programma negoziale effettivamente realizzato» (A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro "atipici"*, cit., p. 534).

⁴⁹⁰ Cfr. A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, p. 531 e ss.

3.3. La tesi dell'inefficacia in senso stretto. Critica

Altri autori, infine, hanno utilizzato la categoria della inefficacia della clausola appositive del termine priva di causale giustificativa⁴⁹¹.

Secondo tale tesi, poiché «il contratto a termine non è un contratto "diverso" rispetto alla specie standard... la violazione delle regole imperative... [comporterà] non già l'applicazione di una sanzione di diritto comune ovvero speciale, quanto la mera constatazione che il termine non ha prodotto effetti»⁴⁹².

Tale orientamento incentrato non sull'inefficacia «dipendente da invalidità»⁴⁹³ (c.d. inefficacia c.d. "in senso ampio"), ma sull'efficacia "in senso stretto" o "semplice" che cioè «colpisce l'effetto senza toccare il negozio»⁴⁹⁴, bypassa lo strumentario codicistico, in quanto «ai capi dedicati alla nullità ed alla annullabilità non fa ... riscontro nel... codice, un capo... dedicato alla inefficacia semplice»⁴⁹⁵.

Anche questa tesi, pur allettante, in quanto permette di neutralizzare «l'operatività del singolo patto, senza influire sul resto del negozio»⁴⁹⁶, non appare risolutiva. Ciò non tanto perché, come è stato correttamente notato, «lo "statuto" dell'inefficacia è incerto»⁴⁹⁷, quanto perché tale inefficacia, per sua natura, presuppone un negozio o... [un] patto valido⁴⁹⁸, quale non è il patto appositivo del termine stipulato senza ragione giustificativa. Il patto in parola, infatti, come del resto riconosce la totalità della dottrina giuslavoristica⁴⁹⁹, appare contrario a norma imperativa di legge, in quanto viola l'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 che è, da un lato, norma giuslavoristica, inderogabile per

⁴⁹¹ Cfr.: R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato...* cit., p. 247; L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, cit., p. 121.

⁴⁹² L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, p. 121.

⁴⁹³ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 735.

⁴⁹⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1989, p. 3. Sulla distinzione tra i due tipi di inefficacia è pressoché concorde tutta la dottrina, cfr.: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 457; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 333; S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.* 1962, p. 995; A. FEDELE, *L'inefficacia del contratto*, Torino, 1983, p. 18 e ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 985; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 139.

⁴⁹⁵ A. FEDELE, *op. ult. cit.*, p. 20.

⁴⁹⁶ A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 121.

⁴⁹⁷ A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 137.

⁴⁹⁸ A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 139. Sul punto la dottrina è concorde cfr., tra i tanti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 985.

⁴⁹⁹ E questo indipendentemente dalla tesi sostenuta, v. fra i tanti: A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro "atipici"*, cit., p. 535; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., p. 219.

sua natura⁵⁰⁰ e, dall'altro, limite fissato dal legislatore alla libertà contrattuale delle parti⁵⁰¹ per motivi di interesse generale⁵⁰², posto che «le disposizioni sulla giustificazione [del termine]... non hanno ... [la] funzione di tutela del singolo lavoratore» ma, piuttosto, del mercato⁵⁰³.

Ciò premesso, poiché l'art. 1418 c.c. stabilisce che «il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente» e poiché, nel caso di specie, l'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 diversamente non dispone, la sua violazione comporterà necessariamente l'utilizzo della categoria codicistica della nullità, piuttosto che quella extra-codicistica dell'inefficacia.

Né vale argomentare che il termine finale si colloca, come la condizione, tra gli *accidentalia* attinenti all'efficacia del negozio⁵⁰⁴. Infatti lo stesso codice civile, all'art. 1354, prevede la nullità del contratto qualora sia ad esso apposta una condizione - sospensiva o risolutiva - contraria a norme imperative.

Dunque, chi scrive concorda con quella dottrina secondo la quale «quando il legislatore ... [disapprova] un patto a scopi di protezione - o comunque di regolazione del mercato - la via dell'inefficacia si rivela... una illusoria "scorciatoia" e l'interprete è chiamato a fare i conti con gli effetti della nullità del patto»⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 48 ove si legge: «se è vero che l'autonomia privata si definisce comunemente come "autoregolamentazione di privati interessi", è altrettanto evidente che nel rapporto di lavoro una sua svalutazione resta giustificata non solo... in considerazione del fatto che è fuor di luogo parlare di autoregolamentazione (almeno nei confronti del prestatore) in presenza di una disciplina tendenzialmente unilaterale del contenuto del rapporto, quanto in vista del rilievo "generale" e non meramente "privato" degli interessi implicati. Come dire che quella sovrapposizione tra motivazioni soggettive ed oggettive dell'intervento inderogabile, che nel diritto privato è soltanto eventuale, appare qui un dato costante e di elementare rilevazione, così da autorizzare una spiegazione della *ratio* dell'inderogabilità nel diritto del lavoro... degli interessi e dei beni oggetto dello scambio. Da qui l'automatica identificazione del carattere tendenzialmente inderogabile di tutte le norme di tutela del lavoratore subordinato». Per una ricostruzione storica del principio di inderogabilità nel diritto del lavoro cfr.: G. SUPPIEJ, *Interesse pubblico e interessi privati nella disciplina giuridica del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972; S. HERNANDEZ, *Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 2003, I, p. 1; R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 229; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006, p. 4 e ss.; M. NAPOLI, *Introduzione - Interrogativi sull'inderogabilità*, ALBANESE A., *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, tutti in *RGL*, 2008, I, p. 157 e ss.

⁵⁰¹ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005, p. 71.

⁵⁰² Nonostante l'equivocità del termine "norma imperativa", messo in luce da una parte della dottrina (L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 601, nota 11; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 436; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 1 e ss.), è oramai consolidato anche in giurisprudenza l'orientamento che considera imperative le norme inderogabili che pongono limiti al contenuto dell'atto privato per motivi di interesse generale indipendentemente dal fatto che la norma ne preveda espressamente la nullità (c.d. nullità virtuale). In dottrina cfr.: F. GALGANO, *Della nullità del contratto*, in F. GALGANO, F. PECCENINI, M. FRANZONI, D. MEMMO, R. CAVALLO BORGIA, *Della simulazione...* cit., 1998, p. 80 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 747; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 15. In senso critico, ma, a ben vedere, non contrario cfr. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit.

⁵⁰³ A. VALLEBONA, *Termine ingiustificato: le corrette conseguenze e la nuova norma per i "giudizi in corso"*, cit., p. 775.

⁵⁰⁴ Cfr. A. FEDELE, *L'inefficacia del contratto*, cit., p. 19, il quale afferma che l'inefficacia in senso stretto si distingue dalla inefficacia in senso ampio per la diversità della causa «che è estrinseca alla fattispecie negoziale, trattandosi del difetto di un requisito esterno al negozio (requisito di efficacia) e non di un elemento interno o costitutivo» come nell'inefficacia in senso ampio. Si tratta fra l'altro di una tesi non pacificamente accolta dalla dottrina cfr.: V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1971, p. 326 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 3.

⁵⁰⁵ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 144.

Sez. II: Analisi della questione alla luce degli istituti del codice civile

4. Una digressione obbligata: il rapporto tra contratto di lavoro a tempo indeterminato e contratto di lavoro a termine

Fin qui si è parlato delle numerose tesi sotto il profilo giuridico. In realtà, a leggere con attenzione gli interpreti ci si rende conto che il discorso spesso sottaciuto, ma tenuto costantemente presente, è di politica del diritto⁵⁰⁶. Né forse poteva accadere diversamente, dal momento che la questione circa gli effetti del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa non è privo di implicazioni sanzionatorie⁵⁰⁷. L'impressione è dunque che dietro al dibattito, apparentemente giuridico, si sia consumata una vera e propria "guerra di religione" tra letture *pro-lavoratore* e letture *pro-datore di lavoro*.

Da qui l'idea del presente scritto. L'intento è quello di arrivare ad una soluzione della *querelle* limitandosi a prendere in esame la strumentazione civilistica offerta dal codice civile e messa in rilievo dagli interpreti, visto che le tesi che hanno battuto strade extra-codicistiche non sono apparse, per quanto sopra argomentato, convincenti (v. §§ 3.1, 3.2, 3.3).

Poiché il dubbio è se sia possibile, pur in mancanza di una espressa disposizione, ricondurre il contratto a termine sostanzialmente privo di casuale giustificativa nell'alveo del contratto di lavoro a tempo indeterminato, non si può prescindere da un'analisi del rapporto esistente tra i due contratti. Infatti, se è vero che la conseguenza civilistica in caso di apposizione ingiustificata della clausola del termine è la nullità (art. 1418 e ss. c.c.), quest'ultima potrebbe ben essere solo parziale. Dunque, la prima cosa da considerare è l'effettiva estensione dell'invalidità. Infatti, «pre-supposto ineludibile per la conservazione del negozio parzialmente viziato è proprio

⁵⁰⁶ Tutte le tesi che optano per la trasformazione automatica del contratto finiscono infatti per mischiare argomentazioni giuridiche con valutazioni di politica del diritto. Gli interpreti infatti sostengono che diversamente ragionando, si arriverebbe a soluzioni para-dossali: *in primis* che il legislatore abbia inteso sanzionare meno gravemente la mancanza sostanziale della causale giustificativa rispetto alla sola mancanza formale (posto che *ex art. 1 d.lgs. n. 368/2001* quest'ultima comporta espressamente la trasformazione del contratto). In secondo luogo molti sostengono che, sostenendo la tesi contraria, si arriverebbe ad una sostanziale liberalizzazione del contratto a tempo determinato in contrasto con la permanenza, nella disciplina del 2001, non solo delle causali giustificative, ma anche della rigida disciplina circa la proroga e la successione dei contratti a termine. Infine diversi autori mettono in luce che, sostenendo l'orientamento contrario si offrirebbe ai datori di lavoro la possibilità di "disfarsi" dei lavoratori illegittimamente assunti a termine, semplicemente agendo in giudizio per sentire dichiarare la nullità dei rispettivi contratti. Per avvalorare l'orientamento della trasformazione del contratto molte tesi, poi, sottolineano il contrasto che si verrebbe a creare tra il d.lgs. n. 368/2001 e la direttiva comunitaria - cui il d.lgs. n. 368/2001 ha dato attuazione - in caso di mancata applicazione dell'art. 1419 c. 2. Infatti, imputando al d.lgs. n. 368/2001 l'abolizione del meccanismo della trasformazione del contratto, si finirebbe per farlo entrare in rotta di collisione con la clausola di non regresso della direttiva in cui è stato espressamente sancito che «l'applicazione... [della direttiva] non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso». Tuttavia sull'interpretazione "debole" da attribuire a tale clausola cfr. CGCE, Grande sez., 22 novembre 2005, c -144/04, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 250 e ss., con nota di O. BONARDI. Sulla clausola di non regresso e contratto a termine v. anche il recente scritto di L. CORAZZA, *Lavoro a termine e clausola di non regresso*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 499 e ss.

⁵⁰⁷ La dottrina ha infatti spesso messo in luce come la sanzione, «tocca[ndo] la sfera delle garanzie, [e] quindi la sfera del politico» comporti «un nesso di necessaria e stretta correlazione... tra ... [le] tecniche sanzionatorie che un determinato ordinamento giuridico adotta in un dato momento storico e gli obiettivi di politica del diritto che attraverso queste tecniche si intendono perseguire» (le prime parole tra virgolette sono di A. DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003, p. 13; la seconda frase è invece di O. MAZZOTTA., *Intervento*, in AA.VV., *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del lavoro, Alba, 1-3 giugno, 1978, Milano, 1979, p. 170. Cfr. anche E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 310).

l'autosufficienza strutturale del negozio residuo»⁵⁰⁸. Per fare questo occorre partire dal ruolo dell'elemento differenziale tra il contratto a termine ed il contratto a tempo indeterminato: il termine finale di efficacia.

4.1. L'elemento differenziale: il termine finale di efficacia e la sua differenza dal termine di adempimento dell'obbligazione

È noto che ciò che distingue il contratto di lavoro subordinato a termine rispetto a quello a tempo indeterminato è la «determinatezza o determinabilità preventiva della durata»⁵⁰⁹. La prima fattispecie si caratterizza infatti rispetto alla seconda per la presenza di un elemento aggiuntivo: il c.d. termine finale di efficacia del contratto.

Che cosa sia quest'ultimo per il diritto privato è oramai un dato acquisito: si tratta di una clausola «indica[n]te il tempo in cui il contratto cesserà di produrre i suoi effetti»⁵¹⁰, di solito liberamente negoziata e predeterminata⁵¹¹ dalle parti «in modo conforme ai ... [propri] piani e... interessi»⁵¹². È bene dire "di solito" in quanto talvolta, come per il contratto di lavoro a tempo determinato, la legge impone o vieta tale clausola, o la subordina alla presenza di determinati requisiti.

Il termine finale di efficacia, a ben vedere, non trova una regolamentazione generale nel codice civile. Infatti, l'unico termine organicamente disciplinato nel libro IV agli artt. 1184-1187 e 1457 è quello c.d. di adempimento dell'obbligazione. Quest'ultimo viene dalla maggior parte della dottrina⁵¹³ tenuto distinto dal primo in quanto attiene al tempo di esecuzione della prestazione e, dunque, all'obbligazione, e non, invece, al contratto come è per il termine di efficacia. Tale lacuna, come noto, ha spesso indotto la dottrina⁵¹⁴ ad avvicinare il termine alla condizione, dal momento che quest'ultima trova una organica regolamentazione nel codice civile agli artt. 1353 e ss.

4.2. L'irrilevanza del termine finale di efficacia sulla causa del contratto di lavoro

Una volta definito il termine finale di efficacia e, dunque, l'elemento differenziale tra contratto di lavoro subordinato a termine e a tempo indeterminato, non rimane che chiedersi se la presenza di tale elemento contrattuale abbia delle ricadute sulla causa del contratto, ossia sul «significato dell'operazione economica espressa dal contratto tipico»⁵¹⁵. Non si tratta di una questione di

⁵⁰⁸ V. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 41.

⁵⁰⁹ G. BALZARINI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 1966, p. 7.

⁵¹⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 642.

⁵¹¹ Cfr. in proposito V. CASSI, *la durata della prestazione di lavoro. II. Il termine*, Milano, 1961, p. 30 e ss. il quale osserva «occorre notare che anche nel contratto a tempo indeterminato il termine finale non manca: non è indicato preventivamente ed espressamente ma lo è implicitamente, essendo data ad ognuna delle parti di avvalersi del recesso volontario o per giusta causa».

⁵¹² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 643.

⁵¹³ Si veda tra i tanti: F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 108; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 663 e ss.; V.M. TRIMARCHI, *Termine (diritto civile)*, in *Nov. dig. It.*, Torino, 1973, p. 106 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 642; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ristampa del 2002, p. 204 e ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 940. Sulla distinzione tra i due termini v. però criticamente E. Russo, *Il termine del negozio giuridico*, Palermo, 1969 p. 21 e ss., nonché A. MATTARELLA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 1970, p. 37 che, diversamente da Russo non concorda sulla necessità di distinguere tra il termine di efficacia del negozio ed il termine di adempimento della obbligazione, in quanto «sul terreno pratico... la differenza tra termine finale e momento finale della durata è... evanescente, giacché sia nell'una che nell'altra ipotesi la scadenza coincide con l'estinzione del diritto e la fine del rapporto».

⁵¹⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 204. *Contra v. però A. DI MAJO, Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, p. 189 e ss.

⁵¹⁵ E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Id. (a cura di), I contratti in generale*, Torino, 1999, p. 46.

poco conto posto che, nonostante qualche voce contraria⁵¹⁶, la dottrina dominante⁵¹⁷ ritiene ancora corretto individuare il tipo facendo riferimento alla causa. Infatti, qualora quest'ultima risultasse disomogenea nei due contratti, ciascuno potrebbe essere considerato come un tipo autonomo, ossia come «astratto schema regolamentare che racchiude in sé la rappresentazione di una operazione economica ricorrente nella pratica commerciale»⁵¹⁸; diversamente, invece, la determinatezza del contratto, così come di riflesso la sua indeterminatezza, dovranno essere considerati come elementi di disciplina ininfluenti per la determinazione del tipo. Nel primo caso, dunque, il rapporto tra contratto di lavoro a tempo indeterminato e contatto di lavoro a termine sarà di pari-ordinazione, in quanto rapporto tra tipi, mentre nel secondo caso, sarà di sotto-ordinazione, in quanto rapporto tra tipo e sottotipo⁵¹⁹, posto che il termine finale di efficacia altro non è che «la progressiva specificazione [del tipo] mediante l'aggiunta ai requisiti e agli effetti tipici di requisiti ed effetti extratipici»⁵²⁰. Infatti, se è vero, come detto (§ 1), che l'indeterminatezza non è un elemento che caratterizza il tipo contrattuale lavoro subordinato *ex art.* 2094 c.c., - norma che, tra l'altro, non dà una definizione di contratto di lavoro subordinato ma di prestatore di lavoro subordinato – si tratta tuttavia di un suo elemento di disciplina obbligatorio. A stabilirlo era, in origine, l'*art.* 2097 c.c., che seguiva di poco l'*art.* 2094 c.c., poi l'*art.* 1 della l. n. 260/1962 ed, infine, oggi, l'*art.* 1 del d.lgs. n. 368/2001 là dove afferma che «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo».

La questione non rileva *ex se*, posto che, come visto (§ 3.2.) il metodo della qualificazione del rapporto non appare utilizzabile nel caso di specie, ma per le sue ricadute sul ruolo della clausola del termine nel contratto di lavoro: infatti a quest'ultima dovrà essere riconosciuto un ruolo di essenzialità solo nel caso in cui incida sulla causa del contratto⁵²¹.

Per individuare «l'esatta delineazione degli elementi che... [risultano] essenziali nell'astratta configurazione dello schema tipico»⁵²², occorre infatti verificare se «le regole dettate dalle parti siano in grado di incidere sulla funzione [del contratto] modificandola»⁵²³. Dunque, la domanda che ci si deve porre è se il termine finale di efficacia sia un elemento accidentale od essenziale del contratto di lavoro subordinato.

In accordo con la tesi maggioritaria⁵²⁴, si deve propendere per la prima soluzione, in quanto il termine appare un elemento che può, ma che non deve necessariamente, accompagnare il

⁵¹⁶ Cfr. G. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 e G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

⁵¹⁷ Tra i tanti cfr.: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, *cit.*, p. 179 e ss.; A. CATAUDELLA, *S punti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, I, p. 81; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, *cit.*, p. 45 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, *cit.*, p. 430 e s.

⁵¹⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, *cit.*, p. 809.

⁵¹⁹ Per un'analisi civilistica della questione tipo-sottotipo si rinvia a E. GABRIELLI, *Il contratto...* *cit.*, p. 42 e ss. Per una lettura lavoristica, cfr. V. SPEZIALE, *L'articolazione della fattispecie*, in A. PERULLI (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Torino, 2007, tomo II, p. 115 e ss.

⁵²⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 218.

⁵²¹ Cfr. A. CATAUDELLA *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 193.

⁵²² E. GABRIELLI, *Il contratto...* *cit.*, p. 47.

⁵²³ E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 47.

⁵²⁴ Cfr., tra i tanti: L. BARASSI, *L'apposizione del termine nel contratto di impiego*, Città di Castello, 1920, p. 4; L. MONTUSCHI, *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 914 e ss.; V.M. TRIMARCHI, *Termine (diritto civile)*, *cit.*, p. 114 e ss.; L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p.

contratto di cui all'art. 2094 c.c. E se è vero che, come è stato sottolineato da qualcuno⁵²⁵, anche l'elemento accidentale, una volta pattuito, diventa essenziale nell'economia del singolo negozio, occorre tuttavia precisare che un conto sono gli elementi del contratto ritenuti essenziali dall'ordinamento o dalla prassi per l'identificazione astratta del tipo negoziale, altro sono gli elementi del contratto ritenuti essenziali dalle parti per la stipulazione, in concreto, di uno specifico contratto. Nel primo caso «elemento essenziale è quello senza il quale non esiste il negozio di quel tipo», nel secondo caso, invece, «elemento essenziale è quello necessariamente voluto dalle parti perché lo schema legale sia operante»⁵²⁶. Dunque, «giustamente s'insegna che vanno qualificate come essenziali le determinazioni degli stipulanti che consentono l'inquadramento del contratto in un certo schema tipico, mentre non lo sono quelle che, pure arricchendo il contenuto e consentendo di realizzare una più idonea disciplina degli interessi che le parti hanno inteso regolare col contratto, non assolvono siffatta funzione»⁵²⁷.

Né appare condivisibile quell'orientamento⁵²⁸ che ritiene il termine finale di efficacia elemento essenziale del contratto di lavoro facendo perno sulla sua natura di contratto di durata. Infatti, anche volendo aderire alla tesi, in realtà non unanimemente condivisa, secondo la quale «la durata è... elemento causale e non modalità accessoria del contratto»⁵²⁹, non si può comunque trascurare la differenza tra "durata" intesa come «elemento individuatore della (entità quantitativa della) prestazione»⁵³⁰ e "durata" intesa come proiezione del rapporto nel tempo. In quest'ultimo senso la durata «non è elemento causale ma modalità accessoria»⁵³¹ del contratto, in quanto si limita ad «indica[re] il tempo in cui il contratto cesserà di produrre i suoi effetti»⁵³², prescindendo dal fatto che vi «[sia] o meno a fondamento del rapporto un interesse duraturo»⁵³³.

Né infine può essere accolta l'osservazione che fonda l'essenzialità del termine di efficacia sul fatto che in alcuni casi, come per la locazione, non sono le parti ma è la legge a prevederlo⁵³⁴. Il fatto che il termine finale di efficacia possa essere un elemento essenziale per un tipo di contratto non significa, infatti, che non possa non esserlo per un altro, a meno di non volere forgiare una nozione unitaria del termine di efficacia sconosciuto, come visto, allo stesso legislatore del 1942 (v. § 4.1).

13; L. RIVA SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in genere*. Artt. 2060-2134, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro V. Del lavoro*, Bologna-Roma, 1986, p. 292; E. RUSSO, *Termine (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1994, p. 10; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., p. 217.

⁵²⁵ V. CASSI, *La durata della prestazione di lavoro. II. Il termine*, cit., p. 9.

⁵²⁶ Le frasi fra virgolette sono tutte di E. RUSSO, *Termine (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1994, p. 9.

⁵²⁷ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 193.

⁵²⁸ Cfr.: C. ASSANTI, *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Milano, 1958, p. 10 e ss.; C. CALABRÒ, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato e contratto di lavoro a termine prestabilito*, in *Dir. lav.*, 1962, I, p. 168.

⁵²⁹ G. OPPO, *I contratti d durata*, in ID., *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*. III, Padova, 1992, p. 248.

⁵³⁰ G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 240.

⁵³¹ G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 249.

⁵³² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 642.

⁵³³ G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 249. Cfr. sul punto: A. OCCHINO, *Apposizione del termine e struttura del contratto di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 23/2000, p. 21 e s.

⁵³⁴ V.: C. ASSANTI, *op. cit.*, p. 10; M. COSTANZA, *Condizione, termine e modo*, in A. CHECCHINI, M. COSTANZA, M. FRANZONI, A. GENTILI, F. ROSELLI, G. VETTORI (a cura di), *Il contratto in generale*, Torino, 2002, tomo V, p. 252.

Dunque, trattandosi di un elemento accidentale del contratto di lavoro subordinato, il termine finale di efficacia viene apposto al negozio «nel limite segnato dalla causa»⁵³⁵, che nel contratto di lavoro consiste, come noto, nello «scambio tra lavoro e salario, in condizion[e] ... di eterodeterminazione della prestazione»⁵³⁶.

Del resto, l'unica tesi⁵³⁷ che, a quanto consta, ha tentato di attribuire al contratto a termine una causa diversa da quella del contratto a tempo indeterminato, non è apparsa convincente. Questa teoria, infatti, individuando la causa del contratto a tempo indeterminato nel «sinallagma tra la collaborazione nell'impresa da parte del lavoratore e retribuzione e massima continuità e stabilità del rapporto di lavoro fino all'età pensionabile»⁵³⁸ pare non tenere conto del fatto che nel nostro ordinamento vi sono ancora zone di licenziamento *ad nutum*.

Il fatto che la clausola del termine sia un elemento accidentale del contratto di lavoro non è privo di conseguenze, in quanto, come si vedrà nel prossimo paragrafo, consente di aderire senza riserve alla tesi dell'applicazione dell'art. 1419 c. 2 c.c.

5. Verifica delle tesi incentrate sulle categorie del codice civile

5.1 La priorità gerarchica del meccanismo della sostituzione automatica delle clausole di cui all'art. 1419 c. 2 c.c. e la mancanza di valide controindicazioni alla sua applicazione

A leggere le norme del codice in materia di nullità del contratto, non può sfuggire la gerarchia che il legislatore ha creato tra sostituzione automatica di clausole (art. 1419 c. 2 c.c.), nullità parziale (art. 1419 c. 1 c.c.), nullità totale (art. 1418 c.c.) e conversione (art. 1424 c.c.)⁵³⁹. Quest'ultima infatti può trovare applicazione solo in conseguenza di una nullità totale, in quanto la nullità parziale ha come scopo proprio quello di «evitare... quell'evento che potrebbe provocare la conversione, cioè, la nullità del negozio»⁵⁴⁰. A sua volta la nullità totale, per espressa disposizione dello stesso art. 1418 c.c., opera solo se la legge non dispone diversamente. Così la nullità parziale,

⁵³⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193.

⁵³⁶ M. D'ANTONA, *Il termine nel contratto di lavoro*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere. Scritti sul diritto del lavoro*, vol. III, tomo III, Milano, 2000, p. 1230.

⁵³⁷ M. VICECONTE, *Il contratto di lavoro a termine. Legislazione, giurisprudenza e contrattazione collettiva*, Torino, 1994, p. 9 e ss.

⁵³⁸ M. VICECONTE, *op. ult. cit.*, p. 11.

⁵³⁹ È lo stesso codice civile a stabilirlo. In dottrina cfr.: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 475 e ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 367; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 869.

⁵⁴⁰ L. BIGLIAZZI-GERI, *Conversione. I) Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, 1962, p. 537 e s. D'accordo con l'A. si ritiene infatti non condivisibile la tesi di E. BETTI, *Conversione del negozio giuridico (diritto vigente)*, in *Nov. dig. It.*, 1959, p. 811 che, noncurante del testo normativo, ritiene di poter ricomprendere nella figura della conversione (parziale) il meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419 c. 2 c.c. Chiarisce bene la distinzione tra l'istituto della conversione di cui all'art. 1424 c.c. e la sostituzione automatica di clausole di cui agli artt. 1419, c. 2 e 1339 c.c. G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. Il modello germanico*, Varese, 1984, p. 11. L'A. afferma che sono «due operazioni ontologicamente diverse: perché la nullità di una sola porzione del negozio implica che mediante la suddetta operazione resti in vita il negozio medesimo, del tipo "prescelto" dalle parti... sia pure in una dimensione più limitata. Mentre la nullità totale del negozio esige che, per il mantenimento in vita di esso mediante la conversione, abbia a configurarsi un atto "diverso" da quello voluto dai soggetti». V. anche P. GIANNITI, *Conversioni contrattuali proprie ed improprie*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 1105 e s., per il quale nei casi in cui opera «l'art. 1339 c.c.... non si può parlare di conversione del contratto per la fondamentale ragione che non ci si muove più in una logica contrattuale: invero la legge, in tali casi, determina gli effetti del contratto, non deducendoli dall'autonomia privata, e cioè in base ad una valutazione dell'intento delle parti, ma prescindendo da questo, e, anzi, contrastandolo». Cfr. anche L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 269 e ss.; B. MARUCCI, *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, Napoli, 2006, p. 45 e ss.

sempre per espressa disposizione dell'art. 1419 c.c., non opera quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.

Stando così le cose, la prima tesi da verificare è quella che opta per l'applicazione del c. 2 dell'art. 1419 c.c. Infatti, qualora quest'ultima risultasse calzante, non avrebbe senso interrogarsi sulle altre.

Come noto il c. 2 dell'art. 1419 c.c. afferma che «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative». A ben vedere, anche senza volere utilizzare l'ambiguo c. 01 dell'art. 1 d.lgs. n. 368/2001, non vi sono controindicazioni affinché il meccanismo in parola operi nel caso di stipula di contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa. Non sembrano infatti insuperabili le argomentazioni a favore della tesi contraria.

In primis, infatti non appare un ostacolo all'applicazione dell'art. 1419 c. 2 c.c. il fatto che, in seguito alla novella del 2001, non vi sia più, almeno per qualcuno, un principio di indeterminatezza del contratto di lavoro che possa fungere da norma imperativa sostituiva. Infatti sia la dottrina⁵⁴¹ che la giurisprudenza⁵⁴² hanno finito - a volte facendo leva sull'art. 1339⁵⁴³ - per ammettere l'applicazione del c. 2 dell'art. 1419 c.c. anche in mancanza dall'esistenza di una espressa disposizione sostitutiva, allorquando ricorrano tre requisiti: la norma violata sia imperativa, riguardi una clausola del contratto posta a tutela non solo dei contraenti, ma anche di interessi superindividuali (di carattere pubblico o privato) sanciti da norme inderogabili ed, in ultimo, sia chiaro quale sia l'elemento destinato a sostituire la clausola nulla. In tal caso, infatti, si afferma che «i meccanismi invalidanti e sostitutivi che regolano l'impatto tra la disciplina eteronoma inderogabile e le

⁵⁴¹ R. DE LUCA TAMAO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 164 e ss. il quale afferma: dalla «chiara ed ampia dizione dello stesso art. 1339... è agevole... desumere che l'effetto sostitutivo si produce indipendentemente dal fatto che la forza sostitutiva sia specificamente riconosciuta anche alla singola norma, essendo sufficiente l'idoneità strutturale della stessa ad inserirsi nel contratto in luogo della difforme previsione di autonomia e la mancanza di una previsione tendente ad escludere la sostituzione», per concludere che: «l'efficacia sostitutiva, in definitiva, è propria di tutte le norme cogenti la cui struttura logica e il cui contenuto appaia con essa compatibile».

⁵⁴² La Cassazione, infatti, dopo un periodo di interpretazione restrittiva (v.: Cass. S.u., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro It.*, 1983, I, c. 1081 e ss.; Cass., 2 settembre 1995, n. 9266, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 3265, con nota di PANELLA), sembra avere negli ultimi anni cambiato direzione: v. Cass., 21 agosto 1997, n. 7822, in *Arch. civ.*, 1997, p. 1206 che, facendo appunto leva sulla «ratio ispiratrice [nonché sul]... principio di inderogabilità di tutte le norme sull'affitto» ha ritenuto di dover «interpretare l'espressione codicistica "sono sostituite di diritto" non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma nel senso della automaticità della stessa, trattandosi di... aspetti tipici del rapporto cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina». Né pare un ritorno alla tesi restrittiva previgente la successiva pronuncia Cass., 28 giugno 2000, n. 8794, in *Arch. civ.*, 2000, p. 977 e ss. Anzi, tale sentenza pare specificare la portata di Cass. n. 7822/1997 in un senso che conferma la tesi qui sostenuta. Cass., n. 8794/2000, infatti afferma che: «l'automaticità dell'inserzione della normativa legale in luogo di quella contrattuale difforme [di cui parla Cass. n. 7822/1997] (come viene spiegato nel successivo corso del testo della suddetta sentenza) richiede e presuppone che sia sempre indicato, con criteri predeterminati, l'elemento destinato a sostituirsi alla clausola nulla».

⁵⁴³ Quanto al rapporto di vassallaggio o di vera e propria integrazione tra artt. 1339 e 1419 c. 2 c.c. (per una parte della dottrina, infatti, l'art. 1419, c. 2 altro non è che una ripetizione dell'art. 1339 c.c., per altri, invece, la lettura combinata delle due norme permette una estensione potenzialmente illimitata del meccanismo sostitutivo) poiché è questione influente sulla problematica in esame non verrà affrontata nel presente scritto. Sul punto si rinvia pertanto a: P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 139 e ss.; E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 717 e ss.; A. D'ANTONIO, *La modifica legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 172 e ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 107 e ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 108 e ss.; R. DE LUCA TAMAO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 158 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 31 e ss.

manifestazioni... di autonomia privata vengono... innescati dalla... "contrarietà"... di queste ultime al precezzo normativo»⁵⁴⁴.

Non vi è dubbio che questa sia la situazione del caso di specie. Il patto con cui si assume con contratto a termine senza causale giustificativa viola infatti l'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 che, come si è già detto, è non solo una norma inderogabile, ma anche un limite fissato dal legislatore alla libertà contrattuale delle parti per motivi di interesse generale (v. § 3.3). La *ratio* del vincolo circa la causale giustificativa del contratto a termine è stata, infatti, almeno a partire dalle norme previste contro il licenziamento ingiustificato dei lavoratori a tempo indeterminato, quella di evitare un abuso del contratto a termine a sfavore del contratto a tempo indeterminato, ritenuto non solo maggiormente «conforme all'interesse individuale delle parti», ma anche alle «esigenze sociali e quindi agli interessi generali»⁵⁴⁵ visti i «maggiori vantaggi con esso conseguibili dal lavoratore o da entrambe le parti in conseguenza della continuità del rapporto e del progressivo dilatarsi dell'anzianità del prestatore d'opera»⁵⁴⁶. Né vi è incertezza, nel caso di specie, circa l'elemento destinato a sostituirsi alla clausola nulla, ossia l'indeterminatezza del contratto.

In secondo luogo non appare convincente la critica di chi ritiene impossibile applicare al caso di specie il c. 2 dell'art. 1419 c.c., sulla base della argomentazione che «il meccanismo... della sostituzione automatica di clausole... riguarda... clausole di disciplina e non elementi della fattispecie, sicché non tocca il problema della nullità del sottotipo»⁵⁴⁷. Essa infatti, considera il termine finale di efficacia una clausola essenziale del sottotipo, dimenticando che sono da qualificare «come essenziali le determinazioni degli stipulanti che consentono l'inquadramento del contratto in un certo schema tipico, mentre non lo sono quelle che, pur arricchendo il contenuto e consentendo di realizzare una più idonea disciplina degli interessi che le parti hanno inteso regolare col contratto, non assolvono siffatta funzione»⁵⁴⁸, *id est* gli elementi costitutivi del sottotipo, quale è nel caso di specie (v. § 4.2), il termine finale di efficacia. Dunque senz'altro il contratto a termine privo di causale giustificativa può essere soggetto al meccanismo sostituivo di cui all'art. 1419 c. 2 c.c.

Oltre a questo non si può non tenere conto della profonda differenza che intercorre tra i due commi dell'art. 1419 c.c. Infatti mentre «il primo... pone le regole del giudizio di nullità parziale, il secondo definisce... le conseguenze dell'integrazione legale, collocandosi al di fuori (meglio, impedendo il ricorrere) del fenomeno della nullità»⁵⁴⁹. Perciò, a ben vedere, «nullità e sostituzione di clausole contrattuali sono definizioni che... hanno riguardo a fattispecie diverse. Dalla nullità consegue la non produzione di tutti o di taluni effetti del contratto; dalla sostituzione consegue la produzione di effetti diversi da quelli che dal precezzo autonormativo dovevano conseguire»⁵⁵⁰. Ne deriva che «il problema dell'estensione o meno della invalidità parziale non si pone neppure per quelle clausole che sono sostituite di diritto da norme imperative.... infatti, in tali casi è la

⁵⁴⁴ R. DE LUCA TAMAO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 185.

⁵⁴⁵ L. Menghini, *Il lavoro a termine. Linee interpretative e prospettive di riforma: gli anni ottanta*, Milano, 1980, spec. p. 6 nota 9 dove riprende le opinioni di Calabò.

⁵⁴⁶ L. Menghini, *op. ult. cit.*, p. 9.

⁵⁴⁷ A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro "atipici"*, in Arg. dir. lav., 2005, p. 538.

⁵⁴⁸ A. CATAUDELLA *Sul contenuto de contratto*, Milano, 1966, p. 193.

⁵⁴⁹ E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., p. 726 e s.

⁵⁵⁰ M. CASELLA, *op. cit.*, p. 7.

stessa nullità parziale che finisce con lo sparire, essendo eliminate le parti del negozio, cui inerisce, e sostituite da altre valide, corrispondenti ad altrettante statuzioni»⁵⁵¹.

Lo stesso Guardasigilli nella relazione al progetto ministeriale relativo al libro V del codice civile, commentando l'istituto della sostituzione automatica di clausole affermava: «la volontà stessa della norma esclude che si possa considerare essenziale la clausola nulla, tenuto conto che le parti non potevano ignorare la norma proibitiva e che, se si proclamasce in tali casi la nullità del contratto nel suo complesso, si renderebbe impossibile la stessa inserzione automatica nel rapporto delle disposizioni imperative»⁵⁵².

La *ratio* della norma è pertanto quella di sostituire la componente del negozio invalido «a prescindere dal carattere di quella [stessa] componente»⁵⁵³.

5.2. Il conseguente abbandono delle altre tesi

L'accoglimento senza riserve della tesi che propende per l'applicazione del congegno della sostituzione automatica di clausole di cui all'art. 1419, c. 2 c.c. al caso del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa rende conseguentemente superflua l'analisi degli altri orientamenti.

Alla luce di quanto detto, non rimane da segnalare che, non avendo le recenti novelle del legislatore intaccato l'operatività del meccanismo della sostituzione automatica di clausole, qualora l'attuale organo politico intendesse muoversi in una diversa logica, dovrà necessariamente ricordarsi di intervenire attraverso disposizioni esplicite. Infatti, anche se, come noto, «il diritto del lavoro si è staccato dal diritto civile... [ed] ha uno spirito proprio che gli conferisce una autonoma ragione d'essere», occorre tenere presente che «non è autosufficiente... [in quanto] infrastrutture e snodi gli sono pur sempre forniti dal diritto civile»⁵⁵⁴.

Allo stesso modo, nella fase ermeneutica l'interprete dovrà rammentare che, nonostante le tendenziali spinte centrifughe del diritto del lavoro dal nucleo del diritto civile e le urgenze di politica del diritto ad esso sottese, «il giuslavorista al pari di ogni giurista non... [può] prescindere nella sua opera di interprete dall'uso delle categorie giuridiche... pena la sua trasforma[zione] in socio-logo»⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 369. In senso conforme cfr. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 36 e ss. spec. nota n. 62. Contra E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 35 e ss., il quale ritiene che l'art. 1419 c.c. possa operare solo in caso di invalidità di clausole secondarie.

⁵⁵² Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale. *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1940, p. 107.

⁵⁵³ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 41, nota n. 62.

⁵⁵⁴ Le frasi fra virgolette sono di L. MENGONI, in Id., A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 10.

⁵⁵⁵ G. SANTORO PASSARELLI, *Intervento*, in Id. (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992, p. 143. Sul rapporto tra diritto civile e diritto del lavoro si v. anche: L. MENGONI, A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 5 e ss.; O. MAZZOTTA, *Diritti del lavoro e categorie civilistiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, p. 35 e ss.; F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Torino, 2007. Per un'analisi dei meccanismi sanzionatori originali del diritto del lavoro si rinvia a: E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in AA.VV., *Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro. Alba, 1-3 giugno 1978*, Milano, 1979, p. 10 e ss.; A. DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003; L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, I, p. 1188 e ss.

Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*

Franco Carinci

| | |
|--|-----|
| 1. Un 'nuovo' accordo sugli assetti contrattuali | 143 |
| 2. Principio e fine della politica dei redditi | 145 |
| 3. Per una nuova struttura contrattuale | 147 |
| 4. L'oggetto della contrattazione e i rapporti tra contratti di diverso livello | 148 |
| 5. Il riaccentramento del sistema (indennità di vacanza contrattuale, sciopero e welfare society)? | 152 |
| 6. Settore privato e settore pubblico privatizzato: dal binario unico di nuovo al doppio binario | 155 |

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 86/2009

1. Un 'nuovo' accordo sugli assetti contrattuali

Senza ricostruirla qui, la lunga e faticosa gestazione dell'Accordo la si ritrova ben marcata nella sua forma e sostanza: una trattativa, apertasi con la proposta presentata dalla Confindustria alle tre Confederazioni, proseguita con le sole Cisl ed Uil fino alla formulazione di Linee guida, ripresa e conclusa con l'entrata in scena del Governo, che sfocia in un testo "sulle regole e le procedure della negoziazione e della gestione della contrattazione collettiva", sottoscritto da tutti i partecipanti. Ad un primo sguardo può sembrare un Protocollo triangolare Governo-parti sociali, con incorporato un classico accordo interconfederale, a ricalco del precedente del '93; ma non è così, perché è rimane un accordo interconfederale "allargato", con il Governo presente non come "esecutivo", terzo che mette a disposizione risorse normative e finanziarie, ma come "datore" e "responsabile" dell'intero universo del lavoro pubblico privatizzato. Tant'è che l'obbiettivo di un nuovo sistema contrattuale viene esteso in vista di un "modello comune nel settore pubblico e nel settore privato".

Il che, però, è ben lungi dal metter capo ad un testo unitario ed omogeneo, tale da delineare un modello comune, perché c'è un filone "principale", costituito dall'aggiornamento dell'accordo interconfederale contenuto nel Protocollo del '93, che mantiene come attori tutte le parti sociali (Confindustria, Cisl, Uil) e come ambito il settore privato; filone, questo, destinato a far da supporto ad un altro "secondario", mutuato ed adattato secondo un *mix* non facilmente ricostruibile, che investe come interlocutori il Governo e le sole parti sociali sindacali (Cisl ed Uil) e come terreno di intervento il settore pubblico privatizzato.

Non v'è dubbio che il Governo, come "esecutivo", dia semaforo verde rispetto all'intero testo ed in particolare all'*impact* sul suo campo d'azione dei due punti principali dell'Accordo, la scelta del nuovo indicatore della crescita dei prezzi al consumo e la scommessa su una contrattazione di secondo livello all'insegna della "produttività", tutta affidata ad una politica di defiscalizzazione e di decontribuzione. Ma, qui, quando parla come "datore", lo fa con distinguo *ad hoc* rispetto all'impegno finanziario: a cominciare proprio dalla scelta del nuovo indicatore, per cui – ai sensi del par. 2, punto 2, capov. 8 - "nel settore pubblico, la definizione del calcolo delle risorse da destinare agli incrementi salariali" avverrà "nel rispetto e nei limiti della necessaria programmazione prevista dalla legge finanziaria"; ed, a finire, con la contrattazione di secondo livello, per la quale – ai sensi del par. 2, punto 10 – "l'incentivo fiscale- contributivo sarà concesso gradualmente e compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica".

Insomma il Governo "esecutivo" da sì semaforo verde, ma con un vincolo finanziario quando parla come "datore"; tant'è che nella chiusa dell'Accordo fa sì proprio l'auspicio di una diminuzione delle tasse su imprese e lavoro, ma sempre "nell'ambito degli obbiettivi e dei vincoli di finanza pubblica". C'è qui un elemento differenziale rispetto al precedente processo concertativo, perché l'impegno assunto non è solo "politico", ma anche condizionato, largamente se non totalmente, dal giudizio di un Governo confrontato da una crisi finanziaria ed economica gravissima che lo costringerà ad una rigida priorità nell'utilizzazione delle risorse; restando, poi, fermo che il suo convertirsi da "politico" a "giuridico" è pur sempre soggetto al passaggio parlamentare.

Senza voler fare del dietrismo, c'è il fondato sospetto che Governo e parti sociali abbiano voluto vendere l'Accordo come riecheggiante il Protocollo del '93, dandogli il respiro di un atto concertativo, tanto nell'apertura ("Il Governo e le parti sociali firmatarie del presente accordo, con l'obbiettivo dello sviluppo economico e della crescita occupazionale fondata sull'aumento della

produttività ...”), quanto nella chiusa (“Le parti confermano che obbiettivo dell’intesa è il rilancio della crescita economica, lo sviluppo occupazionale e l’aumento della produttività, anche attraverso il rafforzamento dell’indicazione condivisa dal Governo, imprese e sindacati per una politica di riduzione della pressione fiscale sul lavoro e sulle imprese, nell’ambito degli obbiettivi e dei vincoli di finanza pubblica”). Ma il fatto che il testo, così aperto e chiuso, dia l’impressione di essere unitario ed omogeneo, frutto del consenso formalmente necessario e determinante di tutti su tutto non deve trarre in inganno, perché, come già visto, c’è stato un innesto, sul corpo dimagrito delle Linee guida dettate per le imprese (con a controparte la Confindustria), dell’ “adeguamento” richiesto per le pubbliche amministrazioni (con a controparte effettiva il Ministro della Funzione Pubblica). Sicché, anche leggendolo attentamente, non è facile ricostruire il dopplice contenuto, a volte sovrapposto, a volte distinto. Non è dovuto neppure la termologia utilizzata, perché se l’espressione “Accordo quadro” è mutuata da settore pubblico privatizzato, anche se utilizzabile ed utilizzata qui per delineare un testo “cornice”; quella spesa per individuare il contratto nazionale è tipica del settore privato, cioè, appunto la sigla CCNL o la dizione intera, contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria.

L’Accordo si autodefinisce come “quadro”, cioè inteso a delineare principi e criteri cui dovranno attenersi le “fonti contrattuali” richiamate, ad iniziare - come recita il par. 2, al suo inizio - dagli “accordi interconfederali sottoscritti al fine di definire specifiche modalità, criteri, tempi e condizioni con cui dare attuazione ai principi di seguito indicati, per un modello contrattuale comune nel settore pubblico e nel settore privato”. Sicché, al momento, rimane in piedi quel “sistema vigente”, cioè quello introdotto nel Protocollo del ’93 e praticato per oltre un quindicennio, senza che, sia possibile anticipare quando il nuovo modello verrà varato; tanto più che, le fonti richiamate sono parecchie, con una non chiara e coerente individuazione, sì da rendere abbastanza problematico e tortuoso il percorso verso il pieno regime. Di certo l’aver scelto un Accordo quadro rimesso ad un futuro tutto da costruire ha scontato lo stallo politico-sindacale dovuto al ritiro della Cgil dal tavolo delle trattative, sì da renderlo un “accordo separato”; ma ha anche scontato la difficoltà di decidere dal vertice e tutto d’un colpo quale fosse di volta in volta il livello competente. Un prudente temporeggiamiento, che viene confermato dal “carattere sperimentale” riconosciuto all’Accordo, destinato ad essere riconsiderato al termine del quadriennio previsto per la sua durata; carattere, questo, peraltro condiviso sostanzialmente con l’assetto contrattuale definito nel Protocollo del ’93, dato che nel suo punto 2.5, era previsto un incontro di verifica, promosso dal Governo. Ma, diversamente da allora, ora il funzionamento effettivo del nuovo modello è rimesso ad un tempo anche relativamente lungo, sicché potrà ben accadere che, al compimento del quadriennio, ci sia ben poco per poter esprimere un giudizio e fare un intervento correttivo.

Si è appena accennato al fatto che le fonti contrattuali richiamate sono molteplici, non univoche e non sistematiche. Per farsene un’idea basta una semplice e rapida rassegna “terminologica”: oltre ai citati “accordi interconfederali” di cui all’inizio del par. 2, il “livello interconfederale” è richiamato al par. 2, punto 2, capov. 5; “la contrattazione nazionale di categoria o confederale” al par. 2, punti 3 e 4; il “contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria” al par. 2, punto 2, all’inizio; il “contratto nazionale” al par. 2, punto 2, capov. 6 ed al punto 11; i “singoli contratti collettivi” al par. 2, punto 6; le “specifiche intese” al par. 2, punto 2, capov. 7, nonché ai punti 7,9,16; “specifici accordi” al punto 14 e “successivi accordi” al punto 15; l’ “autonomia collettiva” al punto 12; il “secondo livello di contrattazione” o “la contrattazione di secondo livello al

par.2,punti 9, 11,13,15. Certo tali variegate espressioni vanno collocate e lette nei rispettivi contesti, ma nell'insieme appaiono riconducibili a quella approssimazione propria delle intese collettive, riconducibili sia alla scarsa rilevanza assegnata alla proprietà del linguaggio; sia alla scarsa o nessuna voglia di chiarezza, per impossibilità di raggiungere un'intesa univoca, fra le stesse organizzazioni sindacali ovvero per la scelta deliberata di lasciare aperta un'area di manovra.

2. Principio e fine della politica dei redditi

L'Accordo quadro si propone di sostituire il "regime vigente" di contrattazione collettiva, a cominciare dal suo snodo principale, l'indicatore dell'inflazione. Il che richiede di fare un passo indietro.

Quello del '93 era un classico testo concertativo, fin dal suo titolo, "Politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo". Stando al suo punto 1 ("Politica dei redditi e dell'occupazione") intendeva rispondere *in primis* ad una forte inflazione, attraverso un'azione comune del Governo e delle parti sociali, destinata a realizzare una politica dei redditi condivisa, con a sua misura elettiva l'inflazione programmata. A tal fine prevedeva una duplice sessione di confronto: a maggio e giugno, prima della presentazione del Documento di programmazione economico-finanziaria, dove si sarebbe puntato a definire "obiettivi comuni sui tassi di inflazione programmati, sulla crescita del Pil e sull'occupazione"; e, rispettivamente, a settembre, in vista della legge finanziaria, si sarebbe proceduto a determinare "le misure applicative degli strumenti di attuazione della politica dei redditi, individuando le coerenze dei comportamenti delle parti nell'ambito dell'autonomo esercizio delle loro responsabilità". E proprio a partire dagli "obiettivi comuni sui tassi di inflazione programmati", il mondo imprenditoriale - a controllo privato o pubblico - si impegnava al contenimento dei prezzi; il Governo come datore di lavoro, a tenere "un coerente comportamento anche nella contrattazione dei pubblici dipendenti e nelle dinamiche salariali non soggette alla contrattazione"; le parti sociali, a seguire "comportamenti, politiche contrattuali e politiche salariali coerenti con gli obiettivi di inflazione programmata".

E, coerentemente, nel punto 2 ("Assetti contrattuali") ricostruibile come un - accordo interconfederale incorporato nel Protocollo - il par. 2, che riguardava il CCNL, afferma "La dinamica degli effetti economici del contratto sarà coerente con i tassi di inflazione programmata assunti come obiettivo comune". Anche se, subito dopo, attenuava la rigidità dell'affermazione, diluendola con una sequenza composita di criteri di cui tener conto per la determinazione di tale dinamica, cioè "delle politiche concordate nelle sessioni di politica dei redditi e dell'occupazione, dell'obiettivo mirato alla salvaguardia del potere d'acquisto delle retribuzioni, delle tendenze generali dell'economia e del mercato del lavoro, del raffronto competitivo e degli andamenti specifici del settore". Sicché, alla fine, l'inflazione programmata restava il referente base, ma non esclusivo, sì da risultare rimesso ad un confronto negoziale relativamente aperto.

Come noto, il modello teorico di riferimento era quello proposto da Tarantelli, nome illustre del martirologio del terrorismo rosso, che individuava nella rincorsa salari-prezzi-salari la causa della spirale inflattiva e rinveniva nell'adozione di un tasso di inflazione al ribasso, in sede di determinazione dei salari, la soluzione elettiva. Nel recepirlo all'interno di un approccio di politica dei redditi concertata, si dava per scontato che l'inflazione programmata fosse inferiore a quella altrimenti attesa, sì da agire in prevenzione; e, una volta archiviata la scala mobile proprio per la sua automaticità, la difesa salariale reale veniva affidata alla contrattazione categoriale, scandita

su due sessioni biennali: la prima, con a referente di base proprio l'inflazione programmata; la seconda, la difesa salariale reale. C'è accordo quasi unanime sul fatto che il modello abbia funzionato, sì da contribuire a invertire un processo inflattivo tale da mettere a rischio lo stesso nostro ingresso nell'euro; anche se non c'è su quanto sia stato il suo effettivo contributo e su quanto sia stato il costo pagato dal lavoro rispetto al capitale. Ma a cominciare dal rapporto della Commissione Giugni del 1997, è divenuto sempre più condiviso ed insistente il giudizio che proprio il successo conseguito lo avesse reso più o meno obsoleto, sì da richiedere un aggiornamento, a cominciare dallo snodo principale, quale costituito dall'inflazione programmata: non c'era più ragione di fissarla al ribasso, una volta che si era esaurita la spirale inflazionistica; né, comunque, di enfatizzarla troppo come referente base, una volta che si era affermata come prioritaria la questione della perdita salariale reale.

Di fatto, ad entrare in crisi è la stessa concertazione, certo per la relativa perdita d'importanza di quella politica dei redditi che ne costituiva, qui come altrove, la posta principale, ma anche per la sua istituzionalizzazione burocratica nel Patto di Natale del 1998 e per l'entrata a regime dell'alternanza caratteristica della "seconda Repubblica". Senza alcuna modifica della Carta fondamentale, ma come mera conseguenza della sostituzione della legge elettorale, da proporzionale a maggioritaria, con conseguente formazione di due coalizioni contrapposte, di centro-destra e di centro-sinistra, l'alternanza finisce per contrapporre una "concertazione" di centro-sinistra ad un "dialogo sociale" di centro-destra. La individuazione dell'inflazione programmata diventa, sostanzialmente ed anche formalmente, unilaterale: opera di un Governo che, a prescindere dal suo colore, è costretto a percorrere un sentiero sempre più stretto fra Pil e deficit/debito pubblico, sì da privilegiare un'inflazione programmata notevolmente al ribasso. Da qui il disincanto delle parti sociali, costrette a confrontarsi senza un referente condiviso, che alla fine le penalizza entrambe: le Confederazioni sindacali impegnate nella difesa salariale e la Confindustria preoccupata di mantenere la pace sociale e di sostenere la domanda aggregata.

Non per nulla è un Governo di centro-destra a propiziare un Accordo quadro che scrive la parola fine su una concertazione basata sulla politica dei redditi, con una semplice operazione di "sganciamento" dall'inflazione programmata. Stando al suo punto par. 2, punto 2, capov. 3, in sede di CCNL "per la dinamica degli effetti economici si individuerà un indicatore della crescita dei prezzi al consumo assumendo per il triennio – in sostituzione del tasso di inflazione programmata – un nuovo indice previsionale costruito sulla base dell'IPCA (l'indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l'Italia), depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici importati. L'elaborazione della previsione sarà affidata ad un soggetto terzo."; mentre, poi, al successivo capov. 8, è prevista la variante relativa al "settore del lavoro pubblico". Al giurista tocca individuare il cambio di sistema ed all'economista dire quale ne può essere l'effetto sul livello salariale; ma che il compito dell'economista sia tutt'altro che facile, è dimostrato dal fatto che quanto al segno da anteporre a tale effetto, positivo o negativo, non è stato raggiunto alcuno accordo, sì da costituire il motivo primo dello scontro fra Cisl/Uil e Cgil. Uno scontro, questo, "politico-sindacale", con a supporto il diverso atteggiamento nei confronti del Governo di centro-destra e ad oggetto privilegiato quella depurazione dell'inflazione importata, che pur era già prevista dal Protocollo del '93. Mentre appare rinviato l'altro motivo di scontro relativo alla parte della retribuzione da "rivalutare", come si deduce dal par. 2, punto 2, capov. 7, per cui "il nuovo indice previsionale sarà applicato ad un valore retributivo individuato dalle specifiche intese"; sicché, a

tutt'oggi, è impossibile giungere ad un qualche giudizio conclusivo, rimanendo indeterminata la base di calcolo.

Al giurista non rimane che aggiungere che tale “sganciamento”, dovrebbe semplificare la contrattazione collettiva, fornendole un referente certo e realistico, se pur con l'ausilio di quel “soggetto terzo”, cui dovrebbe essere affidata “l'elaborazione della previsione”. Fatto, quest'ultimo che viene a confermare un certo *trend* dello stesso “ordinamento intersindacale” verso la terzietà, ma al tempo stesso introduce un possibile elemento di fibrillazione circa la scelta del terzo e l'autorità del suo giudizio. Il costo di avere un referente certo e realistico è costituito dallo stesso stacco fra tasso “programmato” e “contrattuale”: un costo, sia per le parti sociali, espulse, non più solo di fatto ma anche di diritto, dalla individuazione del tasso “programmato”, referente della politica economica-finanziaria; sia per il Governo, condannato a muoversi, nella determinazione degli incrementi salariali dell'impiego pubblico privatizzato e non, fra il suo tasso (presumibilmente più basso) e quello previsto dal “soggetto terzo” (presumibilmente più alto). Non solo perché, a quanto pare, l'indicatore prescelto, appare - in sé e per il procedimento prescelto per metterlo a punto - alquanto rigido, sì da trasformare il confronto collettivo in proposito in un automatico recepimento, riecheggiando il meccanismo di quella scala mobile che è stata croce e deilia delle relazioni sindacali per l'intero ventennio 1970-1990. Ciò è confermato dal cambio di marcia in tema del successivo “adeguamento” al processo inflattivo.

3. Per una nuova struttura contrattuale

Una volta archiviata la scala mobile, con la sua automaticità, la funzione di adeguare i salari agli incrementi dei prezzi veniva affidata dal Protocollo del '93 alla stessa contrattazione collettiva, con una revisione della sua struttura e cadenza: per il CCNL era prevista una “durata quadriennale per la materia normativa e biennale per la materia retributiva”. Questo, da un lato, fotografava la natura ormai largamente inerziale della parte normativa; dall'altro, permetteva di seguire a distanza ravvicinata una inflazione effettiva ben al di sopra di quella programmata, intenzionalmente predeterminata al ribasso. Così, lo stesso Protocollo, al punto 2. 2, ci diceva che “In sede di rinnovo biennale dei minimi contrattuali ulteriori punti di riferimento del negoziato saranno costituiti dalla comparazione tra l'inflazione programmata e quella effettiva intervenuta nel precedente biennio, da valutare anche alla luce delle eventuali variazioni delle ragioni di scambio del Paese, nonché dall'andamento delle retribuzioni”. Quegli “ulteriori punti di riferimento” rinviano alla precedente elencazione relativa al primo biennio: ma, come là, era assunto come referente base la coerenza con l'inflazione programmata; qui era la comparazione fra inflazione programmata ed effettiva avvenuta nel biennio trascorso, se pur sempre, con la compagnia di altri criteri, sì da rendere la ricezione flessibile ed adattabile in sede di trattativa.

Nell'Accordo quadro, la prima innovazione è costituita dalla eliminazione della duplice cadenza del CCNL, quadriennale per la parte normativa e biennale per quella economica, a vantaggio di un'unica durata triennale. Certo l'esperienza fatta in proposito aveva rivelato più di una *défaillance*, per il prolungarsi delle trattative di rinnovo bel oltre le scadenze, con conseguente perturbazione di quella che avrebbe dovuto essere la sequenza fisiologica, cioè CCNL primo biennio/contratto aziendale/CCNL secondo biennio. Ma la ragione decisiva è la ricompattazione su un'unica scadenza triennale riesce del tutto coerente con il duplice presupposto condiviso: quello “economico” di avere a che fare con un tasso di inflazione calante; e quello “tecnico”, di affrontarlo con un indicatore più realistico.

L' "adeguamento" al processo inflattivo è disciplinato al par. 2, punto 2, capovv. 4, 5, 6; mentre al successivo capov. 9 c'è il correttivo previsto per il "settore del lavoro pubblico". Ai sensi del capov. 4, "si procederà alla verifica circa eventuali scostamenti tra l'inflazione prevista e quella reale effettivamente osservata, considerando i due indici sempre al netto dei prodotti energetici importati"; del capov. 5, "la verifica circa la significatività degli eventuali scostamenti registratesi sarà effettuata in sede paritetica a livello interconfederale, sede che opera con finalità di monitoraggio, analisi e raccordo sistematico della funzionalità del nuovo accordo"; e del capov. 6, "il recupero degli eventuali scostamenti sarà effettuato entro la vigenza di ciascun contratto nazionale". Stando al testo, non è che il procedimento risulti chiarissimo. Dato per scontato che l'inflazione "prevista" sia quella elaborata dal "soggetto terzo" e tenuta presente in sede del CCNL precedente, dovrebbe ritenersi che l'inflazione "reale effettivamente osservata" sia quella legittimata da una fonte ufficiale, per coerenza lo stesso IPCA; ma l'eventuale scostamento non sembrerebbe rilevante di per sé, ma in quanto la sua "significatività" sia stata accertata in sede interconfederale. Questo pare voler dire che lo scostamento verrebbe giudicato rilevante od irrilevante, a seconda del suo valore percentuale, sì da poter o non poter essere tenuto presente in sede contrattuale: c'è da chiedersi se ciò valga solo quando ha un segno più oppure anche quando ha un segno meno; anche se quest'ultimo evento dovrebbe escludersi dato che al capov. 6 si parla esclusivamente di "recupero".

Importante è la chiamata in causa della sede interconfederale, con una commissione paritetica *ad hoc*, investita di un ruolo ben lungi dall'esaurirsi nella verifica della "significatività", visto che attiene al "monitoraggio, analisi e raccordo sistematico della funzionalità dell'accordo". Segno, questo, di un sistema che si centralizza e bilateralizza, creando una sorta di comune cabina di regia, la cui effettiva capacità di manovra dipenderà dalla presa delle confederazioni sulle rispettive federazioni, che, peraltro – come notato – aumenta in una fase di recessione. Una volta che la commissione paritetica dia via libera, scatta il "recupero", che sembrerebbe essere automatico, cioè da effettuarsi dai datori di lavoro entro la vigenza dei loro CCNL; ma su un "valore retributivo" rimesso a "specifiche intese", che non è detto siano interconfederali o di categoria: fatto, questo, che, a seconda dell'opzione, accentuerrebbe od attenuerebbe la centralizzazione.

Rimane solo da sottolineare come il nuovo modello esponga al rischio di un sovraccarico del CCNL triennale, che dovrebbe avere alle spalle non solo la contrattazione di secondo livello ma anche il "recupero" del differenziale inflazionistico, quest'ultimo proprio a ridosso del rinnovo; e dovrebbe, al tempo stesso, portare il peso congiunto e cumulato dell'aggiornamento normativo ed economico.

4. L'oggetto della contrattazione e i rapporti tra contratti di diverso livello

Stando alla *querelle* che ha caratterizzato il percorso dell'Accordo quadro, lo snodo principale costituito dal mutamento dell'indicatore dell'inflazione avrebbe dovuto collocarsi in un contesto di riequilibrio fra CCNL e contratto di secondo livello, all'insegna di un deciso decentramento del sistema. Dico avrebbe, perché al riguardo il testo rivela un approccio assai prudente, proprio in ragione dell'essere oggetto di un forte scontro con la Cgil, con riguardo all'ambito effettivamente coperto dal contratto di secondo livello, *in primis* quello aziendale. A giudizio della Confederazione maggioritaria, di per sé, il mero riequilibrio si sarebbe automaticamente risolto in un calo di trattamento significativo per chi avesse continuato a usufruire del solo CCNL; calo non evitabile con il "correttivo negoziale", che in effetti è stato introdotto.

Procedendo sempre con il Protocollo del '93, c'è da osservare, in prima battuta, che quello prescelto era appunto il collaudato sistema articolato tenuto a battesimo all'inizio, ma travolto al termine dello stesso decennio '60. Recuperato lentamente nel corso del ventennio successivo, è riconsacrato al principio del decennio '90. Come dice testualmente il suo punto 2. 2, il sistema comprende" – un contratto collettivo nazionale di categoria; - un secondo livello di contrattazione, aziendale o alternativamente territoriale, *laddove previsto, secondo l'attuale prassi, nell'ambito di specifici settori*". Clausola di "congelamento" dell'esistente, quest'ultima, tanto cara alla Confindustria da venire ripresa al punto 2.3, si da delimitare la contrattazione di secondo livello "nello spirito dell'attuale prassi negoziale con particolare riguardo alle piccole imprese". Il tutto parrebbe trovare un eco corrispondente nell'Accordo quadro, laddove, al par. 2, punto 1, sancisce che "l'assetto della contrattazione collettiva è confermato su due livelli: il contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria e la contrattazione di secondo livello come definita dalle specifiche intese". Ma, nel passaggio dal primo al secondo testo, c'è un cambiamento, perché qui si parla indistintamente di contrattazione di secondo livello e si cassa la clausola di "congelamento" della prassi esistente circa l'estensione di tale contrattazione. Un duplice cambiamento, questo, strettamente interconnesso, perché non si vuole precludere *a priori* il progetto caro alla Cisl di modificare il panorama della contrattazione di secondo livello: quella territoriale dovrebbe essere estesa in "supplenza" di quella aziendale, laddove se ne ravvisi l'opportunità, cosa, questa, destinata a costituire la tematica principale di "specifiche intese", di cui non è precisata la sede, se interconfederale o categoriale.

Solo che nell'Accordo quadro, di un cambio di equilibrio fra CCNL e la contrattazione, di secondo livello, a cominciare da un alleggerimento del suo contenuto, non c'è alcun segno chiaro, perché se al par. 2.2, capov. 2 si afferma che il CCNL "avrà la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio", poi si fa parola solo di quelli economici, ma non quelli normativi. L'unico vincolo che è dato dedurne attiene al dover essere "trattamenti ... comuni", con un esplicito voto di differenziazioni territoriali.

Confermato il sistema articolato, ne consegue che così come per il Protocollo del '93, anche per l'Accordo quadro a decidere sarà proprio il CCNL, utilizzando all'uopo le collaudate clausole rinvio e di specializzazione. Se il primo, al punto 2,3 stabiliva che la "contrattazione aziendale o territoriale è prevista secondo le modalità e gli ambiti che saranno definiti dal contratto nazionale di categoria" e, poco sopra, che "la contrattazione aziendale riguarda materie e istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli retributivi propri del CCNL"; il secondo - accorpando il tutto - al par. 2, punto 11, afferma che "salvo quanto espressamente previsto per il comparto artigiano, la contrattazione di secondo livello si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto nazionale o dalla legge e deve riguardare materie ed istituti che non siano già stati negoziati in altri livelli di contrattazione".

Ma l'Accordo quadro risulta ben consapevole del potenziale conflittuale insito nell'individuazione dello spazio assegnato al secondo livello di contrattazione, in ragione di un duplice dato: oggettivo il primo, quale costituito dalla difficoltà di interpretare tale spazio; soggettivo il secondo, quale rappresentato dal difetto di controllo esercitato sulle rappresentanze di base, nonostante la regola del terzo e la previsione dell'assistenza dell'istanze territoriali in sede di trattative. Sicché, al successivo punto 12 - con implicito riferimento a quello precedente - ricorda che "eventuali

controversie nella applicazione delle regole stabilite, saranno disciplinate dall'autonomia collettiva con strumenti di conciliazione ed arbitrato”.

Quanto specificatamente ai trattamenti economici, già il Protocollo del '93 prevedeva la relazione fra le voci retributive aziendali e rendimenti, nonché l'opportunità che tali voci fossero incentivate: ai punti 2, 3, recitava le “erogazioni ... sono strettamente correlate ai risultati di programmi concordati di produttività ...; e, rispettivamente, le “parti prendono atto” che di tali istituti “ne saranno definiti le caratteristiche e il regime contributivo- previdenziale mediante un apposito provvedimento legislativo promosso dal Governo, tenuto conto dei vincoli della finanza pubblica e della salvaguardia della prestazione previdenziale dei lavoratori”. Ma a stretto rigore l'Accordo, si limita, al par. 2, punto 9 a riecheggiare, con maggior vigore, solo quest'ultima affermazione, per cui “le parti confermano la necessità che vengano incrementate, rese strutturali, certe e facilmente accessibili tutte le misure volte ad incentivare, in termini di riduzione di tasse e contributi, la contrattazione di secondo livello che collega incentivi economici al raggiungimento di obiettivi di produttività ...”.

Rimane fermo l'elemento di continuità costituito da un distinguo fondamentale di ruolo nel governo salariole, per cui il CCNL difende il potere di acquisto e la contrattazione aziendale lo incrementa in ragione della crescita della produttività; come sostanzialmente anche la *ratio* della valorizzazione di una voce retributiva incentivante, perché tale da abbassare i costi e far lievitare i salari senza contraccolpi inflattivi. Certo tutto dipende da come viene declinato tale distinguo, se in modo più o meno rigido, a cominciare proprio dal CCNL, che potrebbe ben essere legittimato ad andar oltre il mero recupero del potere d'acquisto, come pare doversi dedurre dal Protocollo del '93: non solo, al suo punto 1.2, diluisce l'indicatore costituito dall'inflazione programmata (per il primo biennio) e dalla inflazione effettiva (per il secondo biennio) in un elenco di altri criteri concorrenti se pur in subordine; ma, al suo punto 1.3, allorché definisce lo spazio utilizzabile dalla contrattazione aziendale per determinare le erogazioni correlate ai risultati, mette in fila “incrementi di produttività, di qualità ed altri elementi di competitività di cui le imprese dispongano, compresi i margini di produttività ... eccedente quella eventualmente già utilizzata per riconoscere gli aumenti retributivi a livello di CCNL”.

Nel testo dell'Accordo quadro non è dato cogliere chiaramente quanto pur è stato reclamizzato, cioè un netto e rigido confine tracciato fra CCNL e contrattazione di secondo livello, si che il CCNL non possa andar oltre il ruolo di difesa del potere d'acquisto, espropriando a suo favore tutta o parte della produttività media del settore, come sembrerebbe giustificato proprio dalla copertura solo parziale della contrattazione di secondo livello. Ma in tal senso – almeno come intento perseguito – parrebbe deporre sia la rigidità ed automaticità della determinazione dell'indicatore di inflazione, tali da sembrare depotenziare i CCNL a meri recettori di minimi salariali predeterminati; ma, soprattutto l'attenzione dedicata all'estensione della contrattazione di secondo livello e alla compensazione per una sua eventuale carenza.

La prima condizione di *favor*, peraltro, implicita, è data dalla sparizione della clausola di “congelamento”, che tanto aveva fatto discutere con riguardo al Protocollo del '93, perché così le clausole di rinvio contenute nel CCNL non sono *a priori* limitate alla prassi esistente, sì da vincolare tutte le imprese cui lo stesso è applicabile, anche quelle che prima non praticavano la contrattazione di secondo livello: naturalmente secondo i termini e i modi previsti dalla stesse clausole; e sempre come obblighi a trattare e non a concludere, ma sanzionabili con ricorso all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori. La seconda - che peraltro riecheggia quanto già auspicato dal Protocollo

del '93- è quella relativa all'incentivazione fiscale e contributiva della retribuzione premiante concordata al secondo livello, di cui al par. 2, punto 9, viene riconfermata "la necessità": ne segue una 'raccomandazione' -al punto 13- a conformarsi alla legge relativa agli sgravi; e una 'sollecitazione' - al punto 14 – a promuovere l'utilizzazione degli sgravi da parte delle PMI, tramite "specifici accordi" che prevedano "in ragione delle caratteristiche dimensionali, apposite modalità e condizioni". Non per nulla qui la questione di fondo è stata costituita dalla fonte di tale retribuzione premiante da incentivare, se potesse essere bilaterale ed unilaterale o se dovesse essere solo bilaterale, dato che nella prima ipotesi la contrattazione di secondo livello ne sarebbe risultata spiazzata, non favorita. A quanto sembra il citato punto 9 sembra dar per scontata la seconda ipotesi.

C'è, poi, uno specifico punto – par. 2, punto 15- che allarga il discorso: "salvo quanto definito in specifici comparti produttivi, ai fini della effettività della diffusione della contrattazione di secondo livello, i successivi accordi potranno individuare le soluzioni più idonee non esclusa l'adozione di elementi economici di garanzia o forme analoghe, nella misura ed alle condizioni concordate nei contratti nazionali con particolare riguardo per le situazioni di difficoltà economico-produttiva". Si noti come qui l'accento cada sull' "effettività" dell'estensione, che, però, risulta essere assunta nel senso di una diffusione, non della contrattazione di secondo livello come tale, ma della ricaduta incrementale da questa producibile, specie con riguardo alla retribuzione. Quali siano queste "soluzioni più idonee" è dato solo intuire in relazione alla fioritura di proposte emerse nel corso di pre-gestazione e gestazione dell'Accordo quadro, a cominciare da quella di una contrattazione territoriale alternativa rispetto all'aziendale, sì che la prima scatti in carenza della seconda. Qui si fa esplicita menzione di una misura già adottata dal CCNL dei metalmeccanici, cioè un'indennità predefinita a livello categoriale e corrisposta in carenza di contrattazione di secondo livello. Certo la possibilità di corrispondere un'indennità di questo tipo, se lasciata alla libera scelta dell'impresa, potrebbe essere utilizzata per bypassare la contrattazione di secondo livello, peraltro a costo di non usufruire degli sgravi legislativi; e non per nulla viene precisato che tale possibilità è rimessa alla disciplina del CCNL, "con particolare riguardo per le situazioni di difficoltà economico-produttiva", espressione leggibile non tanto in termini di crisi, quanto, piuttosto di dislocazioni territoriali e di dimensioni.

Non viene ripresa, nell'Accordo quadro, quella valorizzazione del *continuus bargaining* presente nel Protocollo del '93, punto 2.3, per cui nel corso della vigenza del contratto di secondo livello, prevista come quadriennale, "le parti, nei tempi che saranno ritenuti necessari, svolgeranno procedure di informazione, consultazione, verifica o contrattazione prevista dalle leggi, dal CCNL, dagli accordi collettivi e dalla prassi negoziale vigente, per la gestione degli effetti sociali connessi alle ristrutturazioni che influiscono sulle condizioni di sicurezza, di lavoro e di occupazione, anche in relazione alla legge sulle pari opportunità". Ma questo è ormai un *acquis*, costituendo da lungo tempo un oggetto privilegiato della stessa contrattazione di secondo livello; mentre deve essere segnalato il semaforo verde dato alla possibilità di "chiamata fuori" dal CCNL, ai sensi del par. 2, punto 16 dell'Accordo quadro: "per consentire il raggiungimento di specifiche intese per governare direttamente nel territorio o in azienda, situazioni di crisi o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale, le specifiche intese potranno definire apposite procedure, modalità e condizioni per modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea singoli istituti economici e normativi dei contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria". Ora qui è rimesso a quanto sarà concordato nelle "specifiche" intese se sarà necessario di volta in volta un

via libera da parte delle oo.ss. firmatarie del CCNL, come pur era stato ipotizzato e come sembra probabile; ma è già individuato il duplice presupposto: quello più scontato di "stato di crisi" – già addotto a spiegazione e giustificazione della contrattazione aziendale "concessiva"; non senza qualche apertura da parte della stessa legge - ; e quello meno scontato di "impulso allo sviluppo economico e occupazionale", che pare riferito implicitamente al divario fra Centro-Nord e Sud, con in vista sconti normativi ed economici proprio per il Sud, se pur non generalizzati ma limitati ad ambiti territoriali specifici.

Pienamente d'accordo su questa apertura, ma se a parlare è il giurista, allora c'è da osservare come per giurisprudenza consolidata un CCNL può sempre essere derogato in *peius* da un successivo contratto di secondo livello, anche al di fuori dello spazio predeterminato a livello nazionale; sicché il problema rimane sempre quello dell'efficacia di un tale contratto rispetto ai lavoratori non iscritti alle oo.ss. stipulanti. Problema, questo, che qui appare alquanto aggravato dall'essere l'Accordo quadro un accordo "separato", non partecipato né sottoscritto dalla Confederazione maggioritaria, la Cgil, che, fra l'altro, su questa partita della "chiamata fuori" non pare essersi mostrata particolarmente disponibile.

5. Il riaccenramento del sistema (indennità di vacanza contrattuale, sciopero e welfare society)?

Se si confronta il Protocollo del '93, punto 2.4, relativo al procedimento contrattuale, con quanto scritto nell'Accordo quadro, c'è da notare semmai un riequilibrio all'indietro, cioè nel senso di un riaccenramento. Là il CCNL definiva "le procedure per la presentazione delle piattaforme contrattuali nazionali, aziendali e territoriali, nonché i tempi di apertura dei negoziati al fine di minimizzare i costi connessi ai rinnovi contrattuali ed evitare periodi di vacanze contrattuali". Qui, per il par. 2, punto 3, "la contrattazione collettiva nazionale di categoria o confederale regola il sistema di relazioni industriali a livello nazionale, territoriale o aziendale o di pubblica amministrazione", con una alternativa di livello regolatore lasciata aperta; punto ripreso nel successivo punto 5, con la previsione di "specifiche intese" che "per evitare situazioni di eccessivo prolungamento delle trattative di rinnovo dei contratti collettivi ... ridefiniscono i tempi e le procedure per la presentazione delle richieste sindacali, l'avvio e lo svolgimento delle trattative stesse".

Di fatto il problema del prolungamento del tempo di rinnovo, con conseguente effetto di trascinamento del ritardo sull'intero percorso contrattuale successivo, era ben presente al tempo del Protocollo del '93, tanto da farsene carico sempre al punto 2.4; questo col prevedere la tempestiva presentazione delle piattaforme per il rinnovo del CCNL sì da permettere l'apertura della trattative tre mesi prima della scadenza; nonché la vigenza di un periodo di raffreddamento comprensivo di quei tre mesi prima ed uno dopo, con a sanzione l'anticipo o posticipo dell'indennità di vacanza contrattuale. E, subito dopo, sotto l'anonima rubrica, regolava l'indennità di vacanza contrattuale, cioè un elemento provvisorio della retribuzione, da corrispondersi dopo 3 mesi dalla scadenza del CCNL.

Tante buone intenzioni, ma coltivate con poche speranze, se con riguardo all'"ammortizzatore" previsto per il ritardo, l'indennità di vacanza contrattuale, era previsto che dovesse decorrere dalla presentazione delle piattaforme, se successiva alla scadenza del CCNL, dando per scontata la inosservanza della regola di una presentazione precedente; nonché che potesse decorrere *sine die*, nella misura del 30% del tasso di inflazione programmata applicato ai minimi retributivi contrattuali vigenti per i primi 6 mesi e del 60% per quelli successivi.

Non è che l'Accordo quadro faccia un gran passo avanti, anzi. Si limita a dire - al par. 2, punto 7 - che "nei casi di crisi del negoziato le specifiche intese possono prevedere anche l'interessamento del livello interconfederale", sintomo ulteriore del convincimento del ruolo regolatore di tale livello, ultimo responsabile dell'effettivo funzionamento dell'intero sistema; e – al successivo punto 8 – che "saranno definite le modalità per garantire l'effettività del periodo di "tregua sindacale" utile per consentire il regolare svolgimento del negoziato". Ma non è sintomo di un difetto di volontà o di fantasia, perché dato il quadro di riferimento costituito dal nostro diritto sindacale "vivente", non esiste mezzo "giuridico" di chiudere un rinnovo se non c'è accordo, eccezion fatta per un "arbitraggio", perché sia il ricorso allo sciopero sia l'intervento mediatorio del Governo possono dar vita solo ad un *pressing* più o meno efficace. E se esiste un mero giudizio, per assicurare "una tregua sindacale", risulta scarsamente effettivo, perché la sua eventuale violazione può comportare solo una responsabilità patrimoniale delle parti, ben difficilmente azionabile con successo nei confronti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori. Tant'è che il Protocollo del '93 utilizzava in funzione sanzionatoria circa la mancata osservanza del periodo di raffreddamento proprio l'indennità di vacanza contrattuale, anticipandola o posticipandola, a seconda che la responsabilità fosse attribuibile alla parte datoriale o a quella sindacale; ed in questa seconda ipotesi facendola cadere non sui sindacati, ma sugli stessi lavoratori, *sub specie* di una corresponsione ritardata dell'indennità.

Ai sensi del par. 2, punto 6, l'indennità di vacanza contrattuale è sostanzialmente conservata, nella sua funzione di copertura, peraltro dilatabile o comprimibile in funzione sanzionatoria: "al rispetto dei tempi e delle procedure definite è condizionata la previsione di un meccanismo che, dalla data di scadenza del contratto precedente, riconosca una copertura economica, che sarà stabilita nei singoli contratti collettivi, in favore dei lavoratori in servizio alla data di raggiungimento dell'accordo." Esiste, però, una significativa variante, che reca traccia della discussione in materia, perché c'era una richiesta sindacale di dar decorrenza retroattiva alla parte economica definita con il rinnovo, facendola partire dalla scadenza del CCNL. In assenza di una disponibilità della controparte datoriale, la formula compromissoria raggiunta fa sua come data iniziale quella della scadenza del CCNL, ma sempre per la corresponsione di un'indennità determinata dalla stessa contrattazione categoriale, sì da poter risultare diversa caso per caso. Ma non bisogna dimenticare, che in ragione del mutato meccanismo di adeguamento all'inflazione effettiva, questo non è più rimesso ad un successivo accordo, ma deve essere effettuato nel corso della vigenza dello stesso CCNL; cosicché, la copertura dell'inflazione effettiva maturata precedentemente sarà già stata garantita al momento della scadenza del CCNL.

Non manca la consapevolezza dell'esistenza di alcune questioni cruciali per il funzionamento del sistema, almeno a stare al par. 2, punti 17, 18, 19. La più semplice sembra quella di cui a quest'ultimo punto, il 19, dato che qui "le parti convengono sull'obiettivo di semplificare e ridurre il numero dei contratti collettivi nazionali di lavoro nei diversi comparti"; più semplice perché è un obiettivo largamente condiviso, per l'effetto di frammentazione della disciplina collettiva e di moltiplicazione della conflittualità prodotto dal coesistere di centinaia di contratti, ma non perché sia poi facile realizzarlo. Un processo di concentrazione delle *bargaining unit* non è un lavoro da tavolino, neutro ed indolore, frutto di un tratto di penna, ma richiede uno sforzo il più unitario possibile, dovendo scontare la possibile resistenza degli apparati interni agli stessi sindacati confederali che dovrebbero farsene carico, dei sindacati "autonomi" fioriti in certi comparti, delle rappresentanze di base e dei lavoratori; in una parola lo *status quo*, il quale è in grado di contare

sulla forza per eccellenza, quella inerziale. Non solo, perché, anche dando per scontato l'assenso delle maggiori controparti confederali, anche queste avranno da affrontare le stesse problematiche "interne" ed "esterne"; e, comunque, una volta maturato l'accordo, non è che possa essere considerato dotato di un effetto diverso ed ulteriore rispetto a quello "obbligatorio" per le parti che vi hanno partecipato, vista la libertà di organizzazione riconosciuta *urbi e orbi* dall'art. 39, co. 1 cost.

Nessun dubbio, però, che l'impegno sia apprezzabile e condivisibile, come lo è quello scritto nel punto 17, per cui "salvo quanto già definito in specifici compatti produttivi, i successivi accordi dovranno definire, entro 3 mesi, nuove regole in materia di rappresentanza delle parti nella contrattazione collettiva valutando le diverse ipotesi che possono essere adottate con accordo, ivi compresa la certificazione all'INPS dei dati di iscrizione sindacale". Qui viene toccato "il problema dei problemi" del nostro sistema di relazioni collettive nel settore privato, cioè quello della legittimazione a sedere al tavolo delle trattative, da sempre lasciato al principio del reciproco riconoscimento, nel "vuoto" creato dalla mancata attuazione dell'art. 39, co. 2 e ss. cost. Lo Statuto dei lavoratori, come noto, si preoccupò, col suo fondamentale art. 19, di assicurare il diritto di cittadinanza del sindacato nelle unità produttive, ma senza dire alcunché sul processo contrattuale, salvo quell'intervento del tutto marginale rappresentato dagli artt. 4 e 6; anche se cercò di favorire l'estensione dell'efficacia della contrattazione collettiva con l'art. 36. A sua volta il Protocollo del '93 era figlio del principio del reciproco riconoscimento, che coerentemente dava del tutto per scontato, limitandosi ad attribuire la legittimazione "a negoziare al secondo livello le materie oggetto di rinvio da parte del CCNL ... alle rappresentanze sindacali unitarie ed alle organizzazioni sindacali territoriali dei lavoratori aderenti alle organizzazioni stipulanti il medesimo CCNL ...": un "compromesso" fra una duplice esigenza dar voce a rappresentanze elette e garantire una tenuta complessiva del sistema contrattuale articolato, non solo introducendo la "regola del terzo" per la composizione delle stesse, ma prevedendo una condivisione della capacità negoziale.

Il punto 1,2 del Protocollo del '93 riguardava solo il settore privato, come esplicitato dalla prima Nota apposta in coda, secondo cui "Il presente capitolo sugli assetti contrattuali contiene principi validi per ogni tipo di rapporto di lavoro. Per il rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione resta fermo il d. lgs. 29/1993". Ed il decreto in parola, al suo art. 47, dedicato alla rappresentatività sindacale, faceva proprio il criterio della "maggiore rappresentatività sul piano nazionale", rinviandone, però, la disciplina ad un "apposito accordo tra il Presidente del Consiglio e le Confederazioni sindacali" già legittimate precedentemente a concludere gli accordi destinati ad essere recepiti con decreti presidenziali. Dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 37, il d. lgs. n. 396/97, al suo art. 6, introduce il regime, poi trasmigrato nel d.lgs. n. 165/2001. Qui, all'art. 42, co. 1, era contenuto un passo che suonava qualcosa a mezzo fra un auspicio ed un programma di un regime comune al settore pubblico privatizzato ed al settore privato, rimesso esplicitamente ad un futuro intervento legislativo, col sottinteso che dovesse essere il primo a far da modello per il secondo: "Fino a quando non vengano emanate norme di carattere generale sulla rappresentatività sindacale che sostituiscano o modifichino tali disposizioni, le pubbliche amministrazioni ... osservano le disposizioni seguenti in materia di rappresentatività delle organizzazioni sindacali ai fini dell'attribuzione dei diritti e delle prerogative sindacali nei luoghi di lavoro e dell'esercizio della contrattazione collettiva".

Cosa largamente scontata, la legge "comune" non ha visto la luce, ma neppure l'autonomia collettiva ha fatto molta strada. Ed è certo una novità rilevante che le due confederazioni

“minoritarie” non solo auspicino, ma prevedano “successivi accordi” (da presumere interconfederali) entro tre mesi, per definire “nuove regole in materia di rappresentanza”, anche se – a quanto è dato dedurne – “chiuse” relative alle sole relazioni fra le parti (tali da non farsi carico delle altre oo.ss.) e “limitate” alla presenza ai tavoli delle trattative (tali da non estendersi ai diritti sindacali). Certo, con riguardo al contenuto, c’è un generico accenno alla valutazione delle diverse ipotesi adottabili; ma con un passaggio significativo, laddove si allude al possibile utilizzo dell’Inps, per quel che riguarda la certificazione dei dati di iscrizione sindacale. Non c’è alcuna apertura ad un sistema misto associativo-elettivo, quale quello in vigore nel settore pubblico privatizzato e recepito nel settore privato solo con riguardo alle rappresentanze unitarie; ma c’è la consapevolezza che anche per il dato associativo è necessario un riscontro numerico non affidato esclusivamente all’auto-certificazione delle stesse oo.ss.

Non manca neppure un tentativo di affrontare il problema assai caldo dello sciopero nel settore dei servizi pubblici locali, per cui, ai sensi del par. 2, punto 18, “le nuove regole possono determinare, limitatamente alla contrattazione di secondo livello nelle aziende di servizi pubblici locali, l’insieme dei sindacati, rappresentativi della maggioranza dei lavoratori, che possono proclamare gli scioperi al termine della tregua sindacale predefinita”. Sembrerebbe doversi dedurre che le “nuove regole” siano rimesse a quei “successivi accordi” previsti al punto precedente, il 17, per definire “nuove regole in materia di rappresentanza”; ma non si vede come possa essere l’Accordo quadro, avente come controparte la Confindustria, a disporre rispetto ad aziende di cui la Confindustria non costituisce l’organizzazione tipica di riferimento. Dunque, è un programma dettato dalle parti sindacali a se stesse; ma anche qui, una volta conclusi gli “specifici accordi” con le controparti giuste, la regola vincolerà le oo.ss. firmatarie, perché non pare tale da poter essere recepita nella disciplina collettiva delle prestazioni indispensabili, che, una volta approvata dalla Commissione di garanzia, acquisterebbe efficacia generalizzata.

Infine, viene spesa una parola a favore dello sviluppo di un capitolo di straordinario interesse con riguardo alla declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale in una *welfare society*, che abbia il sindacato come protagonista a pieno titolo. Per il par. 2, punto 4 “la contrattazione collettiva nazionale o confederale può definire ulteriori forme di unilateralità per il funzionamento di servizi integrativi di welfare”. Certo non si parte dal niente, perché ha alle spalle anzitutto l’esperienza positiva dell’artigianato; ma c’è da dubitare che le parti sociali possano farcela da sole, senza un progetto complessivo che combini e coordini intervento pubblico ed intervento collettivo, come pure si è cercato di fare per la previdenza integrativa.

6. Settore privato e settore pubblico privatizzato: dal binario unico di nuovo al doppio binario

Come già visto, l’Accordo quadro rinvia ad accordi interconfederali per dare attuazione ai principi elencati in vista e funzione di “un modello contrattuale comune nel settore pubblico e privato”. Ora a quello pubblico privatizzato si fa esplicito riferimento al par. 2, punto 2, capovv. 8 e 9, per introdurre altrettanti varianti al meccanismo di calcolo iniziale e di adeguamento finale dei salari con riguardo all’infrazione; nonché, al punto 10, per differenziare tempi e condizioni degli sgravi fiscali-contributivi per il pubblico privatizzato rispetto al problema. L’intento è sempre lo stesso, di permettere un margine di manovra più ampio e flessibile nella gestione di uno dei capitoli più pesante del “pubblico allargato”, dove, il controllo del trattamento salariale tende a sfuggire di mano e il livello di produttività complessivo rimane basso, per non dire della difficoltà di misurarlo in relazione alle singole unità amministrative.

Unico cenno ulteriore quello di cui al par. 2, punto 3, laddove si rinvia alla contrattazione collettiva, categoriale o confederale, la regolamentazione del sistema di relazioni collettive "a livello nazionale, territoriale e aziendale o di pubblica amministrazione". Il che dà un'idea del carattere approssimativo a dir poco di un approccio che rimane tutto concentrato sul privato, per poi ricordarsi del pubblico privatizzato a tratti e spezzoni; perché qui sembra ignorarsi che il sistema di relazioni collettive di tale ultimo settore è strettamente regolato dalla legge. Ed il fatto è che mentre Sacconi firma l'Accordo quadro, Brunetta presenta il disegno di legge delega "finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni." L'obbiettivo è sempre lo stesso, cioè, come dice l'art. 1, lett. a) del disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica, realizzare "la convergenza degli assetti regolativi del lavoro con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali. Ma, poi, all'art. 2, n. 1, si configura come finalità quella di assicurare "il rispetto della ripartizione tra le materie sottoposte alla legge, nonché, sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma determinazione dei dirigenti, e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva". Cosa condivisibile se, già al successivo n. 2, lett.a), non si vincolasse la delega ad una ripartizione "riequilibrata" a tutto favore della legge, con un inciso assai significativo, quale "fermo restando che è riservata alla contrattazione collettiva la determinazione dei diritti e delle obbligazioni *direttamente pertinenti al rapporto di lavoro*". È vero che, alla successiva lett. h) la decretazione delegata deve "riordinare le procedure di contrattazione collettiva nazionale, in coerenza con il settore privato e nella salvaguardia delle specificità sussistenti nel settore pubblico ...", ma l'espressione è anodina, tanto da esser seguita da un'attenzione tutta esclusiva per una riforma dell'Aran – peraltro totalmente condivisibile - per potenziarne l'indipendenza dalle organizzazioni sindacali, la presenza delle Regioni e delle autonomie locali, la trasparenza della gestione del personale interno.

A scorrere il testo l'impressione di rilegificazione, se non anche di una ripubblicizzazione, cresce col trascorrere degli articoli; il che non vuole affatto tradursi automaticamente in un giudizio negativo sull'intero testo, ma sottolineare come, con una sorta di ritorno all'antico, pubblico privatizzato e privato hanno ricominciato ad allontanarsi l'uno dall'altro, nonostante il rituale omaggio pagato al loro destino comune. Non da oggi, peraltro, perché questo è un fenomeno che può essere ricondotto alla l. n. 145/2002 ed. l. n. 30/2003; come tale traducibile in un certo rigetto del processo riformatore culminato nel d.lgs. n. 165/2001. Rigetto dovuto in parte, come Massimo D'Antona temeva, all'essere vecchi protagonisti, burocrati e sindacati, a recitare il nuovo copione; in parte alla deriva statalista e pubblicista di un governo di centro-destra, quale il secondo ed il terzo gabinetto Berlusconi. L'impressione è che questa deriva - in controtendenza rispetto all'ideologia di fondo, - fosse riconducibile, ieri al tempo della dirigenza, ad una sintonia con l'alta burocrazia ministeriale; ed oggi, al momento della legge delega, alla convinzione che si possa così, più e meglio, ottenere efficienza e contenere la spesa.

La contrattazione collettiva dopo la delega*

Lorenzo Zoppoli

| | |
|--|-----|
| 1. Necessità e limiti di una revisione delle regole legali sulla contrattazione collettiva. | 158 |
| 2. Le "colpe" della contrattazione collettiva. | 161 |
| 3. Contrattazione collettiva e privatizzazione: verso un modello neo-autoritario di lavoro pubblico? | 163 |
| 4. Scelte a rischio di incostituzionalità. | 164 |
| 5. Lo "spazio negoziale" dopo la legge delega. | 167 |

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 87/2009

1. Necessità e limiti di una revisione delle regole legali sulla contrattazione collettiva.

Una volta si diceva che il mondo delle pubbliche amministrazioni è caratterizzato da una cronica lentezza. Bisognerà rivedere questo luogo comune, come tanti altri. Almeno se si assumono come metro di misura i tempi delle riforme riguardanti la contrattazione collettiva sul lavoro pubblico. Con la nuova legge delega, approvata il 25 febbraio, su regole e prassi delle relazioni negoziali nelle pubbliche amministrazioni sta infatti per abbattersi con rimarchevole velocità una profonda novella, che, facendo seguito alle frequenti modifiche degli ultimi anni, colpirà tutti i capisaldi della precedente disciplina. Collocazione nel sistema delle fonti, soggetti, oggetto, procedure, livelli, controlli: tutto è destinato a cambiare. Perciò alla domanda racchiusa nel titolo di questo scritto è facile dare una prima risposta: dopo la delega la contrattazione collettiva sul lavoro pubblico si configurerà sotto il profilo giuridico-formale in modo profondamente diverso da come la conosciamo oggi⁵⁵⁶.

Molto più difficile è rispondere ad altre domande connesse, tutte legittime e, credo, più importanti. La prima è: c'erano ragioni sostanziali per intervenire ancora sul quadro legale della contrattazione collettiva? La mia risposta a questa domanda, maturata non da ora, è senz'altro positiva. Ci sono però molti profili problematici quanto a misura e direzione dell'intervento legislativo. Non c'è dubbio infatti che varie soluzioni regolative della contrattazione collettiva dovute alla riforma Bassanini, pure ingegnose e idonee a promuovere innovazione, sono state attuate male e richiedevano correttivi anche di tipo legislativo. Mi riferisco sia ad aspetti procedurali della contrattazione nazionale sia a regole riguardanti i livelli di contrattazione decentrati o integrativi. Tali regole erano state delineate in maniera abbastanza precisa ed equilibrata nella legislazione di fine anni '90, in modo da consentire un *sistema* di contrattazione collettiva governato essenzialmente tramite il contratto collettivo nazionale, ma con sufficienti possibilità di devolvere a livello decentrato varie materie di contrattazione, fermo restando il limite del rispetto, a pena di nullità, dei "paletti" posti dai contratti nazionali.

Tuttavia nel dibattito ormai pluriennale sulla riforma della contrattazione collettiva si sono confrontate diverse posizioni in ordine all'opportunità tanto "strutture" quanto "giuridico-istituzionale" di riequilibrare il sistema del lavoro pubblico, riequilibrio che si sarebbe giovato anche di qualche ulteriore "ritocco" al quadro legale. Dalla metà degli anni '90 si è infatti assistito ad un riassetto delle amministrazioni pubbliche che rendeva in parte anacronistico l'originario riferimento del d.lgs. 29/93 al protocollo del luglio del 1993, specie per la sua caratterizzazione accentratrice delle politiche contrattuali. Infatti prima le riforme Bassanini della fine degli anni '90, poi la riforma costituzionale del 2001 (l. 18 ottobre 2001 n. 3; l. 5 giugno 2003 n. 131) hanno profondamente modificato il baricentro del nostro sistema politico-amministrativo, cedendo quote di potere legislativo e gestionale, innanzitutto, alle Regioni e, in secondo luogo, alle altre

⁵⁵⁶ Per qualche prima valutazione su come i principi di delega potranno incidere sulla disciplina vigente rinvio ad un mio recente scritto, che teneva conto del testo licenziato dal Senato il 18 dicembre 2008, *Problemi giuridico-istituzionali della riforma del contratto collettivo*, in Carrieri-Nastasi (a cura di), *La riforma della contrattazione collettiva nel pubblico impiego tra settore privato e federalismo*, Bologna, il Mulino e in www.astrid-on-line.it. Rispetto a quel testo la legge delega approvata ridimensiona ancor più la forza giuridica della contrattazione collettiva, in quanto è stato inserito l'art. 1 che, modificando l'art. 2 c. 2 del d.lgs. 165/01, ribalta il rapporto tra microlegislazione riguardante solo il lavoro pubblico e contrattazione collettiva, vanificando in buona misura la delegificazione persseguita dalla riforma degli anni '90: al riguardo v., per tutti, Rusciano-Zoppoli L., sub art. 2, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in NLCC, 1999, p. 1071 ss.; Riccardi A. e Speziale V., *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in Carinci F.- Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2004, V, p.156 ss.

amministrazioni periferiche e facendo del principio di sussidiarietà (con tutti i rischi e le potenzialità che ne derivano) un cardine delle regole costituzionali e legislative in tema di distribuzione dei poteri normativi. È vero che i decreti attuativi della l. 59/97 erano sensibilmente intervenuti anche sulla contrattazione collettiva nel lavoro pubblico, ma non al punto da tenere adeguatamente conto degli sviluppi successivi.

Ad una fase di decentramento, programmato assai più che compiutamente attuato, ha però fatto seguito una fase di segno opposto, perseguita nei fatti ancor prima di essere linearmente teorizzata. In particolare per il lavoro pubblico, a partire dal 2002, si è assistito ad un susseguirsi di norme inserite nelle varie finanziarie dirette a limitare ed imbrigliare il timido policentrismo del sistema contrattuale pubblico avviato nel 1998 con i Comitati di settore⁵⁵⁷. Così, a distanza di vari anni dall'approvazione della Costituzione "regionalista", ci si è ritrovati a ragionare su un assetto della contrattazione collettiva nel settore pubblico che è sostanzialmente "binario", cioè incentrato su un contratto di comparto, stipulato dall'Aran tenendo conto principalmente degli indirizzi governativi, e una contrattazione integrativa, soprattutto a livello di singolo ente, che deve muoversi nelle maglie strette delle finanziarie, di bilanci sempre più magri e di un contratto nazionale che dà scarso peso alle esigenze delle diverse organizzazioni e delle tante fasce di utenza. Nonostante il quadro legale maturato negli anni '90 sia al riguardo abbastanza chiaro e consenta una strutturazione rigorosamente gerarchico-piramidale della contrattazione⁵⁵⁸, non è facile dire nei fatti quale dei due livelli contrattuali abbia in questi anni assunto un ruolo "dominante". Ciò che invece appare ben visibile è una forte polarizzazione delle funzioni (utilizzando il termine non in senso giuridico bensì politico-organizzativo) che storicamente la contrattazione collettiva ha assolto ed assolve nel settore pubblico. Tali funzioni sono: a) controllo centralizzato della spesa per il personale e degli adeguamenti retributivi e normativi; b) veicolo di gestione flessibile di alcuni istituti contrattuali che hanno forti ricadute sulla concreta organizzazione delle amministrazioni. La contrattazione nazionale, pur con disfunzioni e ritardi vari, ben si presta a svolgere la prima funzione, non di rado a discapito della seconda. Essa può dunque consentire una "funzionalizzazione forte" della contrattazione collettiva ad obiettivi di contenimento/razionalizzazione della spesa pubblica per il personale. La seconda funzione però – soprattutto in un sistema amministrativo policentrico, decentrato e sindacalizzato – non può essere ignorata o marginalizzata: pena una scarsa effettività tanto delle regole legali quanto di quelle contrattuali.

Proprio questa scarsa effettività è, con ostinazione e sistematicità, segnalata dalla Corte dei Conti in tutte le sue relazioni annuali⁵⁵⁹. Non è detto però che i rimedi debbano portare solo verso un assetto sempre più centralistico e severamente sanzionato, come sembrano pensare la Corte dei Conti e i legislatori degli ultimi anni, seguendo un percorso logico-giuridico di carattere soprattutto repressivo delle numerose ed inquietanti violazioni dei limiti finanziari e legali posti alla contrattazione collettiva. Percorso che, sia detto per inciso, sembra poi capace di trasfigurare assai profondamente natura e struttura dei soggetti negoziali: si pensi che in alcune pronunce si è

⁵⁵⁷ V., soprattutto, gli artt. 40 bis e 47 c. 3 del d.lgs. 165/01, inseriti dalla l. 448/01, finanziaria del 2002; e l'art. 1 c. 186 della legge finanziaria per il 2006; l'art. 3 c. 142 della l. 244/07, finanziaria per il 2008; l'art. 67 del d.l. 112/08, conv. con la l. 133/08.

⁵⁵⁸ V., per tutti, Cass. 2 maggio 2007 n. 10099, in Arannewsletter, 2007, n. 5, p. 56.

⁵⁵⁹ V., tra le più significative, quella del 2004, in LPA, 2005, n. 5, p. 990 ss. Da ultimo v. la relazione del Presidente della Corte dei Conti, Tullio Lazzaro, all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009 (relazione dell'11 febbraio 2009, soprattutto pp. 142-143).

giunti a delineare una sorta di responsabilità contabile delle organizzazioni sindacali che stipulano i contratti integrativi⁵⁶⁰.

L'alternativa alla strada repressiva potrebbe condurre ad una configurazione della struttura della contrattazione collettiva del lavoro pubblico e dei suoi attori che prenda atto dell'esperienza contrattuale degli ultimi anni e di ciò che in essa ha funzionato poco e male.

Per giungere ad un maggiore equilibrio tra le insopprimibili funzioni dei contratti stipulati ai diversi livelli potrebbe dunque essere utile individuare e regolare meglio le diverse responsabilità nell'impostazione delle politiche contrattuali, lasciando la responsabilità degli indirizzi da dare per la contrattazione nazionale essenzialmente al Governo e sperimentando un livello di indirizzo unitario delle contrattazioni che si svolgono sul territorio regionale. Fatte salve le retribuzioni di base ed alcune garanzie e vincoli di carattere universalistico da mantenere saldamente all'interno dei contratti di comparto, alcune variabili di spesa, alcuni indirizzi regolativi e persino certi ambiti contrattuali potrebbero utilmente articolarsi ad un diverso livello territoriale (ad esempio, regionale, essendo ormai questo un livello fondamentale di governo della spesa pubblica e di alcune importanti organizzazioni pubbliche: si pensi alla sanità, alle autonomie locali e, in parte, al sistema dell'istruzione e della formazione). Nei comparti indicati il livello regionale potrebbe cioè, anche senza alterare l'attuale struttura della contrattazione collettiva pubblica, diventare uno snodo innovativo e responsabilizzante del potere di indirizzo e di regolazione della contrattazione collettiva a livello integrativo, funzionando da camera di compensazione tra le esigenze di "funzionalizzazione forte" della contrattazione nazionale e quelle, più difficili da realizzare in concreto, di "funzionalizzazione" della contrattazione ad obiettivi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa di ciascuna amministrazione. Lungo questa evoluzione si potrebbe anche affrontare meglio la vera questione di fondo, che continua ad essere quella della migliore configurazione del contratto collettivo con riguardo alla sua incidenza sul sistema amministrativo in termini di "buon andamento" costituzionale (art. 97).

Sul punto abbastanza più tradizionale è l'approccio rilevabile nelle iniziative di riforma a livello legislativo e contrattuale realizzate o avviate negli ultimi anni. Qui si registrano: a) due modifiche, abbastanza estemporanee, dell'art. 47 c. 7 del d.lgs. 165/01, che alla fine determinano, da un lato, un'opportuna accelerazione dei tempi di conclusione dei contratti nazionali e, dall'altro, un probabile ridimensionamento del ruolo dell'Aran, messo in ombra dalla prevalenza accordata alla certificazione negativa del costo dei contratti da parte della Corte dei Conti (v. art. 1 c. 548 della l. 296/06, finanziaria 2007; art. 67 del d.l. 112/08 conv. con l. 133/08); b) un ampio Memorandum/intesa sul lavoro pubblico siglato tra il gennaio e l'aprile 2007 dall'allora Ministro Nicolais innanzitutto con Cgil, Cisl e Uil e poi esteso, con qualche modifica, a molte altre articolazioni istituzionali e sindacali; c) un'intesa del maggio 2007 tra Governo e confederazioni sindacali per riportare a tre anni la durata dei contratti nazionali; d) il recentissimo accordo del 22 gennaio 2009, che riprende solo alcuni dei punti appena menzionati.

Il c.d. Memorandum/intesa del 2007 conteneva gli interventi di più ampio spessore: ad esempio riguardava, per quanto qui rileva, il funzionamento dell'intero sistema contrattuale. Le direttive imboccate apparivano per la verità ambivalenti. Da un lato non si realizzava alcuna riforma immediata, ma, non sempre opportunamente, si negoziava con i principali sindacati confederali i

⁵⁶⁰ Visconti, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità "diffusa"*, in LPA, 2007.

contenuti degli atti di indirizzo che avrebbero dovuto poi orientare politiche contrattuali o anche mirate riforme legislative. Sotto questo aspetto si trattava di un documento dal carattere essenzialmente politico, che fissava alcuni principi ampiamente condivisibili, ancorandoli ad un consenso preliminare che di per sé non produceva alcun effetto operativo, pur potendo essere la base per successivi sviluppi. Ora quella base sembra, per un verso, rivisitata nei contenuti dall'accordo separato del 22 gennaio 2009; per altro verso, erosa, perché l'accordo del 2009 non è stato firmato dai medesimi sindacati, essendosi tenuta fuori proprio la Cgil. Vi è quindi un passo indietro nel sistema di relazioni sindacali, al quale peraltro non corrisponde un passo avanti in termini di contenuto dell'accordo.

Infatti nel Memorandum del 2007 si rinvenivano significative parti dedicate alla contrattazione integrativa, ricche di importanti aspetti innovativi, che mancano del tutto nell'accordo del gennaio 2009. Ricordo le principali: a) finalizzazione dei fondi per la contrattazione integrativa al conseguimento di risultati mirati alla qualità e quantità dei servizi; b) introduzione di migliori sistemi di valutazione e misurazione dei criteri di accertamento dell'apporto *individuale* alla produttività; c) precisazione che il raggiungimento dei risultati costituisce uno strumento di *differenziazione* del trattamento economico; d) previsione di "controlli concertati" tra Amministrazioni, confederazioni sindacali e cittadini utenti "al fine di verificare l'effettiva efficacia delle politiche di gestione dell'incentivazione"; e) definizione, mediante i contratti nazionali, di regole e criteri che "contrastino la dispersione e la frantumazione degli ambiti e delle sedi della contrattazione integrativa"; f) attuazione dell'Osservatorio per la contrattazione integrativa presso l'Aran (art. 46 c. 4 e 5 del d.lgs. 165/01); g) impegno ad "assicurare che l'Amministrazione sia reale controparte del sindacato" nelle contrattazioni integrative. Proprio quest'ultimo impegno consente di rilevare che nel Memorandum vi era piena consapevolezza di due notevoli questioni. La prima è che gran parte dei problemi economico-organizzativi creati in questi anni dalla contrattazione collettiva per il lavoro pubblico derivano dal livello integrativo (anche qui lo ricorda da sempre la Corte dei Conti). La seconda questione attiene alla ragione di questo problema individuata, congiuntamente e con sufficiente evidenza, nello scarso affidamento che si può riporre nella capacità negoziale pubblica a livello periferico.

Alcune indicazioni contenute nella parte più apprezzabile del Memorandum si ritrovano sia nei contratti nazionali stipulati nel periodo 2007-09, sia nelle proposte di legge governative presentate nella scorsa legislatura⁵⁶¹. Dunque nessun dubbio che sulla contrattazione collettiva fosse opportuno intervenire anche per legge: al riguardo il Ministro Brunetta non ha imboccato strade particolarmente nuove.

2. Le "colpe" della contrattazione collettiva.

Il punto è, come si diceva, misura e direzione dell'intervento legislativo. Nella nuova legge delega

⁵⁶¹ V. i rinnovi contrattuali di comparto per il quadriennio 2006-2009 di ministeri (14.9.07), enti pubblici non economici (1.10.2007), scuola (29.11.07), sanità (10.04.2008, che per l'attuazione del Memorandum rinvia parzialmente ad ulteriori accordi entro il quadriennio 2006-09), regioni ed enti locali (11.04.2008, che rinvia integralmente l'attuazione del Memorandum al rinnovo biennale 2008-09), università (16.10.2008), enti di ricerca (24.02.09); nonché il ddl governativo, approvato dalla Camera dei deputati il 24.10.07, *Disposizioni volte alla modernizzazione e all'incremento dell'efficienza delle amministrazioni pubbliche nonché alla riduzione degli oneri burocratici per i cittadini e per le imprese*.

L'intento dichiarato è quello di ridimensionare drasticamente gli spazi per la contrattazione collettiva, in ragione delle sue "imperdonabili" colpe per lo stato poco soddisfacente in cui versano le nostre pubbliche amministrazioni⁵⁶². Per quanto si voglia calcare la mano, a me pare in verità che la contrattazione collettiva, intesa come tecnica bilaterale di determinazione delle condizioni di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, abbia commesso, al massimo, peccati veniali. Soprattutto se il bilancio delle responsabilità si fa ponendo a raffronto quelle specifiche dei sindacati con quelle che toccano gli altri protagonisti delle relazioni sindacali pubbliche, magari anche prima e dopo aver partecipato, in modo più o meno palese, ai tavoli di negoziazione. Ai sindacati non si può infatti rinfacciare di aver sfruttato tutti i margini per difendere gli interessi dei propri iscritti: questo è un modo legittimo di fare il mestiere del sindacalista (anche se, alla lunga, non sempre è il migliore o il più opportuno).

Comunque indugiare su pensieri che possono apparire giustificazionisti non serve né a capire ciò che è successo né a progettare quel che occorre fare: si sa bene che quando si tratta di potere o di soldi non ci si può aspettare indulgenza verso gli ultimi arrivati. E la contrattazione collettiva, come potere in grado di spostare soldi *ex se*, è proprio l'ultima arrivata nell'universo delle pubbliche amministrazioni (anche se, come tutti sappiamo, c'è arrivata da oltre trent'anni). Piuttosto, rispetto a bilanci affrettati, si può contestare l'ingratitudine (i contratti di comparto hanno di fatto svolto assai bene la loro funzione di contenere e dare maggiore trasparenza alla spesa pubblica per il personale) o gridare all'abbaglio (le retribuzioni dei dipendenti pubblici non contrattualizzati crescono di più e con peggiori criteri di quelli dei contrattualizzati⁵⁶³). Anche questi argomenti però lasciano il tempo che trovano, soprattutto perché non affrontano il centro della questione, che è: cosa ha fatto la contrattazione collettiva per migliorare la qualità dell'azione amministrativa degli apparati pubblici italiani? E sul punto, purtroppo, tutte le ricerche ci dicono che la contrattazione non ha fatto molto⁵⁶⁴.

Ciò detto, ai vizi prima rilevati si potrebbe però ovviare con piccoli ritocchi al quadro legale e ampi indirizzi di politica negoziale. Invece la legge delega del 2009 sembra aver scelto una strada opposta: una profonda revisione del quadro legale (è la prima volta che si approva una legge delega interamente ed esclusivamente riferita al lavoro pubblico) e un unico indirizzo gestionale essenzialmente "punitivo".

⁵⁶² V. l'intervento emblematico del vice presidente della Commissione lavoro della Camera, On. Giuliano Cazzola.

⁵⁶³ V. Ricciardi M., *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego le difficoltà della riforma nell'applicazione pratica*, in DLM, 2008, n. 3; nonché l'audizione di D'Alessio al Senato della Repubblica del 12 settembre 2008, in Arannwesletter, 2008, n.4-5, p. XVII ss., e www.astrid-on-line.it.

⁵⁶⁴ V. Tursi A.-Periti E. (a cura di), *Lavoro, cambiamento organizzativo e contrattazione collettiva nelle università*, Bologna, il Mulino, 2008; Dell'Aringa-Della Rocca (a cura di), *Pubblici dipendenti:una nuova riforma?*, (con contributi, oltre che dei curatori, di Vignocchi, Bordogna, Talamo e C. Russo), Soveria Mannelli, Rubbettino 2007; Carrieri-Ricciardi (a cura di), *L'innovazione imperfetta. Casi di contrattazione integrativa negli enti locali*, Bologna, il Mulino, 2006; Bellardi, Carabelli, Visconti (a cura di), *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*, (con contributi, oltre che dei curatori, di D'Onglia, Esposito M., Leccese, Roma, Saracini, Spinelli), Bari, Cacucci, 2007; Formez, *La contrattazione integrativa nei comparti della P.A. Quadriennio 2001-2004*, in Quaderni Formez, n. 43, Roma, 2006; Visconti, *Riflessioni minime su contrattazione integrativa e relazioni sindacali nel comparto degli enti locali*, in *Organizzazione e lavoro negli enti locali*, Atti convegno di Catanzaro del dicembre 2005 (con contributi di Carabelli, Delfino, Di Cocco, Gargiulo, Mastrogiovanni, Santucci, Saracini, Soloperto, Spinelli, Trojsi), Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005; Russo C., *La contrattazione collettiva integrativa nel lavoro pubblico: l'implementazione dei ccnl 1998/2001*, in LPA, 2005, p. 459 ss.; Bordogna L. (a cura di), *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni. Un'indagine sull'esperienza del quadriennio 1998-2001*, Milano, F. Angeli, Quad. Aran n. 12, 2002.

3. Contrattazione collettiva e privatizzazione: verso un modello neo-autoritario di lavoro pubblico?

A questo punto occorre chiedersi: quale modello c'è dietro questa scelta? La risposta, per un verso, è molto semplice: un modello in cui nelle pubbliche amministrazioni si deve contrattare il meno possibile. Qui però si coglie subito un primo salto logico-sistematico. Si dice: siccome la contrattazione ha migliorato poco o nulla nell'attività amministrativa, bisogna tenerla il più possibile fuori dalla regolazione del lavoro pubblico; e, per far questo, occorre chiudere di nuovo i poderosi battenti del portone della legge, gli unici in grado di fronteggiare le masse scatenate. Lungo questa strada, imboccata con maggiore decisione dalla prima versione della delega presentata dal Governo (v. il ddl AS 847⁵⁶⁵), si è posta una domanda: per ridimensionare la contrattazione collettiva vale anche la pena di pagare il prezzo di tornare ad un'amministrazione pubblica complessivamente più legificata, cioè più vincolata, ingessata, rallentata? È a questo punto che diviene vistoso il salto nella logica del neo-legislatore. Il modello che traspare dalla delega non è infatti solo o tanto quello di ridurre lo spazio per la contrattazione a vantaggio di una più pervasiva regolazione per legge. Piuttosto il modello che emerge è "meno contrattazione e più autorità discrezionale", cioè meno regole, meno vincoli, meno diritti e più poteri ai dirigenti, soprattutto repressivi (v. soprattutto i principi di delega di cui agli articoli: 3 c. 2 lettere a, e, h n. 4⁵⁶⁶; 4 c. 2 lett. e n. 1⁵⁶⁷ e c. 8⁵⁶⁸; 6 c. 2 lett. b,c, d, e ed o⁵⁶⁹; 7, c. 2 lett. lettere e, f, g, h⁵⁷⁰). L'obiettivo di questa riforma diviene allora quello di costruire una linea di regolazione e gestione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, puntando su una verticalizzazione delle relazioni di potere in cui alla base c'è il dipendente assunto con contratto privatistico, al centro c'è il dirigente pubblico che gestisce il personale con la frusta in una mano e il timer nell'altra, e, al di sopra di tutti, c'è la politica che osserva e vigila, distante forse, ma non disarmata, perché, anche giustamente, deve poter tradurre in ogni modo i suoi indirizzi in comportamenti coerenti di tutto il corpo amministrativo. In questo nuovo universo non si rinuncia affatto alla "privatizzazione" della disciplina del lavoro pubblico; piuttosto si punta alla sua sublimazione, cioè, in un'accezione lacaniana⁵⁷¹, alla realizzazione della sua vera essenza che, in questa concezione, sta nel dominio privatistico del dirigente (guardato a vista dal vertice politico) sull'organizzazione del lavoro e sui propri

⁵⁶⁵ Per la cui valutazione rinvio al testo della mia audizione al Senato del 12 settembre 2008 (vedila in *Arannwesletter*, 2008, n.4-5, p. XXVIII ss., e in www.astrid-online.it).

⁵⁶⁶ Dai quali si deducono vari e indeterminati vincoli alla contrattazione collettiva in merito ad oggetto, finanziamento, organizzazione dei compatti.

⁵⁶⁷ Da cui si deduce un principio legislativo per cui tutto il personale pubblico indistintamente deve essere oggetto di "valutazione".

⁵⁶⁸ Che modifica con effetto immediato il testo unico sulla privacy prevedendo che "le notizie concernenti lo svolgimento delle prestazioni di chiunque sia addetto ad una funzione pubblica e la relativa valutazione non sono oggetto di protezione della riservatezza personale"

⁵⁶⁹ Che fissano principi di delega in base ai quali il legislatore deve definire sia specifiche ipotesi di responsabilità del dirigente per comportamenti lassisti verso dipendenti indisciplinati sia le connesse sanzioni a carico del dirigente inadempiente, anche di carattere economico-retributivo; oppure predeterminano nel medio periodo la percentuale di retribuzione del dirigente da collegare al risultato (30%), con l'unica immotivata eccezione della dirigenza sanitaria.

⁵⁷⁰ Tutti principi di delega attraverso i quali si attribuisce al legislatore la definizione delle infrazioni disciplinari dei dipendenti, prevedendo, con formula tortuosa, che "siano individuate le disposizioni inderogabili inserite di diritto nel contratto collettivo ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419 c.c." (art. 7 c. 1). Da rimarcare il principio di cui alla lett. f: "prevedere il divieto di attribuire *aumenti retributivi di qualsiasi genere* ai dipendenti di uffici o strutture che siano stati individuati per grave inefficienza e improduttività".

⁵⁷¹ In *Etica della psicanalisi* (Milano, Bruno Mondadori) Lacan riutilizza il concetto freudiano di sublimazione, intendendolo come esercizio di un'attività che "eleva un oggetto alla dignità della Cosa". L'esempio tipico è l'amor cortese medievale, dove l'oggetto femminile appare sublimato e promosso alla dignità della Cosa, benché questo processo mentale non abbia alcuna corrispondenza con la condizione effettiva delle donne nel medioevo, del tutto prive di libertà. Si trattava di un esercizio poetico, un modo di giocare con certi temi convenzionali, idealizzanti, ma che non avevano corrispondenza nella realtà.

dipendenti. Un modello da azienda-caserma, nel quale la contrattazione collettiva può trovare anche un posto, ma deve essere piccolo, piccolo.

A mio parere questo modello poteva venire in testa solo a chi conosce molto poco dell'Italia, delle amministrazioni pubbliche italiane e, forse, anche dei modelli organizzativi utilizzati dalle aziende di successo. In sostanza si tratta di un modello paramilitare, dove tutto dipende dall'esercizio dell'autorità basata sulla forza o sulla minaccia dell'uso della forza. In questo non ci vedo nulla di nuovo: piuttosto un ritorno alla centralità dell'amministrazione militare nel mondo degli apparati pubblici. Il problema è però che per far funzionare questo modello bisogna andare alla ricerca di generali e colonnelli, non di manager. Naturalmente si può puntare sui non graduati. E i soldati certamente sanno ubbidire, forse fino al punto di morire per la patria: ma siamo sicuri che abbiamo bisogno di soldati per soddisfare i milioni di cittadini italiani che si rivolgono a scuole, università, ospedali, asili nido, centri per l'impiego, e via dicendo? Siamo sicuri che le sofisticate attività di *governance*, progettazione, *soft regulation*, *e-government*, incentivazione affidate alle moderne amministrazioni pubbliche richiedano essenzialmente soldati adusi ad obbedire. Non c'è il rischio che la pubblica amministrazione-caserma funzioni ancora peggio di quella che abbiamo o che, per funzionare, richieda troppi generali e colonnelli, proprio adesso che è in atto un lungo e doloroso ridimensionamento dei ranghi della dirigenza pubblica?

Siccome le risposte a queste ulteriori domande non sono affatto positive, viene il sospetto che alla fine abbia ragione chi pensa che trasformare l'amministrazione in una caserma sia solo il preludio ad un'opera di drastico ridimensionamento del pubblico al fine di risparmiare, abbassare le tasse e, con esse, i servizi resi dalle istituzioni pubbliche, con buona pace di chi non avrà mai i soldi per comprare servizi equivalenti (pur nella loro mediocrità) sul mercato. Per far questo c'è bisogno del modello caserma? Forse no, basta lasciare che tutto vada allo sfascio naturalmente. Ma è qui che si inserisce la tempistica: il progetto deve essere realizzato in fretta, diciamo nell'arco di una legislatura, e meno ostacoli ci sono nelle amministrazioni meglio è.

Però, come un tormentone, torna la domanda precedente: cosa ha fatto finora la contrattazione collettiva per saldare gli interessi dei cittadini con quelli dei lavoratori pubblici impegnati a dare qualità all'attività amministrativa? E la risposta è sempre la stessa: ben poco, ci dicono tutte le ricerche⁵⁷².

4. Scelte a rischio di incostituzionalità.

Ciononostante il modello sotteso alla legge delega è un modello che non solo non garantisce l'efficienza e l'efficacia dell'amministrazione-caserma, ma rischia di entrare per più versi in rotta di collisione con i principi costituzionali in materia di regolazione del lavoro. E infatti è sicuramente escluso che le amministrazioni pubbliche possano essere il luogo dove trionfa l'arbitrio gestionale; dove i diritti dei lavoratori divengono tutti *octroyé* o di nuovo subordinati alla realizzazione di un interesse pubblico/organizzativo (cioè degradati da diritti soggettivi a interessi legittimi, come sembrava che fosse una volta, salvo a conoscere la giurisprudenza amministrativa, sempre più generosa nel tutelare gli interessi legittimi degli impiegati pubblici: tant'è che la osmosi nei contenuti era già ben visibile negli anni '70, in piena epoca giuspubblicistica). Come pure è escluso che una contrattazione collettiva per il lavoro pubblico, che rimane inserita in un contesto

⁵⁷² V. i contributi citati alla nota 10.

privatistico, possa essere limitata in modo drastico e radicale rispetto alla consorella che si occupa del lavoro privato. Soprattutto dal punto di vista dei lavoratori e soprattutto se si potenzia il potere dirigenziale, non si capisce cosa possa fondare una formale supremazia speciale in un contratto che rimane di tipo privatistico. Paradossalmente il dipendente di un'amministrazione pubblica entrerebbe in una relazione formalmente squilibrata sul piano delle posizioni contrattuali senza avere a disposizione un potere collettivo analogo a quello che la disciplina privatistica riconosce nei confronti delle imprese. Si potrebbe dire: ma nel privato c'è il mercato. È vero, ma questo equivale a dire che c'è un regolatore oggettivo: e, malgrado ciò, il lavoratore è libero, se ne ha la forza, di coalizzarsi e contrattare con chi vuole e fino al punto in cui si trova l'accordo. Invece nel lavoro pubblico proprio l'assenza del mercato, se unita ad un drastico ridimensionamento per legge della contrattazione collettiva, consegnerebbe il dipendente nelle mani di un potere formalmente sovraordinato e tendenzialmente chiamato a rispondere solo ai vertici politici: con tutto quello che di discrezionale, soggettivo, ondivago può significare "politica" (e senza tutela giudiziaria nei confronti degli indirizzi politici che non si traducano in atti formali).

Perciò l'attuazione della legge delega in arrivo si muoverà su un crinale pericoloso, dove l'unico *guard-rail* affidabile è costituito dalle peculiarità ancora esistenti sul piano della provvista della finanza pubblica (artt. 23, 53 e 81 Cost.), l'unico tratto che differenzia profondamente i datori di lavoro pubblici e privati. Non ho mai avuto dubbi infatti riguardo alla non completa assimilabilità della contrattazione collettiva del settore pubblico con quella del settore privato; e posso anche sottoscrivere le parole della Corte costituzionale laddove essa rileva che la contrattazione collettiva con le pubbliche amministrazioni è finalizzata a realizzare interessi pubblici e, pertanto, non può non essere destinataria di una regolazione speciale⁵⁷³. Però non si può pensare che questa regolazione speciale possa totalmente prescindere dal fatto che la contrattazione è una tecnica consensuale di produzione di norme, che sul versante dei lavoratori ha pur sempre la funzione di garantire una rappresentanza collettiva riequilibratrice dello squilibrio di potere che esiste a livello di rapporto individuale di lavoro, anche assicurando la massima certezza della rappresentatività dei negoziatori e la massima ampiezza dell'efficacia soggettiva ed oggettiva delle regole poste (che può ripercuotersi anche sui profili processuali). Tutto ciò che va oltre queste due finalità può essere giustificato con le peculiarità delle pubbliche amministrazioni: alle quali pure va garantita un'adeguata rappresentanza, procedure di negoziazione trasparenti e, soprattutto, un pieno controllo dei costi dell'applicazione dei contratti. Fin qui può delinearsi un peculiare interesse pubblico, al cui presidio possono essere destinate altre regole speciali rispetto a quelle privatistiche⁵⁷⁴. Si può andare – e si è andati – anche oltre, in considerazione di specifiche norme costituzionali (soprattutto gli artt. 97 c. 3 e 98) o della eccessiva delicatezza di alcune materie (esempio: gli organici). Considerate tutte queste fondate differenziazioni tra pubblico e privato nella regolazione legale del contratto collettivo, non si può però non cogliere, con onestà intellettuale e senso di responsabilità politico-istituzionale, che siamo davvero ai limiti massimi, oltrepassati i quali la contrattazione collettiva perde quasi del tutto i connotati di una tecnica di

⁵⁷³ V. Corte Cost. 5.6.2003 n. 199, in *Diritti lavori mercati*, 2003, p. 45, con mia nota di commento; Corte Cost. 16.5.2008 n. 146, in www.cortecostituzionale.it. Sulla rilevanza dell'interesse pubblico nelle relazioni contrattuali con le pubbliche amministrazioni v., da ultimo, Topo, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Padova, Cedam, 2008; Esposito M., *La condotta antisindacale nelle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 2008.

⁵⁷⁴ V. Zoppoli L., *Il contratto collettivo nella riforma del lavoro pubblico*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, III, p. 3013 ss.

regolazione dei rapporti di lavoro che è frutto del consenso tra i diretti protagonisti delle dinamiche organizzative o tra i loro legittimi rappresentanti. C'è un limite oltre il quale l'eccessiva compressione della contrattazione ad opera della legge configura il classico esempio di una *fictio iuris*, dietro la quale si celano compressione pressoché totale della libertà sindacale (art. 39) e della autonomia di scelta dei modelli organizzativi e degli stili gestionali (artt. 5 e 117 Cost.)

Su quest'ultimo aspetto occorre poi sviluppare un'attenzione nuova e particolare. Infatti dopo le riforme degli ultimi anni le amministrazioni non sono più monolitiche e non possono tornare ad esserlo senza modifiche costituzionali. Soprattutto le Regioni hanno potestà legislative e contrattuali (e tra poco fiscali) che non possono essere formalmente ridimensionate più di tanto, soprattutto quando impattano su modelli organizzativi o istituti che stanno a cavallo tra l'organizzazione e la regolazione dei rapporti di lavoro (esempio: per la dirigenza incarichi, valutazione, ecc.)

Certo, come ho già detto, quando, tra il 2002 e il 2003, si è trattato di calare nel corpo delle amministrazioni i nuovi principi regolatori e gestionali, in un brevissimo lasso di tempo le riforme hanno subito contraccolpi quasi letali. A questo ha senz'altro contribuito la via stretta del risanamento finanziario; l'abbandono politico e prima ancora culturale degli apparati pubblici come luoghi vitali per lo sviluppo sociale, economico e civile del Paese; lo sgretolarsi di tensioni solidaristiche; l'insofferenza crescente verso l'imposizione fiscale che restituisce poco in termini di servizi; l'acuirsi dei divari territoriali e sociali. Molto di tutto questo ha a che fare con la difficile stagione politico-istituzionale, che ha quasi paralizzato l'evoluzione della Repubblica. Sta di fatto che, come prima si diceva, alcune lacune e distonie iniziali e la mancanza di una regia politica costante hanno fatto sì che il clima in cui le riforme amministrative e costituzionali hanno trovato applicazione sia stato il peggiore possibile. Al punto che abbiamo assistito a delle vere e proprie inversioni di rotta rispetto alla filosofia ispiratrice delle riforme di fine anni '90, con il ritorno ad un'amministrazione centralizzata, diffidente, restia ad investire su nuove risorse, attenta soprattutto a ridurre e razionalizzare la spesa pubblica. Questo inserisce nel quadro legislativo contraddizioni e antinomie, che aggravano i problemi che si sono presentati nella fase implementativa. A mio parere introduce nel sistema amministrativo italiano anche una dinamica che non è facile armonizzare con una maggiore pervasività del principio di sussidiarietà, che nel frattempo ha fatto parecchia strada: ha assunto rango costituzionale con l'art. 118, novellato nel 2001; e campeggia tra le prime norme del Trattato dell'Unione europea (art. 1 della l. 241/90, modificato nel 2005, secondo cui l'attività amministrativa è retta anche "dai principi dell'ordinamento comunitario")

Perciò sarebbe illusorio pensare di risolvere i problemi di coerenza giuridico-istituzionale attraverso innovazioni legislative di stampo ultracentratrice e autoritario. È vero che il principio di sussidiarietà, nella sua essenza operativa, ha una valenza assai più politica che giuridica. Però esso, per svolgere i suoi effetti positivi, non può non trovare attuazione anche nell'ambito del lavoro pubblico, attraverso una regia politica al tempo stesso ampia, prudente e molto determinata, che sappia coagulare consenso intorno ad obiettivi di pieno funzionamento delle amministrazioni. A tal fine serve a poco iniettare nelle fondamenta della riforma del lavoro pubblico i germi di un nuovo autoritarismo. Meglio sarebbe pensare a misurate modifiche legislative che sostengano una contrattazione collettiva seriamente riformatrice.

Per questo le modifiche legislative devono lasciare spazio adeguato al principio di sussidiarietà anche nell'impostazione delle politiche contrattuali, che riguardino l'organizzazione o i contenuti poco importa. Al riguardo va formulata allora un'ultima domanda: cosa può fare la contrattazione

per conservare il suo spazio rispetto ad una legislazione più invadente, ancorché (auspicabilmente) rispettosa dei vincoli costituzionali?

5. Lo "spazio negoziale" dopo la legge delega.

La domanda si può anche intendere in un altro modo: al di là delle questioni, pure importantissime di carattere formale e costituzionale, quale vero "spazio negoziale"⁵⁷⁵ ci sarà dopo la delega?

La contrattazione certamente non scompare. Essa però rischia di vedersi formalmente ridimensionata: non al punto di tornare indietro di trent'anni, quando neanche era davvero abilitata a produrre regole giuridicamente efficaci; ma certo potrebbe trovarsi in una più marcata difficoltà dal punto di vista formale.

Questo non toglie però che gli spazi negoziali rimangono e sono soprattutto di due tipi:

- a) si potranno negoziare incrementi retributivi, che però non saranno particolarmente significativi e che comunque, come insegnano recenti vicende⁵⁷⁶, alla fine verranno dati ai dipendenti pubblici, mettendo addirittura in concorrenza i rapidi metodi unilaterali (pochi, maledetti e subito) con le farraginose procedure contrattuali (pochi, magari benedetti, ma tardi);
- b) si potranno ingaggiare infinite lotte corpo a corpo con i dirigenti pubblici disposti a fare i colonnelli (ci sono valide ragioni per pensare che i generali penseranno ad altro), con buone speranze di vincerne non poche, ma con scarsi benefici di medio lungo periodo per la collettività e per lo stesso sindacato confederale.

Entrambe le scelte sarebbero sorprendenti e persino mortificanti per un grande sindacato confederale come la Cgil. Che, nella sua stessa storia, ha un'altra possibilità, un po' indipendente dagli spazi negoziali formali e molto legata alla sua tradizione di soggetto che intuisce le dinamiche della cultura politica del nostro paese e, soprattutto, dei suoi lavoratori. Quella strada è di rilanciare la contrattazione incentrata sui servizi al cittadino, quella contrattazione che consentì negli anni '70 di battere contemporaneamente il corporativismo e l'autoritarismo che imperava nelle amministrazioni italiane⁵⁷⁷. Quella contrattazione si nutre però di una capacità di delineare

⁵⁷⁵ Riprendo qui il titolo di un'impegnativa ricerca che facemmo proprio a ridosso della prima privatizzazione: Rusciano-Zoppoli L. (a cura di), *Lo spazio negoziale nella riforma del lavoro pubblico*, Bologna, il Mulino, 1995.

⁵⁷⁶ V. www.ilvelino.it , n. 21 del 2 febbraio 2009.

⁵⁷⁷ Per chi avesse dimenticato l'importanza che quella stagione ha avuto nelle elaborazioni teoriche e nell'impegno istituzionale della migliore dottrina giuridica italiana sono di utilissima lettura le pagine scritte al riguardo da Mario Rusciano nel 1978 (*L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, il Mulino) e, più di recente, da Sabino Cassese nel 2008 (*Il nuovo mondo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, il Mulino). Quest'ultimo, ricordando come preziosa esperienza di lavoro la sua presidenza della Commissione per la riforma delle pubbliche amministrazioni presso la Cgil nel 1976-1978, scrive: "Era il tempo in cui prevaleva il sindacalismo autonomo nelle pubbliche amministrazioni. I maggiori sindacati volevano acquisire un ruolo più importante. Erano autenticamente interessati alla riforma amministrativa, come compresi nei molti colloqui avuti con Luciano Lama. È una delle perdite maggiori per il settore pubblico, che questo impulso riformatore sia finito nel rivendicazionismo tipico del pubblico impiego, una volta che il peso di Cgil, Cisl e Uil è divenuto preponderante (forse anche perché gli impiegati pubblici sono divenuti preponderanti all'interno dei tre sindacati)" (op.cit., p. 150). Le ultime osservazioni di Cassese meritano però di essere messe a confronto con quel che scrivevano, nel pieno degli anni '70, i pochi giuslavoristi allora interessati al tema e, in particolare, Mario Rusciano (op.cit., p. 215), Umberto Romagnoli (*commento all'art. 37*, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Lo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, Zanichelli, 1972) e Giuseppe Ferraro (*Autonomia collettiva e pubblico impiego*, in RGL, 1973, I, p. 581 ss. e spec. p. 589). Da quelle analisi socio-giuridiche è nata la speciale disciplina della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni, considerata come un possibile "fattore di trasformazione

contenuti dell’azione sindacale e delle politiche contrattuali sui quali è possibile cercare e stringere alleanze concrete tra lavoratori pubblici e cittadini, che soddisfino la professionalità dei primi e i bisogni/diritti dei secondi. Magari partendo dalle aree di maggiore sofferenza sociale dei destinatari dell’attività amministrativa pubblica e condizionando a partire da quelle l’organizzazione della contrattazione e i contenuti delle piattaforme sindacali, con il sostegno e il coinvolgimento, anche dialettico, delle associazioni che si assumono la specifica rappresentanza dei cittadini e degli utenti. Nell’immediato non si tratta di fare molto di più che applicare il Memorandum del 2007 e i contratti già stipulati, linea sulla quale non ci può non essere l’accordo delle altre confederazioni. Non mancano nella legge delega del febbraio 2009 spunti per mantenere una continuità con quelle regole e quelle politiche (v., ad esempio, art.4 c. 2 lett. c⁵⁷⁸). Da questo punto di vista il Memorandum del 2007 può essere la fonte ispiratrice unitaria di sane relazioni negoziali anche dopo la delega, nonostante parti rilevanti di quel protocollo siano state prima ignorate e poi, addirittura, consegnate ad una sorta di rimozione collettiva. Esso può però ancora costituire il terreno per una sfida decisiva: in fondo si tratta di verificare se la costituzione materiale delle relazioni sindacali sta nelle mani del legislatore o di tutti gli altri attori istituzionali e sindacali. Un bel banco di prova per chi vuole continuare a credere in una democrazia vissuta ed agita dai cittadini e dai lavoratori innanzitutto. Né Governo e Parlamento, con tutta la buona volontà, possono riprendersi oggi, in una stagione di avanzato policentrismo (per quanto incerto, contrastato, affamato dalla crisi economica), ciò che non avevano neanche trent’anni fa.

Se l’azione sindacale riuscisse ad avere successo nel rilancio di queste politiche e nella loro implementazione, forse tra qualche anno, alla domanda tormentone “cosa ha fatto la contrattazione collettiva per migliorare le amministrazioni italiane”, potremmo rispondere: tutto l’umanamente possibile.

delle pubbliche amministrazioni”. Rispetto a questa idea ho sempre nutrito il sospetto che essa potesse modificare “assai più le concezioni giuridiche della contrattazione collettiva che quelle del rapporto di pubblico impiego e delle pubbliche amministrazioni” (Zopoli L., *Autonomia collettiva e pubbliche amministrazioni*, in D’Antona M. (a cura di), *Letture di diritto sindacale*, Napoli, Jovene, 1989, p. 128). Non immaginavo però che il punto di approdo del lunghissimo processo riformatore cominciato negli anni ’70 potesse essere una contrattazione collettiva fortemente sbilanciata in senso eteronomo e un rapporto di lavoro caratterizzato da fortissime nostalgie autoritarie. Bisognerebbe solo trarne la sconsolata conclusione che le pubbliche amministrazioni italiane sono refrattarie ad ogni processo di democratizzazione coniugato alla ricerca di efficienza ed efficacia dell’intervento pubblico.

⁵⁷⁸ “Prevedere l’organizzazione di confronti pubblici annuali sul funzionamento e sugli obiettivi di miglioramento di ciascuna amministrazione, con la partecipazione di associazioni di consumatori e utenti, organizzazioni sindacali, studiosi e organi di informazione, e la diffusione dei relativi contenuti mediante adeguate forme di pubblicità, anche in modalità telematiche”.

La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*

Franco Carinci

| | |
|--|-----|
| 1. Lo scenario di fondo | 170 |
| 2. I documenti preparatori | 171 |
| 3. Le anticipazioni: la l. n. 133/2008 | 173 |
| 4. La l. n. 15/2009: obbiettivi, coinvolgimento delle Regioni nella stesura della decretazione delegata, derogabilità della legge da parte della contrattazione collettiva | 176 |
| 5. L'estensione della contrattazione collettiva nel d.lgs. n. 165/2001 | 179 |
| 6. (Segue) e la revisione apportata dalla legge delega | 183 |
| 7. L'autonomia della dirigenza nel d.lgs. n. 165/2001 e la rivisitazione effettuata dalla legge delega | 188 |
| 8. Il bastone: l'apparato sanzionatorio | 191 |
| 9. La carota: la premialità | 193 |
| 10. Valutazione e trasparenza: l'"organismo centrale" e la <i>class action</i> | 195 |
| 11. La vicedirigenza inesistente. La chiamata in causa del CNEL e della Corte dei conti | 198 |

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 88/2009

1. Lo scenario di fondo

Nel riprendere in mano la penna per commentare la legge delega n. 15/2009, riecheggia all'orecchio la terzina dantesca dove Firenze è apostrofata come "quell'inferma che non può trovar posa in su le piume". Firenze è qui la disciplina del personale una volta etichettato come "pubblico" ed ora come "alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni": nel 1983, la legge quadro, che costituiva un ibrido, col mantenimento dello statuto pubblicistico del rapporto individuale ed il recepimento dell'accordo collettivo in un decreto presidenziale; nel 1992, la prima legge delega, la n. 421, che apriva la via alla c.d. contrattualizzazione o privatizzazione, destinata ad occupare l'intero decennio fino all'emanazione del d.lgs. n. 165/2001; nel 2009, la legge delega n. 15/2009 che non azzera, ma certo rivoluziona la disciplina pregressa. Nove anni fra la legge quadro e la l.d. n. 421/1992 ed otto fra il d.lgs. n. 165/2001 e l. d. n. 15/2009: la rivisitazione della normativa è divenuta un'autentica telenovela, che di per sé avrebbe dovuto e dovrebbe mettere in guardia dal dar troppo credito alla virtù miracolistica della legge scritta, ma tant'è non è facile resistere alla tentazione di battezzare la "riforma di una riforma", che abbia come tale la completezza e l'esaurività capaci di renderla 'storica'.

A dire il vero il d.lgs. n. 165/2001 era già stato ritoccato negli anni precedenti, ma solo una volta in modo organico ed incisivo, con la l. n. 145/2002 sulla dirigenza, partorita dal secondo Governo Berlusconi: una normativa già in contro-tendenza, per la sua voglia di recuperare area di manovra al vertice politico, la sua nostalgia pubblicistica, la sua opzione anti-contrattualista. Per il resto c'è stato solo un *continuum* di interventi, dettati da una duplice emergenza divenuta cronica, con una pesante ricaduta in termini di spesa, tanto da essere elettivamente ospitati in leggi finanziarie: la perdita di controllo sulla contrattazione integrativa e l'utilizzazione di personale precario a compensazione del ricorrente blocco del *turnover*.

Non è il caso di riprendere una vicenda già ampiamente considerata e commentata nelle pagine di questa stessa rivista, se non per sottolineare come il d.lgs. n. 165/2001 giunga all'appuntamento con il terzo Governo Berlusconi sostanzialmente intatto, se pur ritoccato qua e là; e qui trova il suo 'riformatore'. Ora, il difetto di funzionalità delle pubbliche amministrazioni era ed è sotto gli occhi di tutti, se pur con una distribuzione che largamente riproduce la dicotomia centro-nord e sud del Paese, così come lo era e lo è il contributo dato al *deficit* ed al debito pubblico: un connubio esplosivo di scarso gradimento da parte della gente e di alto impatto sulla finanza pubblica. Ma l'intreccio delle cause e delle responsabilità era e rimane assai complesso, riguardando in *primis* gli stessi assetti istituzionali, i modelli organizzativi, gli stili gestionali, i fattori motivazionali, perpetuatisi nonostante i cambiamenti normativi; e chiamando in causa anzitutto proprio i vertici politici ed istituzionali, le alte burocrazie, le controparti datoriali, a cominciare dall'Aran, le organizzazioni sindacali, ecc. Solo che questo ha finito per essere visto e vissuto come un tipico discorso di 'benaltrismo' da parte di un Governo costretto ad affrontare e risolvere il problema a caldo, capitalizzando il massimo del consenso per l'oggi, anche a scapito di un duraturo ritorno positivo in un domani.

Volendo delineare lo scenario di fondo favorevole, bisogna partire da un Governo di centro-destra, ritornato al potere sull'onda di un largo consenso popolare, costruito su un tipico programma conservatore, a cominciare dal contenimento del carico fiscale e dell'interventismo pubblico; ma accresciuto da un elevato tasso di decisionismo personalizzato. Non sorprende che un punto d'attacco privilegiato dovesse essere costituito proprio dal pubblico impiego, rappresentando un tipico bersaglio, per il contrasto fra lo stato privilegiato derivante dall'avere un posto

fisso, a reddito garantito e ad impegno orario contenuto, e lo scarso rendimento percepito dall'utente. Non per nulla l'anatema lanciato da Pietro Ichino contro i 'fannulloni', ha avuto un riscontro estremamente simpatetico nei *mass media* e nell'opinione pubblica, che a sua volta ha creato il clima favorevole per un intervento tanto radicale da apparire punitivo. Il che ha inevitabilmente messo sulla difensiva sia l'opposizione, che proprio nell'impiego pubblico ha trovato fino a ieri un bacino elettorale privilegiato; sia la trimurti sindacale, che nel personale della p.a. vanta il più alto tasso di sindacalizzazione.

Tutto questo forse non sarebbe stato sufficiente, se a fare il Ministro della funzione pubblica non fosse stato chiamato Renato Brunetta, un professore d'economia prestato da tempo alla politica, partecipe di quel gruppo di socialisti riformisti, che, rimasti orfani, hanno finito per trasmigrare sulle sponde berlusconiane. Una persona competente, decisa fino all'irruenza, determinata a lasciar traccia di sé, portata a far le cose in grande, con l'innata voglia ancor più che di convincere, di sbalordire per la rapidità e l'efficacia dell'azione intrapresa.

2. I documenti preparatori

Occorre dare atto dell'inusuale serietà con cui è stata condotta la preparazione della riforma, come ben testimoniano i due elaborati del 28 maggio e del 4 giugno 2008, intitolati "Linee programmatiche sulla riforma della pubblica amministrazione. Piano industriale" e, rispettivamente "Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva". Il primo documento appare chiaramente frutto di un approccio 'aziendale', fin dal sottotitolo "Piano industriale", con la sua tipica presentazione per schede essenziali, ordinate secondo una sequenza costituita da una premessa sugli obbiettivi e da due parti sui mezzi, cioè sugli interventi legislativi 1) per ottimizzare la produttività del lavoro e 2) per la riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni. L'accento iniziale cade sul profilo 'attivo' della p.a., quale costituito dal ruolo che dovrebbe giocare nello sviluppo del Paese, non su quello 'passivo' di capitolo dispendioso del bilancio pubblico allargato. Come tale deve essere "modernizzata", sciogliendo quattro nodi fondamentali: il capitale umano, peraltro ritenuto mediamente adeguato; il vantaggio retributivo e normativo *vis-à-vis* del settore privato; il basso tasso di produttività e di efficienza; il difetto della "figura del datore di lavoro", che risponda, come nel privato con il fallimento, nel pubblico "in termini politico-amministrativi". Il che richiede un cambio profondo di cultura e di motivazione, con l'adozione di modelli imprenditoriali "in termini di autonomia, economicità e delegificazione della gestione"; nonché di modelli propulsivi e partecipativi di relazioni industriali, cui sono finalizzati gli interventi legislativi previsti: nella parte 1) per premiare il merito, valutare il personale, ridefinire il decalogo dei diritti e dei doveri, con un occhio particolare al codice disciplinare, valorizzare il dirigente quale "vero manager reso il più possibile autonomo nell'uso delle risorse umane e finanziarie", "potenziare la funzionalità delle amministrazioni attraverso la contrattazione collettiva e integrativa"; e, nella parte 2), per realizzare la mobilità delle funzioni, la qualità e la *Customers' satisfaction*, l'utilizzo ottimale degli immobili, le sponsorizzazioni e il *project financing*.

L'immagine che ne balza fuori è quella speculare all'"impresa Paese", di un'"impresa Pubblica Amministrazione", certo riconducibile alla storia accademica e scientifica del Ministro, nonché alla specifica competenza degli esperti scelti per la predisposizione del documento. Ma è un'immagine che già nella sua formulazione sconta una rappresentazione artificiosa della realtà, a cominciare dalla riproposizione di una visione monista della p. a., ricalcata su quella ministeriale, di per sé la più refrattaria ad una riduzione ad impresa; mentre, invece, è ormai scontata la

diversificazione in ragione di due coordinate principali, quali le funzioni esercitate e le autonomie godute. E, nel corso della presentazione, emerge la duplice potenziale contraddizione, destinata a segnare l'intera gestazione della futura legge delega. Di fronte alla questione delle questioni, chi debba recitare la parte di datore di lavoro, la risposta risulta confusa, perché - in sede di pre-messa - si assegna *apertis verbis* tale figura alle "Amministrazioni pubbliche", mentre, poi la si imputa implicitamente al dirigente, individuato come il vero *manager*; e la confusione sembra spiegare il perché non vi sia alcun cenno ad un principio cardine dell'intera privatizzazione, la separazione fra potere di indirizzo e gestione: separazione rivista più di una volta in corso d'opera, per renderla il più blindata possibile, sì da consegnare effettivamente la gestione al circuito virtuoso autonomia/responsabilità dirigenziale. E la stessa configurazione della gestione sembra poco coerente, perché se, da un lato, si prospetta una sorta di iper-regolazione legislativa, dall'altro, si enfatizza l'autonomia del dirigente nell'uso delle risorse umane e finanziarie.

Il secondo documento, 4 giugno 2008, si apre con una specie di introduzione, che offre una sintesi essenziale della normativa vigente, presentata come "Base giuridica". Non è facile capirne la ragione, ma pare che si voglia evidenziare una sorta di continuità fra il 'vecchio' ed il 'nuovo' *in itinere*, facendo propria un'interpretazione riduttiva del lascito della privatizzazione, lascito letto e ricostruito nel triplice senso: a) della ripartizione netta fra "organizzazione amministrativa che rimane dominio della potestà unilaterale pubblicistica" e "generale competenza della contrattazione collettiva nella materia del rapporto di lavoro", per via dell'elencazione di cui all'art. 2, co. 1, lett. c), l. n. 421/1992; b) della praticabilità per la sfera organizzativa avente riflesso sul rapporto di lavoro "esclusivamente" di "forme di partecipazione sindacale"; c) del permanere della «necessità che l'esercizio del pubblico potere (della "capacità e i poteri del privato datore di lavoro" ...), rimanga un potere funzionalizzato alla realizzazione del pubblico interesse».

Segue il preannuncio di interventi legislativi di riforma del lavoro pubblico e di razionalizzazione dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni. In primo luogo è prevista una legge delega, di cui viene anticipata l'elencazione dei principi, finalizzati ad una "cultura della valutazione" (produttività commisurata e premiata in base al risultato; carriera giuridica ed economica soggetta a valutazione, effettuata all'interno, ma validata da un'entità centrale; riordino degli organismi di controllo interno; sistema di rilevazione del personale in esubero); alla disciplina delle sanzioni (individuazione delle infrazioni giustificanti il licenziamento, ivi comprese lo scarso rendimento e la falsa attestazione di malattia, elevata a truffa aggravata; semplificazione del procedimento disciplinare; rafforzamento dei controlli medici giornalieri, con licenziamento del medico pubblico dipendente in caso di falsa attestazione); alla riforma della "dirigenza pubblica" (più autonomia nella gestione manageriale delle risorse umane e finanziarie e più responsabilità per la struttura diretta; carriera rimessa a procedure selettive pubbliche di tipo concorsuale; conferimento degli incarichi alla luce di principi di trasparenza e pubblicità dei criteri applicati, con ampliamento delle competenze del Comitato dei garanti, revisione della disciplina delle incompatibilità); alla revisione della "contrattazione collettiva" (riduzione dei comparti e delle aree di contrattazione delle amministrazioni centrali, revisione della durata dei contratti, allineamento tra regolamentazione giuridica ed economica, collegamento della contrattazione di secondo livello alla situazione economica e finanziaria dell'Ente, con comunicazioni alla Corte dei conti, riordino dell'Aran).

Tralasciando qui quanto affidato a specifici interventi in materia di razionalizzazione dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, secondo le linee già individuate e definite nella parte 2 del precedente documento, rimane da osservare come l'oggetto della legge delega cominci a

prendere forma, rendendo ancor più evidente la seconda contraddizione già percepibile nel testo del maggio 2008, fra rivendica di una maggior autonomia/responsabilità della dirigenza ed iper-regolazione legislativa della gestione, destinata inevitabilmente a ridimensionare la stessa contrattazione collettiva del settore pubblico, che qui pur si vorrebbe riformare secondo la proposta avanzata per quella del settore privato. È un'iper-regolazione che nasce da una sostanziale differenza rispetto alla capacità auto-riformatrice della pubblica amministrazione, che la privatizzazione aveva creduto di poter ritrovare in una dirigenza rilegittimata e riqualificata ed in una controparte sindacale disposta a condividere la scommessa di una maggiore efficienza. Una differenza, questa, che acquista una connotazione di pesante delegittimazione in quella che è stata l'autentica bandiera della battaglia intrapresa da Brunetta, cioè la caccia aperta all'astensionismo, tanto da dare bollettini quasi giornalieri del netto calo dei tassi relativi. Verrebbe da dire a mali estremi, estremi rimedi; ma anche da aggiungere che riportare gli assenteisti sui posti di lavoro è un passo decisivo, ma solo il primo, perché il successivo è motivarli sufficientemente.

3. Le anticipazioni: la l. n. 133/2008

Se quest'ultimo documento del 4 giugno 2008 rinviava ad una legge delega, tuttavia anticipazioni corpose di lì a poco venivano introdotte nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni nella l. 6 agosto 2008, n. 133. È un tipico provvedimento *omnibus*, che - con un oggetto generico ed omnicomprensivo quale "lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica, la perequazione tributaria" - contiene un coacervo di disposizioni eterogenee. Ma appare chiaro dallo stesso art. 1 che l'obbiettivo è, anzitutto, il contenimento dell'indebitamento netto delle amministrazioni pubbliche e del debito pubblico secondo percentuali decrescenti nel triennio 2009-2011 e, solo poi, un aumento del tasso di crescita del Pil; e che gli interventi previsti possono essere più o meno rispondenti all'uno o all'altro obiettivo. Un richiamo esplicito al progetto complessivo di riforma della pubblica amministrazione è contenuto nel tit. II ("Sviluppo economico, semplificazione e competitività"), Capo VIII, intitolato "Piano industriale della pubblica amministrazione", che, però si riduce ad un pugno di norme, fra cui gli artt. 46 ("Riduzione delle collaborazioni e consulenze nella pubblica amministrazione"), 46-bis ("Revisione dei distacchi, delle aspettative e dei permessi sindacali"), 49 ("Lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni"). Lo scopo non è omogeneo, perché l'art. 46-bis è finalizzato esplicitamente ad un contenimento della spesa, con un deciso ridimensionamento dei distacchi, aspettative e permessi sindacali, che già di per sé appare significativo, perché colpisce quel sindacalismo considerato corresponsabile del collasso della pubblica amministrazione. Tanto più che lo fa consegnando ad un decreto ministeriale i loro "limiti massimi" che l'art. 50, co. 1, del d.lgs. n. 165/2001 riservava ad "un apposito accordo tra l'ARAN e le confederazioni sindacali rappresentative"; se pur si contemplava tale esproprio col destinare le somme così risparmiate al finanziamento della contrattazione collettiva integrativa. Un taglio rilevante, tale da avere un impatto significativo sul funzionamento del sindacato, se si tiene presente che il successivo DM 16 ottobre 2008 si è proposto un programma triennale con l'obbiettivo di un ridimensionamento del 45%.

Gli artt. 46 e 49 riguardano la provvista di personale 'precario', ma con un segno tutt'affatto diverso, perché mentre il primo – che novella l'art. 7, co. 6, d.lgs. n. 165/2001 – è coerente rispetto al precedente indirizzo legislativo di una riduzione delle collaborazioni e consulenze nella pubblica amministrazione, fissandone rigidi presupposti, condizioni e limiti; il secondo – che riformula l'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 – non lo è affatto, dato che riapre al lavoro flessibile, dopo il 'semiblocco'

della l. n. 244/2007 che aveva come contropartita la stabilizzazione dei precari forniti dei requisiti prescritti ai sensi delle ll. nn. 296/2006 e 244/2007. È un ritorno al passato, cioè ad un regime simile a quello predisposto dal d.lgs. n. 80/1998, con un chiaro influsso del regime proprio del settore privato, se pur con più di un tratto speciale, a cominciare dal requisito di una procedura concorsuale per l'accesso, ed a finire con l'apparato sanzionatorio, limitato come sempre al mero risarcimento; ma con un *aliquid novi*, quale costituito da una responsabilità non solo erariale ma anche dirigenziale, a carico di chi abbia disposto il reclutamento. Lo sblocco non è privo di un contro-effetto, dato dalla conferma della stabilizzazione, ma fino e non oltre il 2010, come deducibile dall'art. 66, dedicato al *turnover*. Ma questo tema, divenuto caldissimo nel corso degli ultimi mesi, è attualmente all'attenzione del Parlamento.

Il gruppo più nutrito e significativo di norme dedicate al pubblico impiego è contenuto nel Tit. III ("Stabilizzazione della finanza pubblica"), Capo II ("Contenimento della spesa per il pubblico impiego"): un capo, questo, che fin dal suo titolo è tutto all'insegna del risparmio, come ben evidenziano le rubriche e le materie dei suoi articoli, a cominciare da quelli concernenti gli assetti organizzativi, cioè l'art. 64 ("Disposizioni in materia di organizzazione scolastica"), 68 ("Riduzione degli organismi collegiali e di duplicazione di strutture") e l'art. 74 ("Riduzione degli assetti organizzativi"). E naturalmente gli istituti 'critici' del pubblico impiego da riportare *in primis* sotto controllo sono quelli di sempre, toccati e ritoccati nel corso di questi anni, qui ripresi negli artt. 66 ("Turn over") e nell'art. 67 ("Norme in materia di contrattazione integrativa e di controllo dei contratti nazionali ed integrativi"). Il primo, introduce un meccanismo assai restrittivo del reclutamento di personale per il 2009 - 2011, fissando forti limiti percentuali, calcolati con riguardo non solo alla spesa ma anche alla entità numerica delle cessazioni di servizio nell'anno precedente; limiti, peraltro, destinati ad allentarsi gradualmente nel corso del triennio. Il secondo, alquanto articolato, incide sulla contrattazione collettiva, a cominciare da quella integrativa, che ha rappresentato e rappresenta a tutt'oggi la parte più esposta ad una deriva normativa ed economica: è varata, per l'oggi, una riduzione delle risorse utilizzabili; ma è anche previsto, per il domani, un "generale riordino della materia concernente la disciplina del trattamento economico accessorio", che pare presupporre un esproprio - compiuto con un intervento eteronomo - dello stesso nocciolo duro della contrattazione collettiva, quel "trattamento economico fondamentale ed accessorio" riservato in via esclusiva dall'art. 45, co. 1 d.lgs. n. 165/2001. Non è tutto, perché, viene rinforzato l'apparato di controllo, legittimando la Corte dei conti ad una verifica che pare estendersi al merito, con il ritorno ad un lontano passato che a suo tempo il legislatore si era fatto carico di esorcizzare, perché l'accertamento dovrebbe riguardare "oltre al rispetto dei vincoli finanziari... anche la concreta definizione ed applicazione di criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito ed alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della prestazione individuale ... nonché a parametri di selettività, con particolare riferimento alle progressioni economiche". E viene, altresì, rinvigorito l'apparato sanzionatorio in caso di accertato superamento dei "limiti imposti dai vincoli di finanza pubblica e degli indirizzi generali assunti in materia in sede di contrattazione nazionale", prevedendo non solo "interventi correttivi a livello di comparto o di singolo ente", ma, oltre l'immediata sospensione delle clausole contestate – già dichiarate nulle dall'art. 40, co. 3 d.lgs. n. 165/2001 – "l'obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva".

Pesante è anche la revisione della procedura di contrattazione collettiva nazionale, di comparto e di area, figlia di una lunga e tormentata gestione con l'esplicita finalità di non fare della certificazione positiva della Corte dei conti una *conditio sine qua non* della stipulazione; cosa questa

che viene del tutto ribaltata, sicché nell'ipotesi di una certificazione negativa occorre ritornare al tavolo negoziale. Una complicazione oggi comprensibile, ma tale da dilatare inevitabilmente la durata della trattativa, che pur risulta assoggettata ad una sequenza temporale concentrata e rigida delle sue fasi.

Subito a ridosso ci sono altri due regimi, uno relativo a quell'assenteismo, divenuto argomento del giorno nell'ultimo periodo, fino ad assurgere a segno emblematico di un autentico collasso civile del pubblico impiego, come tale meritevole agli occhi dell'opinione pubblica di una disciplina rigorosa, quale quella introdotta dall'art. 71 ("Assenze per malattia e per permesso retribuito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni"); l'altro, in materia di lavoro a tempo parziale, qui oggetto di un rinnovato intervento ai sensi dell'art. 73 ("*Part time*"). Quanto scritto e consacrato nell'art. 71 costituisce un forte contrasto all'assenteismo, effettuato tramite il classico strumentario del disincentivo economico e del controllo: da un lato, nei primi 10 giorni di assenza per malattia è corrisposto il solo "trattamento economico fondamentale"; dall'altro, il controllo deve essere disposto di massima anche nel caso dell'assenza di un solo giorno, con un orario di reperibilità esteso dalle ore 8 alle 13 e dalle ore 14 alle 20, nonché la certificazione medica giustificativa dell'assenza, se protratta oltre i 10 giorni o relativa ad una terza evenienza di malattia nell'anno solare, deve essere rilasciata dalla struttura pubblica. Una medicina da cavallo, non c'è che dire, che, se pur mitigata dall'interpretazione fornita dal Dipartimento della funzione pubblica, ben spiega la caduta dell'assenteismo; solo che, alla fin fine, fa di tutta l'erba un fascio, dato il costo fisso dell'assenza per malattia ed il letterale imprigionamento dentro le mura di casa per 13 ore, giorno dietro giorno, lavorativo o non. Anche con riguardo alla fruizione dei congedi retribuiti c'è una stretta – a contrasto di una certa prassi di utilizzo – per cui la contrattazione collettiva o le specifiche fonti possono regolarli quantificandoli in ore, fermo restando che, diversamente dalle assenze di malattia, queste (insieme a poche altre esplicitamente ricordate) "sono equiparate alla presenza in servizio ai fini della distribuzione dei fondi per la contrattazione collettiva". E, al termine dell'articolo in parola, il suo intero contenuto viene messo al riparo da miglioramenti ad opera della contrattazione, con un'esplicita dichiarazione di inderogabilità, che evidentemente presuppone la perdurante vigenza dell'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165/2001.

A sua volta, l'art. 73 sul ("*Part time*") costituisce un'autentica svolta, visto che quello che l'art. 1, co. 58, l. n. 662/1996 aveva configurato come un diritto pieno del dipendente alla trasformazione del suo rapporto dal tempo pieno al tempo parziale, con la garanzia che sarebbe comunque scattata automaticamente; ora viene pesantemente declassato, perché l'eventuale richiesta può essere rifiutata, motivando in ragione di un mero "pregiudizio" per l'amministrazione. Tale svolta comporta una correzione di rotta, perché la disciplina previgente era proprio funzionale ad una riduzione di spesa, sul presupposto di un'eccedenza occulta di personale: le donne costrette a conciliare casa ed ufficio, nonché i dipendenti intenzionati a svolgere altri lavori difficilmente compatibili per ragioni di orario o di oggetto, erano così facilitati a ridurre i loro tempi lavorativi, con conseguenti risparmi a favore dei bilanci pubblici. Il che, però, aveva finito per provocare ricadute negative sulle amministrazioni, costrette ad adeguarsi ai desiderata dei dipendenti, sicché, pur essendo previsto in un Capo intitolato al contenimento della spesa, l'articolo in parola punta a restituire alle stesse amministrazioni una notevole discrezionalità nella gestione della risorsa umana. Finalità, quest'ultima, già propria del precedente art. 72 ("Personale dipendente prossimo al compimento dei limiti di età per il collocamento a riposo"), in tema di esonero dal servizio, di trattenimento in servizio, di risoluzione del rapporto per compimento "dell'anzianità

massima contributiva di 40 anni” (ora sostituita dall’art. 6, co. 3, l. n. 15/2009, con “dell’anzianità massima di servizio effettivo di 40 anni”: col che la disposizione viene fortemente ridimensionata). E con riguardo al fatidico compimento dei 40 anni, il personale di tutte le amministrazioni soggette al d.lgs. n. 165/2001, può essere licenziato con un preavviso di sei mesi; mentre, quello dello Stato (eccezione fatta per quello della scuola) e di altre amministrazioni debitamente elencate, può chiedere sì di essere esonerato anticipatamente dal servizio, nel corso del quinquennio precedente, con un trattamento temporaneo – cumulabile con il lavoro autonomo – pari al 50% di quello complessivamente goduto, ma è “data facoltà all’amministrazione, in base alle proprie esigenze funzionali, di accogliere la richiesta”. E, con rispetto al limite di età per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento, l’art. 16, co. 1. d.lgs. n. 503/1992, viene integrato nel senso che il personale ivi contemplato possa domandare il trattenimento in servizio oltre tale limite, ma anche qui “è data facoltà all’amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali, di accogliere la richiesta”.

Spigolando attraverso la legge, c’è da ricordare, nel Titolo II, Capo VI (“Liberalizzazioni e deregolazione”) l’art. 18 (“Reclutamento del personale delle società pubbliche”) che rende vincolante l’utilizzazione di procedure selettive per le assunzioni, se pur non pubbliche, quindi pur sempre soggette alla giurisdizione ordinaria: per le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, è d’obbligo l’adozione di “criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi” di cui al comma 3 dell’articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; mentre per le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, l’adozione solo di “principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità”. Una testimonianza significativa, questa, di una persistente fiducia salvifica nella “opzione concorsuale” a fronte di quella che si sospetta essere diffusa in questa tipologia di società, cioè una prassi clientelare. Infine richiede solo un cenno un altro articolo contenuto nel Tit. II, Capo VII (“Semplificazioni”), il 41 (“Modifiche alla disciplina in materia di orario di lavoro”) scritto per il settore privato, ma, in quanto modificativo del d.lgs. n. 66/2003, applicabile anche alle pubbliche amministrazioni, viene in rilievo anche per queste, costituendo l’esempio più significativo di quel regime di principio comune che è rimasto il sogno forse irrealizzabile, ma certo irrealizzato del riformatore del decennio ’90.

4. La l. n. 15/2009: obiettivi, coinvolgimento delle Regioni nella stesura della decretazione delegata, derogabilità della legge da parte della contrattazione collettiva

Senza perderci dietro altri articoli contenuti in disegni di legge *in itinere*, che pur intendono ritoccare il regime del pubblico impiego privatizzato, c’è da rilevare, ad un primo approccio, un ben percepibile *continuum* fra la l. n. 133/2008 e la l. n. 15/2009, a cominciare dall’implicita assunzione a referenti privilegiati delle amministrazioni *de puissance*, tanto da etichettare l’azione esercitata da tutte le pubbliche amministrazioni come “funzione pubblica” (art. 3, co. 2, lett. n)), (art. 4, co. 2, lett. d, e co. 9); ma destinando, poi, grande attenzione a quella standardizzazione delle prestazioni che rappresenta la questione cruciale delle aziende di erogazione. È l’art. 2, co. 1, primo capoverso, a definire, sia il tempo nove mesi dall’entrata in vigore della legge per i decreti legislativi e due anni dall’entrata in vigore di questi per i decreti correttivi; sia l’ambito della delega, con un duplice tentativo di ‘occultamento’ del suo impatto: un primo, con riguardo proprio all’oggetto, per cui “il Governo è delegato ad adottare... uno o più decreti legislativi volti a riformare, anche mediante modifiche al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, la disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, di cui all’articolo 2, comma 2,

del medesimo decreto legislativo come modificato dall'art. 1 della presente legge, e della relativa contrattazione collettiva”, dove quel prudente “anche” copre il fatto che il d.lgs. n. 165/2001 è destinato ad essere pesantemente rivisto; un secondo, con rispetto al costo, per cui, stando ad un formulario ormai scontato, il tutto deve avvenire “senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”.

D'altronde che l'intento 'vero' sia quello di revisionare a fondo il d.lgs. n. 165/2001, è dimostrato proprio dall'art. 1, che riscrive l'art. 2, co. 2, secondo periodo di quel decreto battezzato come 'testo unico' della privatizzazione. Il testo originale era nel senso che "eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derivate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, *salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario*". Un colpo di penna dell'ultimo istante ed ecco che l'inciso finale viene letteralmente rovesciato: "*solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge*".

Non occorre essere uno studioso dell'impiego pubblico privatizzato per capire il rilievo strategico del cambio apportato all'articolo in parola. Sul presupposto di un confine netto e rigido tracciato fra legge e contrattazione collettiva, tale da riservare a quest'ultima "tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali" (art. 40, co. 1 d.lgs. n. 165/2001), si era voluto impedire la possibilità di un'espropriazione definitiva ed irreversibile dell'area negoziale ad opera di una legislazione congiunturale ed episodica, rendendo quest'ultima derogabile dalla stessa contrattazione collettiva successiva, salvo esplicita previsione contraria. Nella versione recepita dal decreto, la disposizione del "testo unico" veniva spiegata come di per sé idonea a ricollegare alla fattispecie "contrattazione collettiva successiva" l'efficacia derogatoria della legge intervenuta precedentemente, senza, quindi, alcuna forzatura rispetto alla gerarchia delle fonti. È chiaro che far dipendere l'efficacia derogatoria della contrattazione collettiva successiva dall'assenza di un'esplicita previsione contraria della legge varata precedentemente voleva dire potervi contare quasi sempre, perché il legislatore, consapevole d'invadere un'area non sua, avrebbe avuto una naturale ritrosia a dichiarare *apertis verbis* l'inderogabilità della legge -

Tutt'altra musica, invece, con la novella apportata in apertura della l. n. 15/2009, d'immediata applicazione, perché è l'inderogabilità ad essere presunta, senza alcuna necessità di una sua menzione espressa; mentre la derogabilità deve essere dichiarata, cosa un po' contro la logica comune, perché toccherebbe allo stesso autore della legge ammettere che sia tanto provvisoria da poter essere messa in non cale dalla contrattazione collettiva del giorno dopo.

Solo che l'art. 1, co. 2 dispone che "L'articolo 2, comma 2, secondo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applica alle disposizioni emanate o adottate successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge", quindi mantiene in vigore il vecchio testo per tutte le disposizioni precedenti. Ma, poi, l'art.2, co. 1, come visto, delega il Governo ad adottare "uno o più decreti legislativi volti...dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, di cui all'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo" ma aggiunge di seguito "come modificato dall'art.1 della presente legge". Dunque, dall'entrata in vigore della legge il nuovo testo è incorporato nel d.lgs. n. 165/2001, ma proprio per questo non dovrebbe avere effetto rispetto a quelle parti che non venissero modificate, sempre che fossero state ritenute a suo tempo, nel silenzio della legge, modificabili dalla contrattazione collettiva.

Questo sul piano teorico, perché di certo il legislatore delegante si farà carico di blindare quanto ereditato dal passato alla luce del novellato art. 2, co. 2, secondo periodo.

Questo, però, non sembra costituire una riapertura a quella pioggia di "leggine" in materia di retribuzioni, che a suo tempo contribuirono a produrre ed alimentare la famosa "giungla retributiva", perché non viene toccato l'art. 2, co. 3, terzo e quarto capoverso d.lgs. n. 165/2001. A seguito di quanto prescritto nel secondo capoverso, cioè una competenza esclusiva della contrattazione collettiva in materia di "trattamenti economici", il terzo e quarto capoverso introducono un meccanismo, che si vorrebbe automatico, di riappropriazione da parte della contrattazione collettiva di quanto espropriabile da una fonte eteronoma: "le disposizioni di legge, regolamento o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale. I trattamenti economici più favorevoli in godimento sono riassorbiti con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi e i risparmi di spesa che ne conseguono incrementano le risorse disponibili per la contrattazione collettiva".

L'art. 2, elenca gli obiettivi generali della delega, intesa nel suo complesso, a cominciare da quello *sub a*), che riprende un motivo, tanto enfatizzato a parole - sì da ritrovarlo sia qui sia nell'Accordo quadro sulla riforma della contrattazione collettiva - quanto tradito nei fatti; cioè, per far parlare il legislatore, la "convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quello privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali"; a cui la successiva lett. b) aggiunge, con quell'eccesso di puntualizzazioni tipico della legge delega, il "miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia delle procedure della contrattazione collettiva". Non è certo il rilancio dello scopo primo della privatizzazione, cioè di ricondurre l'intero universo del lavoro subordinato, svolto alle dipendenze delle imprese o delle pubbliche amministrazioni, alla comune casa privatistica, come la più idonea ad assicurare la vitalità del fenomeno sindacale e l'uniformità del trattamento economico-normativo; ma pare, piuttosto, l'omaggio pagato al perdurante mito di un privato che di per sé vuol dire efficiente, destinato, peraltro, a venire smentito dall'effettivo contenuto della legge delega. Dopo la lett. a) e b), le altre, c-i) individuano il campo privilegiato d'intervento, che preannuncia quello che sarà il *core* della legge delega, una sorta di *mixage* fra incentivi e disincentivi: la valutazione del personale e delle strutture, la valorizzazione del merito, la responsabilità dirigenziale, l'organizzazione delle procedure concorsuali su base territoriale (con un'apertura alla rilevanza del "luogo di residenza dei concorrenti"), la permanenza per almeno un quinquennio nella sede di prima destinazione.

L'art. 2 co. 2 e 4 affrontano il problema della distribuzione della competenza legislativa fra lo Stato e le Regioni, complicato dal fatto che, secondo una lettura non priva di qualche conforto nella giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale, il diritto sindacale e del rapporto individuale di lavoro è sì attribuibile a quella esclusiva dello Stato, come ricadente nell' "ordinamento civile" di cui all' art. 117, co. 2, lett. I); ma il regime dell'impiego regionale è riferibile, per esclusione, a quella generale delle Regioni ex art. 117, co. 3. Su questo sfondo il coinvolgimento delle Regioni appare, da un lato in eccesso, dall'altro in difetto. *Eccessivo*, ai sensi del co. 2, perché il procedimento di adozione dei decreti legislativi implica sempre e comunque una chiamata in causa della Conferenza unificata, peraltro con una duplice, ben diversa rilevanza: come "previa intesa" - che in assenza blocca i decreti - nelle ipotesi di cui agli artt. 3, co. 2, lett. a) (determinazione de "gli ambiti della disciplina del rapporto di lavoro pubblico riservati rispettivamente alla contrattazione collettiva e alla legge), 4 (valutazione delle strutture e del personale), 5 (valorizzazione del

merito), 6 (dirigenza pubblica); come "previo parere" nelle altre ipotesi. Il motivo di un tale coinvolgimento a tutto campo, se pur graduato nell'impatto, pare dettato da un duplice intento: 'tattico', evitare *a priori* un interminabile e logorante braccio di ferro con le Regioni, con il suo bravo strascico di fronte al Giudice delle leggi; 'strategico', supplire al perdurante vuoto di un coinvolgimento 'parlamentare' delle Regioni, essendo rimasta lettera morta la stessa Commissione appositamente prevista dall' art. 11 l. cost. n. 3/2001. Tant'è che è simile a quello adottato dal Governo precedente per il d.lgs. n. 81/2008, il t.u. sulla sicurezza. *Difettoso*, invece, perché questo co. 2 non assoggetta a "previa intesa" - e quindi lascia al "previo parere" - quanto messo a carico dei decreti delegati, ai sensi del successivo co. 4, cioè proprio la distribuzione della competenza legislativa fra lo Stato e le Regioni: essi "individuano le disposizioni rientranti nella competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma della Costituzione, e quelle contenenti principi generali dell'ordinamento giuridico, ai quali si adeguano le regioni e gli enti locali negli ambiti di rispettiva competenza".

Prima facie colpisce una certa improprietà tecnica che sembra ormai caratterizzare ogni intervento legislativo: si parla di "disposizioni" e non di "materie", comunque le si voglia intendere, come se l'attribuzione di competenza esclusiva allo Stato dovesse procedere articolo per articolo, disposto per disposto; si parla di "principi generali dell'ordinamento", che sono quelli che presiedono all'*analogia iuris*, invece di "principi fondamentali", dettati dallo Stato con riguardo a specifiche materie di competenza concorrente Stato-Regioni. Quel che, comunque, fa pensare è la sovrapposizione fra i commi 2 e 4. Da un lato, il co. 2 prevede la "previa intesa" per tutta una serie di ipotesi, che così diventano *a priori* di competenza congiunta dello Stato e della Conferenza unificata; dall'altro, il co. 4 attribuisce alla decretazione delegata la missione di individuare *a posteriori* la distribuzione della competenza fra Stato e Regioni, cioè quando la partita è ormai parzialmente compromessa a' sensi del comma precedente.

5. L'estensione della contrattazione collettiva nel d.lgs. n. 165/2001

Dopo l'art. 2, quasi tutti gli articoli successivi riguardano gli obiettivi ed i principi e criteri direttivi dei temi particolari richiamati nelle rispettive rubriche, con una scansione che vede il comma primo dedicato agli obiettivi e, di solito, un solo comma secondo, relativo a principi, articolato su lettere ed eventualmente numeri. Il banco di prova dell'impatto della legge-delega sulla riforma "stabilizzata" col d.lgs. n. 165/2001 è costituito da due suoi articoli, il 3 ("Principi e criteri in materia di contrattazione collettiva e integrativa e funzionalità delle amministrazioni pubbliche") ed il 6 ("Principi e criteri in materia di dirigenza pubblica"); vale a dire su quelli che riguardano i due piloni sostanziali della privatizzazione, l'estensione della contrattazione, 'orizzontale'(con riguardo ai contenuti) e 'verticale'(con riguardo ai livelli) e, rispettivamente, l'autonomia della dirigenza.

Nella prima fase della privatizzazione, attivata dalla l. n. 421/1992 con la riconduzione, ai sensi del suo art. 2, co. 1, lett. a), "sotto la disciplina del diritto comune" e la regolazione "mediante contratti individuali e collettivi" dei rapporti di impiego pubblico - l'attenzione dedicata all'estensione della contrattazione collettiva era limitata, data la consapevolezza relativa della problematica coinvolta. Per l'estensione 'orizzontale'- cioè per contenuti - a rilevare come regola base era la lett. c) che prevedeva "l'affidamento delle controversie di lavoro" dei dipendenti privatizzati ai giudici ordinari, eccezione fatta per sette materie "regolate con legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi"

(responsabilità giuridiche nell'espletamento delle procedure amministrative; organi, uffici e modi di conferimento della titolarità dei medesimi; principi fondamentali di organizzazione degli uffici; assunzioni; ruoli e dotazioni organiche; garanzia della libertà didattica e scientifica; disciplina della responsabilità e delle incompatibilità): non era semplicemente una riserva di legge, ma una riserva di legge e di disciplina pubblicistica. Ed il d.lgs. n. 29/1993 - come partorito e novellato nel corso della prima fase - dopo aver sancito al suo art. 2 ("Fonti"), co. 2 e 3, l'assoggettamento dei rapporti di lavoro alla legislazione lavoristica e alla contrattazione individuale e collettiva, avrebbe ripreso quella eccezione costituita dalle sette materie, con riguardo non solo al trasferimento della giurisdizione (art. 68, co. 1), ma anche all'ambito della contrattazione collettiva deputata a svolgersi "su tutte le materie relative al rapporto di lavoro, con esclusione di quelle riservate alla legge e agli atti normativi e amministrativi, secondo il disposto dell'art. 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421" (art. 45, co. 1).

A valle delle fonti ed a monte della giurisdizione c'era l'amministrazione, che lo stesso d.lgs. n. 29/1993 disciplinava nel suo fondamentale art. 4 ("Potere di organizzazione"), co. 1, ai sensi del quale, da un lato, "Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione per l'organizzazione degli uffici ..." e, dall'altro nelle "materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi, esse operano con i poteri del privato datore di lavoro ...". Sicché la dirigenza amministrativa veniva ad essere dotata di una duplice capacità a seconda che esercitasse un potere di organizzazione degli uffici o di gestione dei dipendenti, cioè di parte di un rapporto di supremazia o di un rapporto paritario, assoggettati al diritto pubblico e rispettivamente al diritto privato, tanto da meritarsi la denominazione di "Giano bifronte". E, ai sensi dell'art. 10 ("Partecipazione sindacale") del decreto legislativo in parola, era tenuta ad una doppia incombenza nei confronti delle rappresentanze sindacali: di una partecipazione forte - di un incontro per esame, a richiesta - nelle poche ipotesi *speciali*, attinenti all'organizzazione esplicitamente previste nel decreto, peraltro "ferme restando l'autonoma determinazione definitiva e la responsabilità dei dirigenti nelle stesse materie"; di una partecipazione debole – di una mera e semplice informazione – nelle ipotesi *comuni* "sulla qualità dell'ambiente e sulle misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro".

Un'attenzione ancora minore era dedicata all'estensione "verticale" della contrattazione collettiva - cioè per livelli - dato che l'art. 45, stabiliva che la "contrattazione collettiva è nazionale e decentrata" (co. 1). La preoccupazione per i costi era già presente, a cominciare dalla contrattazione nazionale, dove l'autorizzazione governativa alla sottoscrizione era "sottoposta al controllo della Corte dei conti, la quale ne verifica la legittimità e la compatibilità economica" ed, era comunque, preclusa nell'ipotesi che i contratti collettivi comportassero impegni di spesa superiori a quelli previsti nel documento di programmazione e nella legge finanziaria (art. 51, co. 2 e 4); e, in ragione di una previsione apposita inclusa negli stessi contratti, era prevista la possibilità di prorogarne l'efficacia temporale... ovvero di sospenderne l'esecuzione parziale o totale, in caso di accertata esorbitanza dai limiti di spesa (art. 52, co. 3). Mentre per la contrattazione decentrata prevedeva, oltre ad un'ambigua funzionalizzazione "al contemperamento tra le esigenze organizzative, la tutela dei dipendenti e l'interesse degli utenti" destinata, prima a suscitare clamore, poi ad essere soppressa; e contemplava un regime vincolistico a salvaguardia della coerenza del sistema contrattuale e della tenuta della spesa: poteva essere svolta solo "sulle materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali" (art. 45, co. 4) e conclusa solo se sottoposta previamente "al controllo preventivo degli organi competenti secondo le norme vigenti" e non comportante

"anche a carico di esercizi successivi, impegni di spesa eccedenti le disponibilità finanziarie definite dal contratto collettivo nazionale". Una volta conclusa, se ne doveva spedire copia all' Agenzia per le relazioni sindacali, al Dipartimento della funzione pubblica ed al Ministero del tesoro (art. 51, co. 3).

Il problema della spesa era già visto come fondamentale, tanto da vedersi dedicato un intero titolo, il V, artt. 63-67, con il ruolo di "regista" assegnato al Ministero del Tesoro, e con il coinvolgimento della Ragioneria generale, incaricata dell'attività ispettiva per la valutazione e la verifica delle spese, con particolare riferimento agli oneri dei contratti collettivi nazionali e decentrati, nonché della Corte dei conti, investita del compito di predisporre una relazione annuale al Parlamento, e di perseguire le irregolarità riscontrate dalla Ragioneria generale.

Su questo assetto di base interviene la seconda fase, con la l. n. 59/1997, che, per quanto qui concerne, al suo art. 11, co. 4 dà piuttosto genericamente la delega a "completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privati nell'impresa"(lett. a)); nonché a "semplificare e rendere più spedite le procedure di contrattazione collettiva" e "riordinare e potenziare" l'ARAN (lett. c)), "garantire a tutte le amministrazioni pubbliche autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa" (lett. e)), "prevedere procedure facoltative di consultazione delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi dei relativi comparti prima dell'adozione degli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro" (lett. h)). Da qui, non senza un qualche sospetto di eccesso di delega, un'accelerazione della privatizzazione e della contrattazione collettiva, con una duplice svolta circa l'estensione 'orizzontale' e 'verticale' di quest'ultima, di cui è testimonianza la successiva decretazione delegata, intervenuta a novellare ancora una volta il d.lgs. n. 29/1993, fino alla sua sostanziale ricezione nel d.lgs. n. 165/2001.

La svolta nell'estensione 'orizzontale' appare evidente dalla riformulazione di alcuni articoli del d.lgs. n. 29/1993, così come ora recepiti nel d.lgs. n. 165/2001. Secondo l'attuale art. 2, co. 1 ("Fonti") "Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizione di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggior rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive". Un salto notevole, perché l'elenco appare *ictu oculi* più ristretto rispetto a quello precedente delle sette materie (peraltro non abrogato neppure implicitamente), tanto da far parlare di una risalita a monte della privatizzazione, che trova così la sua linea di confine non più dove termina la gestione del rapporto di lavoro e comincia l'organizzazione degli uffici, ma ben oltre, sulla demarcazione fra micro/bassa e, rispettivamente macro/alta organizzazione. Il che ha comportato un'immediata ricaduta sulla definizione dell'area di competenza della contrattazione collettiva e della giurisdizione ordinaria, perché gli articoli ora dedicativi le definiscono in base alle materie, senza più prevedere alcuna esplicita esclusione, né vecchia, con richiamo dell'elenco ex art. 2, co. 1, lett. c) l. n. 421/1992, né nuova: così per l'attuale art. 40, co.1 ("Contratti collettivi nazionali e integrativi"), "La contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali"; ed, a sua volta, per il coeve art. 63, co. 1 ("Controversie relative ai rapporti di lavoro"), "Sono devolute al giudice ordinario ... tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni", naturalmente assoggettate alla riforma.

Meno interessante teoricamente, ma certo più rilevante praticamente, riesce la svolta relativa all'estensione 'verticale' della contrattazione collettiva, investita dall'art. 40, co. 3 della piena capacità di auto-regolarsi con riguardo a "la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi, la struttura contrattuale e i rapporti fra i diversi livelli", con l'unica indicazione di farlo "in coerenza con il settore privato", cosa questa che già di per sé parla a favore di una forte decentralizzazione, sia pur nella perdurante scelta per una struttura prevista e configurata come articolata. A conferma suona il passo immediatamente successivo, ripreso quasi letteralmente dall'art. 11, co. 4, lett. e) della seconda legge delega, per cui le "pubbliche amministrazioni attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa...".

Il fatto è che il problema della congruità e coerenza del sistema contrattuale viene reso più acuto dalla modifica della procedura di contrattazione nazionale, per cui il controllo della Corte dei conti viene reso successivo e declassato a non condizionante; nonché dal varo del nuovo regime della rappresentatività, ai fini della contrattazione collettiva (art. 47, co. 3 ss.) e dell'attribuzione dei diritti e prerogative sindacali nei luoghi di lavoro (art. 42), con lo sdoppiamento fra RSA e "un organismo di rappresentanza unitaria del personale" a base elettiva. Questo viene a indebolire lo strumento del coordinamento "soggettivo" fra il I ed il II livello, dato che entrambi i *partners* del tavolo nazionale sono o assenti (l'ARAN) o co-presenti con un organo elettivo, fortemente legittimato ma debolmente controllabile, al tavolo decentrato. Difetto di coordinamento, questo, accentuato dall'ampliamento al secondo livello dell' "area di manovra" reciproca, cioè della dirigenza e del sindacato, riconducibile al nuovo regime del potere di organizzazione e della partecipazione sindacale. Per l'art. 5 ("Potere di organizzazione"), la dirigenza amministrativa resta pur sempre dotata di una duplice veste, ma con una ben diversa distribuzione, essendo tenuta a spendere la capacità pubblica, per adottare "ogni determinazione amministrativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'art. 2, co. 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa" (co.1); e, rispettivamente, "la capacità e i poteri del privato datore di lavoro" per "assumere, nell' "ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro" (co. 2). Ma per l'art. 9 ("Partecipazione sindacale") salta la rigida gabbia preesistente della partecipazione sindacale, con un rinvio aperto alla contrattazione collettiva: "I contratti collettivi nazionali disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti di partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro".

Senza riprendere qui la lunga e vivace discussione circa l'effettiva portata della "svolta", è sufficiente sottolineare come una buona parte della dottrina, che condivideva la fede contrattualista del padre della seconda fase della riforma, Massimo D'Antona, abbia creduto di potervi leggere un'estensione della competenza negoziale pari a quella della privatizzazione: la seconda come la prima avrebbe riguardato la stessa micro/bassa organizzazione. E per chi obiettava che il decreto distingueva fra contrattazione collettiva ex art. 40 e partecipazione ex art. 9, limitando la prima a "tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali" e riservando alla seconda gli "atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro", c'era una risposta, se pur un po' forzata: la partecipazione condotta dalla dirigenza poteva ben condurre ad un accordo vincolante come fonte *extra ordinem*.

Di certo il legislatore era avvertito dello scricchiolamento del sistema, tanto da introdurre un doppio meccanismo di controllo della contrattazione collettiva, proprio ai primordi della seconda fase. Il primo, "repressivo" - ex art. 45 co. 4 d.lgs. n. 29/1993, come novellato dal d.lgs. n.

396/1997 -, blinda lo strumento del coordinamento “oggettivo”, se pur con riguardo esplicito a quello *secundum ordinem*: l’art. 40, co. 3 d.lgs. n. 165/2001 che lo recepisce: dopo aver ribadito il carattere articolato del sistema col sancire che la “contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono”, riprende l’esplicito divieto per cui le “pubbliche amministrazioni non possono sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o che comportino oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione”, ma lo rafforza con l’affermazione che “Le clausole difformi sono nulle e non possono essere applicate”. Il *secondo* meccanismo, “preventivo”, ex art. 39, co. 3-ter l. n. 449/1997 conferiva rilievo all’obbligo delle amministrazioni statali e delle altre esplicitamente ricordate di inviare i contratti integrativi sottoscritti (accompagnati da una relazione tecnico-finanziaria certificata dagli organi di controllo interno) al Dipartimento della funzione pubblica ed al Ministero del tesoro, titolando quest’ultimi ad accertarne congiuntamente la compatibilità economico-finanziaria entro un termine di trenta giorni, esaurito il quale senza un rifiuto che costringerebbe le parti a riprendere le trattative, queste possono procedere alla stipulazione definitiva.

Rimane, invece, invariato il titolo dedicato al controllo della spesa, qui Tit. V, ritenuto evidentemente sufficiente o, perlomeno, non ulteriormente migliorabile.

6. (Segue) e la revisione apportata dalla legge delega

Di fatto, nonostante tutto questo, il sistema contrattuale finirà per rivelare una tenuta complessiva sempre più problematica, con una tracimazione a livello nazionale ed, ancor più ad un livello decentrato estremamente diffuso e variabile e come tale difficilmente controllabile, con riguardo sia ai costi sia ai poteri dirigenziali. Si è parlato di una deriva pancontrattualista, a livello nazionale e decentrato, con una sistematica elusione dei conti ed erosione dei *managerial rights*, certo in ragione di una forte pressione sindacale, ma con la connivenza complice o arrendevole degli stessi vertici politici ed istituzionali delle pubbliche amministrazioni; sicché non sorprende né l’arrendevolezza dell’Aran, data la sua intenzionale composizione pro-triplice; né la disponibilità delle dirigenze centrali e periferiche, data la loro continua esposizione al rischio di essere bypassate dalla relazione diretta fra organizzazioni sindacali e i Ministri, i Presidenti, i Governatori, i Sindaci ecc... E, come è facilmente intuibile, il Governo, a prescindere dal colore, - certo il maggior responsabile a livello nazionale, quale reggitore dei cordoni della borsa e referente principale dell’Aran -, cercherà di riprendere un controllo soprattutto del secondo livello con qualche ulteriore intervento legislativo, visto che il doppio meccanismo “repressivo” e “preventivo” già presente nel d.lgs. n. 165/2001, si era rivelato insufficiente. Al riguardo merita di essere segnalato l’art. 40-bis del d.lgs. n. 165/2001, varato successivamente, per cui sono a tutt’oggi previsti sia verifiche congiunte Governo-comitati di settore in merito alle implicazioni finanziarie complessive della contrattazione integrativa di comparto, definendo metodologie e criteri di riscontro anche a campione sui contratti integrativi delle singole amministrazioni” (co. 1); sia specifiche informazioni sui costi della contrattazione integrativa inviate annualmente dagli organi di controllo interno e al Dipartimento della funzione pubblica (co. 2).

Un intervento assai più radicale è costituito dall’art. 67 l. n. 133/2008, ricordato nel par. 3 di questo scritto, nell’ambito di un esame sintetico del gruppo di norme ivi dedicato al settore dell’impiego pubblico privatizzato, pochi mesi prima del varo della legge delega già allora in programma.

Rinviamo a quanto già detto, si può enfatizzare il fatto che il modello vigente viene revisionato a partire dal suo stesso capo, cioè il procedimento formativo del contratto nazionale, richiedendosi ora un previo semaforo verde della Corte dei conti; e viene, altresì, appesantito con riguardo al suo corpo periferico da ulteriori obblighi informativi posti a carico delle amministrazioni, notevoli riduzioni e rigide regole di destinazione delle risorse, controlli estesi al merito da parte della Corte dei conti.

Sulla partita del controllo dei costi anche la legge delega vi ritorna con qualche disposto rafforzativo, come i principi di delega di cui all'art 2, co. 1, lett. e), f), g) e come l'art. 4, co. 2, lett. i), per "prevedere l'ampliamento dei poteri ispettivi con riferimento alle verifiche ispettive integrate di cui all'art. 60, commi 5 e 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165"; ma soprattutto, con tutto il dispiegamento di pubblicità e di trasparenza, per renderli noti *urbi et orbe*. Comunque, l'attenzione principale si sposta dai costi ai contenuti della contrattazione collettiva, allo scopo di ridimensionare questi ultimi a tutto vantaggio di regimi eteronomi. Per riprendere la terminologia sopra utilizzata, è possibile vedere nella l. n. 15/2008 una contro-spinta rispetto all'estensione della contrattazione collettiva che ha caratterizzato il passaggio dalla prima alla seconda fase della privatizzazione, a cominciare da quella relativa alla dimensione 'orizzontale'. Non per nulla, come si è visto, il documento preparatorio del 4 giugno 2008, nel ricostruire la base giuridica destinata a sostenere la legge delega in agenda, recuperava la regola delle sette materie per la ripartizione fra organizzazione amministrativa, soggetta a riserva di legge e di disciplina pubblicistica, e materia del lavoro, rimessa alla contrattazione collettiva, combinandola con l'altra, per così dire accessoria, della praticabilità della sola partecipazione sindacale in materia di organizzazione. Ma una combinazione che, introdotta nella prima fase, era stata accantonata nella seconda, per privatizzare la micro/bassa organizzazione e rendere comunque negoziabile parte crescente della stessa organizzazione della singola unità produttiva.

Ed, in effetti, la prima opzione era quella di procedere attraverso un'elencazione, tale da risultare ancor più penalizzante per la contrattazione collettiva, ma, poi, quella uscita vittoriosa è una formula generica, ma potenzialmente restrittiva. L'art. 3 ("Principi e criteri in materia di contrattazione collettiva e integrativa e funzionalità delle amministrazioni pubbliche"), al suo co. 1, individua la finalità perseguita nell' "assicurare il rispetto della ripartizione tra le materie sottoposte alla legge, nonché, sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma determinazione dei dirigenti, e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva". E subito dopo, al co. 2, elenca i principi e i criteri direttivi, di cui il primo, menzionato alla lett. a), è quello di precisare, a' sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 165/2001, i rispettivi ambiti di tale ripartizione, "fermo restando che è riservata alla contrattazione collettiva la determinazione dei diritti e delle obbligazioni direttamente pertinenti al rapporto di lavoro"; e, a conferma dell'importanza assegnata alla cosa, come secondo principio, ricorda, alla lett. c) quello di prevedere "meccanismi di monitoraggio sull'effettività e congruenza della ripartizione".

Ora, da una parte non c'è più quella elencazione tassativa delle materie sottoposte alla riserva di disciplina pubblicistica di cui all'art. 2, co. 1 d.lgs. n. 165/2001; e, dall'altra, al posto della frase utilizzata dall'art. 40, co. 1 dello stesso decreto n. 165/2001 per delimitare l'area della contrattazione collettiva, cioè "tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali", c'è quella appena vista dell'art. 3, co. 2 della legge delega, che pare ridimensionare il tutto alla posizione attiva e passiva di immediata derivazione dal rapporto di lavoro, perché parla di "diritti" e di "obbligazioni" "direttamente pertinenti al rapporto di lavoro. La sua valenza generica non ne

occulta la carica restrittiva, di per sé sviluppabile in maniera non controllabile nella decretazione delegata, se non fosse che qui è necessaria una "previa intesa" fra Governo e Conferenza unificata.

Certo, a mo' di rassicurazione, il terzo principio della delega, sotto la lett. b), impone di "fare in ogni caso salvo quanto previsto dagli articoli 2, co. 2, secondo periodo, e 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 e successive modificazioni": cioè, in termini esplicativi, di preservare la stessa base posta a fondamento della riforma fin dal suo battesimo, per cui "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" (art. 2, co. 2, secondo periodo); e, rispettivamente, "I rapporti di lavoro di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente. I contratti collettivi sono stipulati secondo i criteri e le modalità previste nel titolo III del presente decreto; i contratti individuali devono conformarsi ai principi di cui all'art. 45, comma 2". Ma, come evidente, proprio in base ai rinvii operati al contenuto del decreto, molto dipende da come questo viene diversamente modificato nel corso del tempo. Ed a stare al regime previsto per il futuro, in forza degli altri principi di delega di cui alle successive lettere dell'art. 2, co. 2 e agli articoli seguenti, il potenziale esproprio a carico della contrattazione collettiva si preannuncia amplissimo a tutto favore di interventi eteronomi. Senza scendere qui ad un esame analitico, dato che molto dipenderà dal come si atteggerà effettivamente la futura decretazione delegata, basta un invito a rileggere gli articoli 4, 5 e 7, col loro dettagliati ed incisivi programmi normativi in tema della valutazione delle strutture e del personale, della valorizzazione del merito e della premialità, delle sanzioni disciplinari e delle responsabilità, per rappresentarsi un futuro denso di regolamentazione legislativa.

Qui appare del tutto evidente il cambio di marcia, perché accanto al tradizionale timore di uno splafonamento finanziario da parte del sistema complessivo, con il secondo livello a fare da traino, emerge a tutto tondo il convincimento che tale sistema sia del tutto inidoneo a svolgere un ruolo nel processo di modernizzazione. Processo, questo, che richiede una regolamentazione della gestione del personale ispirata all' "efficienza aziendale", vista come un *mix* di premialità selettiva e di sanzionabilità tempestiva ed effettiva. Anche, se poi, come si vedrà, questa "efficienza aziendale", declinata secondo una cultura ed una tecnica "burocratica", di processi, giudizi, criteri, controlli rigidi ed impersonali, sembra destinata a perdere nella pratica quotidiana molto della sua capacità attrattiva e della sua resa, finendo per restare impigliata in una fitta rete di "lacci e laciuoli".

I criteri di delega successivi di cui alle lett. d) o), art. 3, co. 2, risultano compositi e sovrapposti, tanto che quello più generale di cui alla lettera h), circa il riordino delle "procedure di contrattazione collettiva nazionale, in coerenza con il settore privato e nella salvaguardia delle specificità sussistenti nel settore pubblico, nonché quelle della contrattazione integrativa e riformare" l'Aran, è preceduto e seguito da altri criteri particolari, elencati disordinatamente nelle lett. d) – g) – e i) – o). Senza soffermarsi su questo difetto di sistema, che pur la dice lunga sul metodo seguito di un accumulo successivo, preoccupato solo di non lasciare alcun vuoto, c'è da sottolineare come alla lett. h), sotto-numerata da 1 a 7, vengano affrontati alcuni nodi reali, a cominciare dalla stessa Aran, di cui, ai nn. 1-3, si vorrebbe un "rafforzamento dell'indipendenza... dalle organizzazioni sindacali" con una particolare attenzione alle credenziali dei suoi componenti; "un potenziamento del potere di rappresentanza delle regioni e degli enti locali"; una revisione dei

comitati di settore “rafforzandone il potere direttivo nei confronti dell’Aran”. Tutto bene e tutto condivisibile, se non fosse che difetta qualsiasi cenno circa il condizionamento di diritto e di fatto esercitato dal Governo, che in parte è ineliminabile, con riguardo al *quantum* complessivo delle risorse, su cui c’è un confronto preliminare informale Governo-sindacati, che viene a ridimensionare di molto il rilievo del procedimento formale; nonché con rispetto al suo potere di formulare l’indirizzo generale del negoziato. Fermo restando che, poi, a negoziato aperto, lo stesso Governo finisce per giocare un ruolo determinante, perché coinvolto nella stipulazione del contratto di comparto guida, quello ministeriale.

I nn. 4-7 della stessa lett. h), art. 3, co. 2, riguardano, invece, la contrattazione collettiva. I cambiamenti di cui ai nn. 4 e 5 sono chiaramente influenzati dall’Accordo quadro del febbraio 2009, con un tratto differenziale non da poco, che nel settore privato restano affidati all’autonomia collettiva, mentre qui sembrano rimessi ad una disciplina eteronoma: il n. 4 prescrive la riduzione del numero dei comparti, che pare proprio essere imposta, visto che resterebbe ferma “la competenza della contrattazione collettiva” solo “per l’individuazione della relativa composizione, con l’effetto di ridimensionare la riserva contrattuale di cui all’ art. 40, co. 2 d.lgs. n. 165/2001 (“Mediante appositi accordi tra l’ARAN e le confederazioni rappresentative... sono stabiliti i comparti della contrattazione collettiva nazionale riguardanti settori omogenei o affini”); mentre il n. 5 impone la “modificazione, in coerenza con il settore privato, della durata dei contratti al fine di ridurre i tempi e i ritardi dei rinnovi e di far coincidere il periodo di regolamentazione giuridica con quello di regolamentazione economica”, col risultato di svuotare l’altra riserva contrattuale di cui allo stesso art. 40, co. 3 (“La contrattazione collettiva disciplina, in coerenza con il settore privato, la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi, la struttura contrattuale e i rapporti fra i diversi livelli”).

A loro volta, i nn. 6 e 7 sempre della lett. h) si interessano del “procedimento di contrattazione”: il n. 7, presumibilmente con riguardo al I livello, per chiederne “la semplificazione... anche attraverso l’eliminazione di quei controlli che non sono strettamente funzionali a verificare la compatibilità dei costi degli accordi collettivi”, (disposizione che deve essere rapportata alla riscrittura dei commi 6 e 7 dell’art. 47 d.lgs. n. 165/2001 effettuata dall’art. 67, co. 7, l. n. 133/2008); il n. 6, invece, con rispetto al II livello, per promuovere un “rafforzamento del regime dei vigenti controlli sui contratti collettivi integrativi”, con l’introduzione di una coda sanzionatoria, cioè della previsione di “specifiche responsabilità della parte contraente pubblica e degli organismi deputati al controllo sulla compatibilità dei costi” che verrà riecheggiata più avanti.

In tanto pieno regolativo, sorprende un vuoto, vale a dire il difetto di qualsiasi riferimento alla materia della legittimazione delle parti a sedere ai tavoli negoziali, nazionali e decentrati, sì da far supporre che la disciplina legislativa e collettiva vigente sia considerata idonea; ma poiché così non dovrebbe apparire ad un legislatore animato da un siffatto fervore rifondativo a tutto campo, c’è da sospettare che lo abbia trattenuto il convincimento di toccare in tal modo il nervo più scoperto di un movimento confederale costretto a far già buon viso a cattiva sorte con riguardo al carattere invasivo dell’intervento. Ed il sospetto è che ciò sia stato colto da quel movimento, perché il dissenso non “armato” con cui ha accompagnato l’*iter* di un intervento legislativo tanto pesante non può essere spiegato solo da un *favor* popolare tanto diffuso da screditare qualsiasi tentativo di contrastarlo duramente e da un crescente dramma occupazionale, che pone in primo piano il contrasto fra un dipendente pubblico col privilegio del posto sicuro ed uno privato col rischio sempre più reale di perderlo; ma deve anche esser frutto di un calcolo dei costi/benefici

da parte dello stesso movimento sindacale, fermo restando la speranza di recuperare terreno nella decretazione delegata.

Com'era facile attendersi non pochi principi sono dedicati all'estensione "verticale" della contrattazione collettiva, che, trova la sua rilegittimazione alla lett. l) dello stesso art. 3, co. 2, con la ripresa quasi parola per parola della formula con cui l'art. 11, co. 4, lett. e) l. n. 59/1997 rilanciava la contrattazione integrativa all'alba della seconda privatizzazione, ma coniugandola con la benedizione della struttura articolata di cui all'art. 40, co. 3 d.lgs. n. 165/2001: "prevedere che le pubbliche amministrazioni attivino autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa, nel rispetto dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione, sulle materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono...". Ma, non senza un *plus* di vincoli e controlli, a cominciare da un presunto rafforzamento della sanzione della nullità prevista dallo stesso art. 40, co. 3 d.lgs. n. 165/2001 a difesa della "gerarchia" fra il primo ed il secondo livello, per cui, ai sensi della lett. d) si dovrebbe prevedere "l'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, in caso di nullità delle clausole contrattuali per violazione di norme imperative e dei limiti fissati alla contrattazione collettiva"; rafforzamento presunto, perché si vorrebbe ribadire l'effetto sostituzione, già deducibile dal testo precedente, senza peraltro risolvere il problema del non facile confronto a tal fine fra il testo nazionale e quello integrativo. Questo, però, è solo l'inizio, perché, poi, le lett. e), f) e g) sempre dell'art. 3, co. 2, si fanno carico di individuare criteri per assicurare l'osservanza dei vincoli di bilancio, anche per via di limiti massimi o massimi/minimi di spesa; di facilitare la valutazione degli organi di controllo sulla compatibilità economico-finanziaria tramite la predisposizione di uno schema standardizzato di relazione tecnica, nonché di permettere all'utenza, tramite adeguate forme di pubblicità, la verifica sull'attività svolta; di potenziare le amministrazioni interessate al controllo tramite il trasferimento di personale in mobilità.

L'esigenza di trasparenza e di valutazione allargata anche all'utenza, tramite la via elettiva costituita dal *web*, ritorna anche nella lettera m), circa la previsione dell'imputabilità della spesa per il personale rispetto ai servizi erogati e della utilizzazione della rete informatica per pubblicizzare tale spesa, quasi a premessa dell'enfasi datale nel successivo art. 4, sottotitolato proprio a quel principio di trasparenza che eleva a punto di forza della riforma: così, il legislatore si ripromette di allargare il controllo dall'"istituzionale" al "sociale", ben consapevole che è proprio quest'ultimo a fare la differenza; e lungi dal lasciarlo disarmato, gli mette in mano addirittura una *class action*, quella introdotta e regolata dallo stesso art. 4, co. 2, lett. l).

I due ultimi principi, sotto le lett. n) ed o) dell'art. 3, co. 2, fuoriescono dal gruppo, per riguardare la disciplina della mobilità, con una tecnica di uso frequente nella legge delega, di una combinazione fra un criterio generale lasciato totalmente aperto ed uno particolare fino a risultare casistico: così la lett. n) intende agevolare la mobilità, anche nella forma volontaria; per ridurre il "precariato"; mentre, a tal fine, la lett. o), prevede, con speciale attenzione alla mobilità inter-compartmentale, un regolamento ad *hoc* "per la definizione mediante regolamento di una tabella di comparazione fra i livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi relativi ai diversi comparti di contrattazione". Non molto, per un istituto tanto regolato e riregolato fino all'attuale regime di cui all' art. 30 d.lgs. n. 165/2008; quanto utilizzato, principalmente se non esclusivamente, non per un riequilibrio rispondente ad un effettivo bisogno delle amministrazioni, quanto per un ritorno al paesello natale in quel del Sud, contribuendo ad un modello di distribuzione del

personale del tutto patologico, tale da risultare esuberante al Sud e carente al Nord, con riguardo ai bisogni dei territori serviti.

7. L'autonomia della dirigenza nel d.lgs. n. 165/2001 e la rivisitazione effettuata dalla legge delega

C'è ora da considerare l'impatto della legge delega sul secondo pilone sostanziale della privatizzazione, l'autonomia della dirigenza, configurata come corpo che realizza la combinazione fra risorse organizzative ed umane tramite la sua duplice capacità, pubblicistica e privatistica, sì da assumere – come detto – il sembiante di un Giano bifronte, amministratore pubblico e datore di lavoro privato. Una *fictio iuris*, questa, necessaria perché senza la figura di un datore di lavoro “pubblico” non era possibile impostare neppure concettualmente la privatizzazione; ma proprio perché finzione giuridica, essa restava tutta affidata alla disciplina legislativa costruita per darle quella realtà di cui la figura del datore di lavoro privato non aveva certo bisogno. Il che doveva inevitabilmente comportare una debolezza intrinseca tale, da rendere notevole la distanza fra copione e recitazione, anche quando quest'ultima fosse offerta al meglio. In effetti è l'imprenditore, individuale o collettivo, il tipico datore privato, che risponde al mercato, per quanto possa essere significativo il ruolo del *management*, mentre qui il dirigente/datore di lavoro risponde non ad un mercato che è inesistente, ma ad un vertice politico-istituzionale, che pur dovrebbe essere posto in grado di servirsene onde assolvere il mandato ricevuto per elezione o per nomina sicché, da un lato, come datore deve essere autonomo, dall'altro, come funzionario deve essere soggetto al vertice.

La formula “compromissoria” privilegiata dalla l. n. 421/1992, è stata quella di cui al suo art. 2, co. 1, lett. g), n. 1, della “separazione tra i compiti di direzione politica e quelli di direzione amministrativa”; poi elevata dalla l. n. 59/1997, col suo art. 11, co. 4, a canone fondamentale della seconda stagione di decretazione delegata. Nel corso dell'intero decennio '90, la traduzione di questa formula nel d.lgs. n. 29/1993 è stata novellata più di una volta, per cercare di blindare al meglio la linea di separazione, fino alla sistemazione ora contenuta negli artt. 4 (“Indirizzo politico - amministrativo. Funzioni di responsabilità”) e 14 (“Indirizzo politico amministrativo”) del d.lgs. n. 165/2001. A prescindere dalla efficacia pratica di tale blindatura, tutta basata su un'elencazione tipizzata di chi deve fare che cosa, con una sequenza fra atti di indirizzo ed atti di gestione che si sarebbe rivelata difficile da rispettare, rimaneva aperta una questione importante, cioè la “garanzia” assicurata ad una dirigenza che si voleva autonoma e, conseguentemente, responsabile, *vis-à-vis* del vertice politico-amministrativo legittimato ad indirizzarla. Nell'ambito di un processo espansivo della privatizzazione, ben percepibile nel passaggio dalla prima alla seconda fase - come emblematicamente rappresentato dalla sua estensione alla stessa dirigenza generale - la soluzione trovata è stata quella di distinguere fra stabilità del rapporto dirigenziale, figlio sì di un contratto, ma col diritto a concluderlo solo a capo del candidato uscito vincitore da un procedimento selettivo; e variabilità del rapporto di incarico, frutto anch'esso di un contratto, concluso di volta in volta, ma senza alcun diritto a stipularlo da parte di un eventuale aspirante, essendo il vertice tenuto a rispettare solo un criterio di coerenza fra *curriculum* del prescelto e profilo dell'incarico, senza l'obbligo di comparazione tipico di un concorso.

Qui basta solo richiamare la duplice “carenza” della soluzione in parola: *teorica*, perché introduce due contratti, il primo stabile senza oggetto ed il secondo variabile con l'oggetto, cioè l'incarico, escludendo, fra l'altro, il requisito dell'equivalenza fra due incarichi successivi; *pratica*, perché lo *status* effettivo di un dirigente finisce per essere correlato proprio all'incarico ricoperto, sicché

render questo variabile, sostanzialmente *ad libitum*, vuol dire rendere instabile quel che più lo concerne. Ma tant’è, una scelta “compromissoria” può essere scartata solo allorché se ne trova una migliore; e quella fatta propria dalla privatizzazione di una elencazione tipizzata dei rispettivi poteri di indirizzo e di gestione va valutata anche alla luce della definizione in positivo dell’area dell’autonomia dirigenziale attraverso l’elencazione delle funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali generali e dei dirigenti (artt. 16 e 17 d.lgs. n. 165/2001); nonché della regolamentazione della verifica dei risultati dell’attività svolta e della conseguente responsabilità dirigenziale, se pur distinta in maniera ambigua da quella disciplinare, sì da rendere difficilmente districabile la matassa delle procedure e delle sanzioni (artt. 20-22 d.lgs. n. 165/2001). Ciò costituisce il contenuto del Tit. II (“Organizzazione”), Capo II (“Dirigenza”), che, peraltro, deve essere ricordato si applica solo alle amministrazioni dello Stato, mentre per le altre sono previsti criteri di adeguamento; contenuto, questo, parzialmente novellato dalla l. n. 145/2002, che, sul presupposto di uno spostamento del punto di equilibrio a favore del vertice politico, è intervenuta con uno spruzzo di linguaggio amministrativo, a svuotare il contratto d’incarico, limitandolo al solo trattamento economico, nonché ad aprire il tormentato capitolo dello *spoil system*, poi continuato dal legislatore successivo e “chiuso” dal giudice costituzionale.

Si può, ora, ritornare alla legge delega. L’art.6 (“Principi e criteri in materia di dirigenza pubblica”), al suo comma 1, enuncia quel che intende perseguire, pagando il suo debito tributo a due punti chiave della privatizzazione, cioè l’efficienza, “utilizzando anche i criteri di gestione e di valutazione del settore privato”; e “il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza”, che, però – continua – deve essere applicato “nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell’indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo”. Quest’ultima frase fa presumere la volontà di sfruttare al massimo lo spazio lasciato aperto dal giudice delle leggi per rafforzare il legame “fiduciario” fra *top management* e vertice politico. Fin qui niente di particolare, ma, poi, l’art. 6, co. 2, lett. a) apre l’elenco dei principi di delega con quello relativo all’affermazione della “piena autonomia del dirigente in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane”, che appare un vero rovesciamento rispetto al principio fondamentale di cui all’art. 5, co. 3 d.lgs. n. 165/2001: qui, infatti, si parla di “determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro ... assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”. Se quanto scritto dovesse essere inteso alla lettera, ne seguirebbe una vera e propria “deprivatizzazione”, cioè una controriforma coi fiocchi, sostituendosi alla “capacità e i poteri del privato datore di lavoro”, la “qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico”, con buona pace della stessa giurisprudenza costituzionale rivelatasi del tutto simpatetica alla riforma. Poteri, questi ultimi, con cui, ai sensi della stessa lett. a), nn. 1-3, il dirigente individuerebbe i profili professionali necessari all’ufficio (pare di poter dire nel senso non di sostituirsi al contratto collettivo cui tocca determinarli, ma di richiedere quei profili ritenuti rispondenti al funzionamento dell’ufficio da lui diretto); valuterebbe il personale, con conseguente riconoscimento degli incentivi alla produttività; utilizzerebbe la mobilità ex art. 30 d.lgs. n. 165/2001; nonché, deve essere aggiunto, ex art. 7, co. 2, lett. m) vedrebbe ampliati i poteri disciplinari assegnategli, ricomprensivi, altresì dell’ “erogazione di sanzioni conservative quali, tra le altre, la multa o la sospensione del rapporto di lavoro, nel rispetto del principio del contraddittorio” .

Ora, lo spazio di manovra che così il dirigente guadagnerebbe come datore di lavoro - con un notevole rivolgimento del regime attuale - appare *prima facie* significativo, ma deve essere ridimensionato alla luce del fitto reticolo di vincoli e di comportamenti sanzionati che imprigionano il suo agire, rendendolo burocratico e controvertibile all'eccesso. Secondo una ricognizione approssimativa della legge, come la regolamentazione collettiva a monte, così l'autonomia dirigenziale a valle riesce notevolmente limitata nella provvista e nella gestione delle risorse umane. Dato per scontato che le assunzioni e "le progressioni di carriera avvengano per concorso pubblico", ora ricomprendendovi anche quelle dalla prima alla seconda fascia dirigenziale (art. 5, co. 2, lett. f; art. 6, co. 2, lett. f)), rimane che: 1) i criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi dirigenziali, che quindi si danno per puntuali e vincolanti, sono assoggettati al controllo del Comitato dei garanti (art. 6, co. 2, lett. i)); 2) le progressioni meramente economiche devono aver luogo secondo principi di selettività (art. 5, co. 2, lett. d)); 3) la valutazione del personale, rilevante ai fini della carriera, delle progressioni economiche e delle voci incentivanti deve essere effettuata a cura di organismi dotati di elevata professionalità e piena indipendenza, nel rispetto delle metodologie e degli standard definiti da un "organismo centrale", autonomo ed indipendente (sicché risulta un po' forzata la successiva pretesa "assicurazione della piena autonomia della valutazione, svolta dal dirigente nell'esercizio delle proprie funzioni") (art. 4, co. 2, lett. e)); 4) il ricorso alla mobilità deve avvenire "secondo criteri oggettivi finalizzati ad assicurare la trasparenza delle scelte operate" (art. 6, co. 2, lett. a)); 5) l'esercizio del potere disciplinare diviene obbligatorio (art. 6, co. 2, lett. c ed e; art. 7, co. 2, lett. i)), con un campionario rigido di infrazioni e relative sanzioni (art. 7). C'è da mettere in conto un elevato *out-put* vertenziale, con un notevole sbocco giudiziale che, a prendere sul serio il fatto che il dirigente agisce coi poteri del datore di lavoro pubblico, potrebbe far pensare alla configurabilità di interessi legittimi con riguardo a quanto *sub 1),2),3),4)* da far valere a fronte del giudice amministrativo; solo che, a tranquillizzare, rimane un dato certo, che, cioè, in nessun luogo la delega rimette in discussione il passaggio di giurisdizione come regolato attualmente dall'art. 63 sgg. d.lgs. n. 165/2001, sicché le posizioni soggettive, procedurali e sostanziali, tutelate assurgono a veri e propri diritti soggettivi azionabili di fronte al giudice ordinario. Difatti, la Corte di Cassazione messa di fronte dalla chiara lettera della legge, quale recepita dall'art. 63, co. 1, che attribuisce alla giurisdizione ordinaria "il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale", all'alternativa di riconoscerli quali provvedimenti amministrativi (così configurando una giurisdizione esclusiva per materie, quindi dei diritti e degli interessi) o declassarli ad atti privatistici (così rimanendo fedele alla concezione classica di una giurisdizione dei diritti), ha optato per questa seconda scelta. Non è qui il luogo per mettere in discussione questa interpretazione, se non per sottolineare come questa appaia forzata rispetto ad una lettura sia storica sia sistematica della legge, nonché distonica con riguardo alla crisi del criterio di ripartizione tradizionale, quale basato sulle posizioni soggettive e non sulle materie; ma quel che qui conta è che la Corte di Cassazione ha finito per privilegiare nella qualificazione degli atti contestati proprio la giurisdizione loro riservata, si da qualificarli come privatistici a prescindere dalla provenienza da un soggetto pubblico e dalla forma di provvedimenti amministrativi in virtù dell'essere impugnabili di fronte alla magistratura ordinaria.

Molti vincoli, ma anche molti divieti. A prescindere dagli interventi in tema di retribuzione, finalizzati a rendere selettivo e percentualmente assai significativo il trattamento accessorio (art. 6, co. 2, lett. i e o)) e a favorire la mobilità (art. 6, co. 2, lett. m e n)), c'è un paio di ipotesi sanzionate con la perdita della voce incentivante: la prima in forza di una specifica responsabilità del dirigente

per “omessa vigilanza sull’effettiva produttività delle risorse umane assegnate e sull’efficienza della relativa struttura”; e la seconda in ragione di una responsabilità dell’amministrazione, per la mancata predisposizione di “sistemi di valutazione dei risultati coerenti con i principi contenuti nella presente legge” (art. 6, co. 2, lett. b e p)). Ma il capitolo privilegiato è pur sempre quello che ha avuto il maggior ritorno di consenso a tutt’oggi, cioè il recupero a tutto campo di un sistema sanzionatorio rimasto più o meno lettera morta nel pubblico impiego privatizzato, con a suo bersaglio elettivo il “fannullone”; il che viene realizzato facendo del dirigente il responsabile in prima persona: così se da un lato, si limita “la responsabilità civile dei dirigenti alle ipotesi di dolo e colpa grave, in relazione alla decisione di avviare il procedimento disciplinare”, per non esporli qualora le sanzioni comminate in buona fede risultino illegittime (peraltro con una dizione imprecisa e incompleta, perché non dovrebbe riguardare il mero avvio, ma l’erogazione delle sanzioni, distinguendosi, poi, fra le conservative - di spettanza del dirigente ai sensi dell’art. 7, co. 2, lett. m- ed il licenziamento) (art. 6, co. 2, lett. d)); dall’altro, si prevede che lo stesso dirigente decada dal diritto al trattamento economico accessorio, qualora “senza giustificato motivo non abbia avviato il procedimento disciplinare” (art. 6, co. 2, lett. c)), e, più oltre, *repetita juvant*, che rimanga esposto a sanzioni adeguate sempre per non averlo avviato entro il termine di decaduta o per aver reso in ordine ai fatti contestati “valutazioni irragionevoli o manifestamente infondate” (art. 6, co. 2, lett. e)).

8. Il bastone: l’apparato sanzionatorio

Un *refrain*, questo, destinato ad essere ripreso a piene mani nell’art. 7 (“Principi e criteri in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici”), che, al suo comma 1, si propone di modificare l’art. 55 d.lgs. n. 165/2001, nonché le norme speciali vigenti in materia, ai fini di contrastare “i fenomeni di scarsa produttività e di assenteismo”, con l’esplicita indicazione di individuare le norme da considerarsi inderogabili dai contratti collettivi, ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c. E al riguardo elenca i principi direttivi nel suo co. 2, con un approccio eteronomo a tutto campo, nonché estremamente composito, oscillante fra il “generale” ed il “casistico”. Volendo riportare un po’ d’ordine, c’è anzitutto da considerare il procedimento, cui sono dedicate quattro lettere, che poste in sequenza logica riguardano la previsione del “l’equipollenza” fra affissione e pubblicazione sul sito *web* del codice disciplinare (lett. n)); la semplificazione del procedimento disciplinare e – innovazione importante e pienamente condivisibile - la sua prosecuzione e conclusione “anche in pendenza del procedimento penale” peraltro “stabilendo eventuali meccanismi di raccordo all’esito di quest’ultimo”, importanti, perché se la sanzione applicata viene contestata in giudizio, sorgerà, appunto il problema di un giudicato civile più rapido del giudicato penale, sì da pregiudicare proprio quest’ultimo, che pur dovrebbe a tutt’oggi prevalere circa la sussistenza dei fatti contestati (lett. a e b)); ed infine l’abolizione dei “collegi arbitrali di disciplina, vietando espressamente di istituirli in sede di contrattazione collettiva” (lett. o)). Ma il grosso riguarda le infrazioni, con la previsione di quelle comportanti l’irrogazione del licenziamento, ivi compresi lo scarso rendimento e un duplice comportamento funzionale all’assenteismo, quale l’utilizzo di “attestazioni non veritiere di presenze” e di “certificati medici non veritieri”, entrambi elevati anche a “fattispecie autonoma di reato” (lett. c)).

L’assenteismo, però, si è rivelato un autentico cavallo di battaglia, sicché, dopo averlo contrastato nell’art. 71 l. n. 133/2008, riducendo il trattamento economico dei primi dieci giorni ed obbligando ad una permanenza in casa per tredici ore al giorno, qui, come visto, penalizza l’utilizzazione di documenti falsi, nonché, subito dopo, rilancia “meccanismi rigorosi di controllo”, con in

aggiunta la configurazione di “una responsabilità disciplinare e, se pubblico dipendente, il licenziamento per giusta causa del medico, nel caso in cui lo stesso concorra alla falsificazione di documenti attestanti lo stato di malattia ovvero violi i canoni di diligenza professionale nell'accertamento della patologia”. Il che può piacere moltissimo, ma rivela un eccesso di ingenuità che sconfinata nella demagogia, non perché non vi sia un largo abuso da parte dei medici, peraltro del tutto tributario del sistema del medico di base convenzionato; ma perché la violazione dei canoni di diligenza professionale è estremamente difficile da provare, specie alla luce di un principio di precauzione inevitabilmente attento alla sintomatologia soggettiva del paziente (lett. d)). Così come forzato appare il risarcimento del danno in caso di assenza ingiustificata, che si estenderebbe dall'ovvio recupero della retribuzione corrisposta fino ad un danno all'immagine recuperato dalla giurisprudenza della Corte dei conti (lett. e)).

Dopodiché è tutto un florilegio di previsioni di illeciti, responsabilità e sanzioni, accavallantesi fra loro: la “grave inefficienza e improduttività”, deve comportare “il divieto di attribuire aumenti retributivi di qualsiasi genere” (lett. f)); la “condotta colposa … che abbia determinato la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno” deve configurare un’ipotesi di “illecito civile (lett. g)); il grave danno al normale funzionamento degli uffici di appartenenza per inefficienza o incompetenza professionale” deve trovare a sbocco “il collocamento a disposizione ed il licenziamento” (lett. h)).

Un apparato sovrabbondante, che, però, richiede di essere attivato ed utilizzato: risultato, questo, che il legislatore delegante ritiene di poter ottenere proprio caricandone il peso sul dirigente, che viene esplicitamente destinato a vedersi ampliare i poteri disciplinari riconosciuti a partire dall’erogazione di sanzioni conservative (lett. m)), con un superamento di quel principio di “terzietà interna”, oggi offerta dalla costituzione di un ufficio apposito; ma col correlativo rigido vincolo a procedere. Così - ad ulteriore ripetizione di quanto già detto e ripetuto all’art. 6, co. 2, lett. c) e d) - si vede esposto ad illecito disciplinare anche nell’art. 7, se ed in quanto soggetto responsabile per negligenza “del mancato esercizio o della decadenza dell’azione disciplinare” (lett. i)).

Non solo, perché, dando per scontato che costituisca un illecito disciplinare, gli viene addossata “la responsabilità erariale … in caso di mancata individuazione delle unità in esubero”, cosa che dà proprio l’impressione dell’acuto finale (lett. l)).

Niente da dire, se uno è convinto che oggi ci sia più bisogno del bastone che della carota. Ma per non agitare il bastone a vuoto, cioè sul dirigente perché a sua volta lo usi sul suo personale, bisognerebbe essere un po’ più consapevoli dello spazio in cui lo stesso dirigente è costretto a muoversi, distinguendo a seconda dell’amministrazione, della gerarchia, della collocazione centrale o periferica, della dislocazione; e della difficoltà di gestirlo fra la Scilla del vertice politico e la Cariddi del sindacato, col rischio continuo di un circuito fra l’uno e l’altro interlocutore che si chiuda sulla sua testa. Certo la tutela del dirigente appare rafforzata, perché l’art. 6, co. 2, lett. i) prevede un rafforzamento strutturale e funzionale del Comitato dei garanti “con particolare riferimento 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”. Questo, però, non appare molto coerente rispetto allo spirito dell’intervento, perché tale Comitato ha avuto un ruolo prevalentemente, se non esclusivamente, corporativo, perfettamente riflesso nella sua composizione, tanto da privilegiare quasi sempre la conservazione del rapporto a scapito dell’interesse dell’amministrazione, del tutto vincolata a rispettarne il parere. Estenderne la competenza al conferimento degli incarichi ed addirittura alla

mancata conferma, significa anzitutto subordinare al rispetto di criteri sindacabili non solo il conferimento (oggi vincolato esclusivamente a giudizio di coerenza e congruità fra *curriculum* e incarico) ma anche la mancata conferma (oggi del tutto sprovvista di qualsiasi tutela, a prescindere da quella anti-discriminatoria); ma anche lasciare mano libera ad un organo non tecnico, portato naturalmente ad un compromesso favorevole al dipendente. Eppure c'era un altro modo, quale quello di cui all'art. 4, co. 2, lett. g) per cui si prevede "che i sindaci e i presidenti delle province nominino i componenti dei nuclei di valutazione cui è affidato il compito di effettuare la valutazione dei dirigenti, secondo i criteri e le metodologie stabiliti dall'organismo di cui alla lettera f)", cioè l'"organismo centrale", e che "provvedano a confermare o revocare gli incarichi dirigenziali conformemente all'esito della valutazione". Certo, che siano gli stessi vertici a nominare i componenti dei nuclei che dovranno fare la valutazione da cui dipende la conferma o la revoca non rappresenta l'ideale, ma intanto sono organismi tecnici, che si vogliono indipendenti ed autonomi. E, d'altronde, non si capisce come, essendo la valutazione di tali organismi sempre richiesta, essa debba essere di norma assoggettata ad una successiva verifica da parte del Comitato dei garanti.

Peraltro nulla si dice sul licenziamento: se il Comitato in parola sia competente anche per il licenziamento disciplinare e se tale licenziamento sia assistito dalla tutela reale, come affermato da una recente sentenza della Corte di Cassazione. Certo un ripensamento su una tutela non corporativa è necessario, ma quello di cui ci sarebbe veramente bisogno sta a monte: un'attenzione particolare al rafforzamento del principio della separazione fra indirizzo e gestione; nonché l'effettivo svolgimento dei rapporti contrattuali e partecipativi del sindacato a livello di unità amministrativa, cercando di individuare e delimitare uno spazio organizzativo, lasciato al diritto privato, ma sottratto alla contrattazione, specie se occultata sotto una consultazione od esame congiunto.

Forse sarebbe anche tempo di assicurare alla dirigenza una totale auto-sufficienza sindacale, col rendere obbligatoria una sua organizzazione in sindacati autonomi, non aderenti a Confederazioni aperte a sindacati di non dirigenti; e coerentemente ammettere al tavolo delle trattative solo tali sindacati. Se nel privato, dove i dirigenti non sono equiparati a datori di lavoro, vi sono sindacati e negoziati "esclusivi"; non si vede perché nel pubblico, dove lo sono ve ne debbano essere di "inclusivi". Questo è un lascito di un processo di privatizzazione che è nato da un compromesso fra il Governo ed il movimento confederale, raggiunto a cavallo fra il decennio '80 e '90; ma, per quanto possa comprensibilmente dispiacere al sindacato, che così perde un certo condizionamento del suo interlocutore ufficiale, tutto impone di effettuare uno strappo, per l'evidente conflitto di interessi latente in chi deve duellare con colui che, di dritta o di manca, ha voce sul suo trattamento collettivo.

Non è che il legislatore delegante sia inconsapevole della "stretta" in cui si trova ad operare il dirigente, fra il martello del vertice e l'incudine del sindacato, come affiora qua e là, fino a trovare sintetica espressione nell'art. 6, co. 2, lett. m), qui, parlando al tempo stesso di incompatibilità e di autonomia della dirigenza, sì da rendere la lettura un tantino complicata, afferma che quest'ultima va rafforzata "rispetto alle organizzazioni rappresentative dei lavoratori e all'autorità politica". Ma, qui, la strada che il legislatore delegato dovrà percorrere resta assai lunga.

9. La carota: la premialità

Proseguendo nel discorso metaforico, vien naturale osservare come non sia previsto solo il bastone, ma anche la carota, quale costituita dalla disciplina di cui all'art. 5 ("Principi e criteri finalizzati a definire il merito e la premialità"), che oscilla fra due estremi: quello pubblicistico, che

riconosce grande importanza alla resa meritocratica del principio di concorsualità, che permetterebbe di promuovere i migliori; e quello privatistico, che attribuisce grande rilevanza al resa efficientista del principio di incentivazione, che consentirebbe di premiare i più produttivi. Il che è quanto è scritto, pur in modo non lineare, nell'art. 5, co. 1, circa la finalizzazione della delega in materia: "introdurre ... strumenti di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa, secondo le modalità attuative stabilite dalla contrattazione collettiva, anche mediante l'affermazione del principio di selettività e di concorsualità nelle progressioni di carriera e nel riconoscimento degli incentivi". In modo non lineare, si è detto, perché al contrario di quanto pare, il richiamo al contratto collettivo non vale certo per le progressioni di carriera, ma per le progressioni economiche e per i trattamenti accessori; ed anche qui lo spazio lasciatogli appare ridotto – meramente attuativo- rispetto a quello che gli era riservato con riguardo ai "trattamenti economici" dagli artt. 2, co. 3, 24, 45 d.lgs. n. 165/2001.

Al principio della concorsualità sono ispirate tre lettere. Le lett. e) e f) che si preoccupano di assicurare sistemi idonei a permettere l'accesso dall'esterno ai vari passaggi di carriera, evitando che questi siano riservati solo al personale già in servizio, secondo l' insegnamento dello stesso Giudice delle leggi: così la lett. f) prescrive, in generale, che "le progressioni di carriera avvengano per concorso pubblico, limitando le aliquote da destinare al personale interno ad una quota comunque non superiore al 50 per cento"; e la lett. e), in particolare, che sia determinata "una riserva di accesso dall'esterno alle posizioni economiche apicali nell'ambito delle rispettive aree funzionali, anche tramite un corso-concorso bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione". Mentre, a compensazione, la lett. b) valorizza l'anzianità di servizio meritevole proprio ai fini della carriera, prevedendo che "la valutazione positiva...in un congruo arco temporale costituisca un titolo rilevante ai fini della progressione in carriera e dei concorsi riservati al personale interno".

Al principio dell'incentivazione sono riferibili altre quattro lettere. Di queste due hanno carattere chiaramente individuale, con una accentuazione della loro selettività, a contrastare la tendenza ai premi a pioggia e le promozioni economiche di massa: per la lett. a) si devono "stabilire percentuali minime di risorse da destinare al merito e alla produttività, previa valutazione del contributo e del rendimento del singolo dipendente formulati in relazione al risultato" proprio al fine, come subito specificato, di evitare "la corresponsione generalizzata ed indifferenziata di indennità e premi incentivanti a tutto il personale"; e per la lett. d), si deve "stabilire che le progressioni economiche avvengano secondo principi di selettività". Delle due ultime lettere, destinate ad incentivare i processi di razionalizzazione e di innovazione, la lett. c) ha sicuramente carattere collettivo, prevedendo la destinazione "al personale coinvolto nei processi di ristrutturazione e razionalizzazione, parte delle economie conseguite con risparmi sui costi di funzionamento in proporzione ai risultati conseguiti dalle singole strutture amministrative", mentre, a quanto è dato capire, la lett. g) potrebbe avere sia carattere individuale che collettivo, dipendendo dai "progetti innovativi che ampliano i servizi al pubblico, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo" la determinazione di "specifici e ulteriori criteri premiali per il personale coinvolto".

Niente di nuovo sotto i cieli, anzi tutto di maledettamente vecchio. Se esiste ormai una pluridecennale esperienza negativa circa la diffusione e l'effettività della retribuzione incentivante, individuale o collettiva, ciò non trova certo la sua ragione in una carenza normativa. Risalendo dalla causa più profonda a quella meno, la diffusa resistenza alla retribuzione incentivante trova la sua terra eletta proprio nella pubblica amministrazione, per la composizione e la formazione della

forza lavoro occupata, che si attende il tradizionale *trade-off* fra un orario ed uno sforzo contenuto, da un lato, ed un posto ed un reddito stabile, dall'altro. Non senza la benedizione di una organizzazione sindacale, che per quanto composita, si sente sì divisa a seconda delle categorie o componenti rappresentate, ma tendenzialmente unita nel considerare una voce variabile, rimessa ad una presunta misurazione oggettiva e gestita dalla dirigenza, come pericolosa, fonte di divisione se non di discriminazione; e non senza la consapevole tolleranza di una dirigenza, poca educata culturalmente e tecnicamente ad utilizzare la leva retributiva per la gestione della risorse umane.

Meno profonda, ma rilevante una volta messasi per quella strada, è la problematica relativa alla misurazione della "produttività" nella pubblica amministrazione, con una banda di difficoltà che va dal massimo registrabile presso un'entità esercente una funzione pubblica al minimo di una erogante prestazioni. Era ed è, per dire la verità, collegata, poi, alle altre successive, della conversione della crescita della produttività in voce incentivante variabile, fissandone la percentuale rispetto alla retribuzione; nonché della effettiva applicazione selettiva.

10. Valutazione e trasparenza: l' "organismo centrale" e la *class action*

Del fatto che occorra a monte una valutazione percepibile come oggettiva, per l'autorevolezza di chi ne elabora la metodologia e ne controlla l'applicazione, ne è pienamente consapevole il legislatore delegante, che vi dedica il più corposo ed innovativo dei suoi articoli, il 4, che si rivela tale già nella sua lunga e pregnante rubrica "Principi e criteri in materia di valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni pubbliche e di azione collettiva. Disposizioni sul principio di trasparenza nelle amministrazioni pubbliche", che riprende la strada anticipata, quasi un anno fa, dal progetto di legge presentato da Pietro Ichino, Tiziano Treu e altri (d.d.l. 5 giugno 2008 n. 746) su "Norme in materia di trasparenza e valutazione dell'efficienza e del rendimento delle strutture pubbliche e dei loro dipendenti". L'*aliquid novi* è costituito dal collocare la tradizionale valutazione del personale all'interno di una disciplina complessa, che, stando allo stesso art. 4, co. 1, la collega alla valutazione delle strutture, "al fine di assicurare elevati *standard* qualitativi ed economici dell'intero procedimento di produzione del servizio reso all'utenza tramite la valorizzazione del risultato ottenuto dalle singole strutture", e la dota di un'articolata e sofisticata strumentazione: 1) la costituzione di un organismo centrale, investito, *in primis*, della fissazione dei parametri di efficienza produttività; 2) la introduzione, per le amministrazioni che, assumendo quei parametri, risultino discostarsi "in maniera significativa ... dai valori medi ... rilevati tra le amministrazioni omologhe rientranti nel 25 per cento delle amministrazioni con i rendimenti più alti", di un obbligo a porre quale obiettivo che i propri dirigenti dovranno tenere presente nello svolgimento della loro attività, quello di un "allineamento entro un termine ragionevole ai parametri deliberati dal citato organismo centrale"; 3) "l'attivazione di canali di comunicazione diretta utilizzabili dai cittadini per la segnalazione di disfunzioni di qualsiasi natura"; 4) la previsione di "mezzi di tutela giurisdizionale degli interessati nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli *standard*".

Ad un primo giudizio, l'insieme appare convincente, sia per quanto attiene all'organismo centrale, che dovrebbe se non risolvere, certo ridimensionare il problema degli standard e degli indicatori di efficienza e di produttività da assumere a referenti per la valutazione delle strutture e dei dipendenti; sia per l'obiettivo dell'"allineamento" dei rendimenti delle pubbliche amministrazioni, che, peraltro, viene prudentemente rimesso ad un generico "tempo ragionevole"; sia, infine e

soprattutto, per l'aver elevato a protagonista il controllo sociale degli utenti, rendendogli disponibile l'informazione e l'interazione per via digitale e la tutela per via giudiziaria. Verrebbe da dire, la scoperta dell'uovo di Colombo, che, cioè, il fiato sul collo del "mercato" può essere avverso così come nel privato anche nel pubblico: solo che là il giudizio negativo è immediatamente sanzionato in termini di ritorno economico; qui, invece, richiede che sia apprestato tutto un meccanismo *ad hoc*, per farlo emergere e contare.

Passando ai principi direttivi di cui all'art. 4, co. 2, merita di essere anticipata la lett. f), che regola quello che può essere considerato il perno dell'intero sistema, se pur indicato semplicemente e genericamente come "organismo centrale", di cui si dice quel tanto necessario al suo stesso esistere, cioè che deve essere "in posizione autonoma e indipendente", rimanendo per il resto nel vago: previsto "nell'ambito del riordino dell'Aran" e operante in collaborazione con i due Dipartimenti della Ragioneria generale dello Stato e della funzione pubblica, nonché "eventualmente in raccordo con altri enti o istituzioni pubbliche". La sua funzione si esercita su un'area assai ampia, cioè quella di "indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione, di garantire la trasparenza dei sistemi di cui alle lettere a) e b), di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale"; e la sua struttura si articola su una testa formata da non più di cinque componenti nominati per sei anni, la cui competenza ed autonomia dovrebbe essere assicurata dai *curricula* (elevata professionalità, comprovate competenze in Italia e all'estero, assenza di conflitti di interesse) e dalla procedura (dpr, previa delibera del Consiglio dei Ministri), nonché "previo parere favorevole delle competenti Commissioni parlamentari, espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti". Niente da dire sulla "testa", ma qualcosa sul corpo e sul funzionamento della struttura, di cui non si parla se non indirettamente, dato che al successivo co. 3, si autorizza "la spesa massima di 2 milioni di euro per l'anno 2009 e di 4 milioni di euro a decorrere dal 2010, compresi i compensi ai componenti"; perché se così è, il tutto risulterà alquanto ridimensionato rispetto all'ambizioso progetto.

I sistemi di cui l'"organismo centrale" deve "garantire la trasparenza", a' sensi delle richiamate lett. a) e b), sono quelli "diretti a rilevare ... la corrispondenza dei servizi e dei prodotti resi ad oggettivi *standard* di qualità, rilevati anche a livello internazionale", da individuarsi "anche mediante ricognizione e utilizzo delle fonti informative anche interattive esistenti in materia, nonché il coinvolgimento degli utenti" (lett. a)); e, rispettivamente, quelli costituti di "indicatori di produttività e di misuratori della qualità del rendimento del personale, correlato al rendimento individuale ed al risultato conseguito dalla struttura", da determinare anche tramite un confronto annuale fra obiettivi proposti e risultati conseguiti, di cui assicurare "la pubblicità ai cittadini"(lett. b)). Questa caratteristica pragmatica e partecipativa della costruzione dei parametri di giudizio e dei percorsi di miglioramento, è presente anche nelle due successive lettere c) e d), che riguardano "l'organizzazione di confronti pubblici annuali sul funzionamento e sugli obiettivi di miglioramento di ciascuna amministrazione", aperti ai vari interessati e debitamente pubblicizzati; e, rispettivamente, l'adozione, negli strumenti annuali di programmazione, gestione e controllo, di indicatori di andamento gestionale comuni a più amministrazioni pubbliche, al fine di consentire la comparazione di prestazioni omogenee rese previamente confrontabili.

Qui siamo un po' scesi ancora a livello di programmi o progetti operativi; e troviamo, ad un livello inferiore, i progetti ministeriali di cui al successivo co. 3, lett. a-d, in tema di predisposizione, diffusione, utilizzazione di metodiche di valutazione. Ma il nostro co. 2, lett. e) ci riporta rapidamente in quota, passando dalla valutazione delle strutture a quella del personale: vi è previsto il

riordino degli "organismi che svolgono funzioni di controllo e di valutazione del personale, secondo precisi criteri, cioè estensione della valutazione a tutto il personale, nonché ai "comportamenti organizzativi dei dirigenti"; "definizione di requisiti di elevata professionalità ed esperienza dei componenti degli organismi di valutazione"; "assicurazione della piena indipendenza e autonomia del processo di valutazione, nel rispetto delle metodologie e degli standard" definiti dal già visto "organismo centrale".

Un autentico salto di qualità è rappresentato dalla lett. I), capoverso e nn. 1-7, che intende introdurre una *class action*, riconoscendo "ad ogni interessato", ivi compresi "associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati" il diritto di agire di fronte al giudice amministrativo, dotato di "giurisdizione esclusiva e di merito", "nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici ... se dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori". Il legislatore, peraltro, è ben consapevole di rendere di uso comune uno strumento tanto efficace quanto pericoloso, per il prevedibile ingolfamento dei Tar e per il probabile impatto paralizzante sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, per cui lo priva di qualsiasi "incen-tivo economico", stabilendo l' "esclusione del risarcimento del danno, per il quale resta ferma la disciplina vigente", cioè correlata al danno prodotto dalla lesione di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo, accertabile dal giudice amministrativo e, rispettivamente, ordinario. Ma è, poi, prevista una condizione generale di ammissibilità, costituita da una diffida all'ente interessato ad uniformarsi agli standard, nel termine legislativamente previsto; nonché una strumentazione da definire per impedire o bloccare l'azione, laddove un'autorità indipendente od un organismo di vigilanza e controllo abbiano già avviato in merito una procedura di loro competenza. Se, poi, nel perdurare della situazione denunciata, la vicenda giudiziaria procede, essa può concludersi con un ordine di mettersi in regola; e, in caso di sua inosservanza, con la nomina di un commissario. Non senza una coda della sentenza definitiva, affatto scontata data l'aria che circola nella legge delega, cioè l'individuazione delle "eventuali responsabilità disciplinari e dirigenziali" (mi sembra l'unica sede della legge delega in cui si parla della duplice responsabilità, disciplinare e dirigenziale, ma se sopravviverà, sarà bene chiarirne la reciproca portata).

Con insistenza crescente, il legislatore ritorna sulla trasparenza della pubblica amministrazione, da trasformare in una vera e propria casa di vetro: sempre all'art. 4, al co. 2, lett. h) parla di "assicurare la totale accessibilità dei dati relativi ai servizi resi dalla pubblica amministrazione operati da ciascuna amministrazione", utilizzando la rete *internet*, procedendo al confronto periodico fra valutazioni effettuate dall'interno e dall'esterno delle pubbliche amministrazioni, adottando, con metodo partecipativo, un programma triennale per la trasparenza. Fino ad arrivare, al co. 6 e 7 dello stesso articolo a qualificare "la trasparenza... livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a norma dell'art. 117, secondo comma, lett. m) della Costituzione" (co. 6), definendola come "accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti *internet* delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni..., allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità" (co. 7); nonché a fare, nel successivo co. 8, del "la massima trasparenza" l'obiettivo di ogni pubblica amministrazione. Niente male, si fa per dire, ma c'è in chiusura una sorta di botto finale, perché, nel co. 9 sempre

dell'art. 4, si novella l'art. 1, co. 1 d.lgs. n. 196/2003, con l'aggiunta di un periodo conclusivo, "Le notizie concernenti lo svolgimento delle prestazioni di chiunque sia addetto ad una funzione pubblica e la relativa valutazione non sono oggetto di protezione della riservatezza personale", lasciando aperto l'interrogativo di chi si debba ritenere "addetto a funzioni pubbliche".

A prima impressione è che ad una chiusura totale si voglia sostituire un'apertura totale: all'oscurità deprimente di ieri, la luce accecante di domani. Ma, forse qui più che altrove, è possibile cogliere un difetto di misura e di gradualità, che rende la legge delega percorsa da una voglia del tutto e subito, che, cosa ben nota, è slogan assai più caro al 'rivoluzionario' che al 'riformista'; tanto più che la legge più cambia e meno cambia, perché la velocità dei precetti è infinitamente superiore a quella degli uomini che vi si devono adeguare. Ed è cosa auspicabile ed opportuna che la decretazione delegata restituisca misura e gradualità.

11. La vicedirigenza inesistente. La chiamata in causa del CNEL e della Corte dei conti

En passant, il legislatore confeziona un contentino per il movimento confederale, che non è mai riuscito a digerire l'istituzione della vice-dirigenza *ex art. 17-bis* d.lgs. n. 165/2001, tanto da rifiutarsi di dargli cittadinanza nella contrattazione di comparto, nonostante la chiara lettera della legge. Ne è seguita una diffusa domanda per via giudiziaria contro i Ministeri interessati per l'attribuzione *ex lege* di questa "categoria", a prescindere dalla regolazione collettiva, che, per quanto in prevalenza respinta, restava a tutt'oggi rischiosa, visto come la Corte di Cassazione aveva risolto la questione del tutto simile creata dalla l. n. 190/1985 sui quadri. Sicché, volendo dare una mano, restava un'alternativa, fra sopprimere la vice-dirigenza o farla dipendere *in toto* dalla contrattazione, per la sua esistenza ancor prima che per la sua disciplina. Esclusa la prima scelta - che pur sarebbe sembrata la più coerente e funzionale - perché la vice-dirigenza era stata un'invenzione del precedente Governo Berlusconi, per compensare la mancata introduzione dei quadri nel settore pubblico; restava la seconda, effettivamente percorsa con l'ormai classica misura dell'interpretazione autentica, usata ed abusata per legare le mani alla magistratura rispetto a processi iniziati od iniziandi, sempre che non già conclusi con giudicati. Così l'art. 8, co. 1 interpreta, ma in realtà riformula, l'art. 17-bis, nel senso che la vice-dirigenza viene ad esistenza solo in ragione di una "specifica previsione costitutiva" della contrattazione di comparto. Non occorre spendere parole per segnalare la scorrettezza costituzionale di una simile prassi, almeno quando lo Stato legislatore interviene, a coprire lo Stato-apparato amministrativo, come d'altronde rilevato dalla stessa Corte di Cassazione, sollevando un'eccezione a fronte del Giudice delle leggi in un caso simile. Ma si deve aggiungere che tale scorrettezza è aggravata dal riconoscere alla contrattazione collettiva la facoltà di istituire una "categoria", che riveste una precisa rilevanza organizzativa, dato che legittima a sostituire la dirigenza e che, a stare a certa giurisprudenza, richiede una previa prova selettiva; nonché dall'assenza di qualsiasi scadenza per la sua "costituzione" ad opera della stessa contrattazione. Vien da assimilarla alla condizione meramente potestativa di cui all'art. 1355 c.c., che, come noto, rende nulla l'obbligazione rimessa alla mera volontà del debitore.

Esaurito il diversivo, il legislatore, negli artt. 9 e 10 – ad effetto immediato - coinvolge due dei tre "organi ausiliari" del Governo, il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e la Corte dei conti. Il primo viene gratificato con un articolo tutto suo, che niente aggiunge a quel che già fa o può fare, sicché l'usuale avvertimento che deve contare solo sulle sue risorse appare perlomeno pleonastico: redigere una relazione per il Parlamento e per il Governo, curare un archivio della

contrattazione nazionale e decentrata, promuovere lo svolgimento di una conferenza annuale. La seconda, invece, è chiamata in causa non nella sua funzione tipica di ultimo "gendarme" dei conti pubblici; ma in quella peculiare di garante dello svolgimento regolare e tempestivo di "gestioni statali", che, ovviamente, finisce per avere riflessi sugli stessi conti pubblici.

A dire il vero, l'art. 10 appare 'fuori tema' perché i co. 7 e 8 attuano una riorganizzazione della Corte dei conti, che, a prima lettura, sembra scritta su richiesta del suo Presidente, tanto ampia è la competenza riconosciutagli a scapito del Consiglio di Presidenza. Mentre il co. 2, ricollega all'attività di controllo svolta dalla Corte "su gestioni pubbliche statali in corso di svolgimento", anche su richiesta delle competenti Commissioni parlamentari, due ipotesi distinte di stimolo all'intervento del Ministro: nel caso in cui accerti "gravi irregolarità gestionali, ovvero gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione stabiliti da norme nazionali o comunitarie, ovvero da direttive del Governo", ne comunica la causa - accertata in contraddittorio con l'amministrazione- al Ministro, il quale potrà "disporre la sospensione dell'impegno di somme stanziate sui pertinenti capitoli di spesa"; nel caso in cui evidenzi "rilevanti ritardi nella realizzazione dei piani e programmi, nell'erogazione dei contributi ovvero nel trasferimento di fondi", ne segnala la ragione – sempre verificata in contraddittorio con l'amministrazione coinvolta- al Ministro competente – che può intervenire a sospendere o a bloccare il decorso del termine di sessanta giorni, entro cui l' amministrazione dovrebbe altrimenti "rimuovere gli impedimenti".

Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da “unicità di impresa”*

Orsola Razzolini

| | |
|--|-----|
| 1. Emersione e uso del criterio dell’“unicità di impresa” nella giurisprudenza. | 201 |
| 2. Le nozioni giuscommercialistiche di impresa e “impresa di gruppo”. | 206 |
| 3. Conseguenze della connessione dei rapporti di lavoro all’impresa di gruppo sotto il profilo dell’individuazione del datore di lavoro. | 211 |
| 4. (Segue) La soluzione della contitolarità della posizione di datore di lavoro. | 215 |
| 5. Applicazioni di tale soluzione. | 221 |
| 6. Assonanze e divergenze con il diritto commerciale. | 225 |
| 7. Riferimenti bibliografici | 227 |

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 89/2009

1. Emersione e uso del criterio dell'“unicità di impresa” nella giurisprudenza.

Il tema dei gruppi di imprese⁵⁷⁹, solo lacunosamente considerato nella legislazione⁵⁸⁰, è da diversi anni oggetto del dibattito della giurisprudenza e della dottrina lavoristica, sollecitato specialmente dall'esigenza di individuare ed elaborare strumenti maggiormente idonei a fornire del particolare fenomeno del gruppo caratterizzato da un'impresa unica un'adeguata regolazione.

L'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003 ha di recente ribadito la regola tradizionale per cui nei gruppi di imprese, l'eventuale profilarsi di un' “unicità di impresa” è un fenomeno meramente economico, che non rileva sul piano giuridico. Per contro, su questo piano viene in rilievo una pluralità di imprese: tante quante sono le società facenti parte del gruppo⁵⁸¹. In questa visuale, che vi sia unicità di impresa dal punto di vista economico e pluralità di soggetti dal punto di vista giuridico non costituisce un'antinomia. Salvo talune eccezioni, di cui si darà conto nel prosieguo⁵⁸², l'unicità di impresa resta confinata nell'area della irrilevanza giuridica e non scalfisce la regola generale, di matrice giuscommercialistica, della formale separazione soggettiva fra le società facenti parte del medesimo gruppo⁵⁸³.

La giurisprudenza lavoristica ha tuttavia individuato nel tempo una serie di temperamenti a questo modello legislativo.

Già agli inizi degli anni ottanta, si riteneva che l'impresa unica sottostante al gruppo dovesse acquistare rilevanza giuridica quando si configurava una frode alla legge. Ciò era in particolare affermato quando si dimostrava che una stessa attività di impresa era stata frammentata fra più società, separate sul piano formale, ma non sul piano sostanziale, al precipuo scopo di far venire meno i presupposti di applicazione di tutele di carattere imperativo e specialmente il requisito occupazionale selettivo della tutela reale del posto di lavoro (artt. 18 st. lav., l. n. 223 del 1991)⁵⁸⁴. La repressione della frode si otteneva attraverso la disapplicazione della regola della formale

⁵⁷⁹ Con l'espressione “gruppo di imprese” si intende qui indicare sia il fenomeno dell'integrazione verticale di tipo contrattuale fra imprese individuali, sia il fenomeno dell'integrazione verticale di tipo azionario o contrattuale fra società, essendo le società delle imprese esercitate collettivamente. Quest'ultimo fenomeno, assai più frequente rispetto al primo, viene sovente citato nel diritto commerciale come “gruppo di società”. Nel prosieguo del lavoro, i costanti riferimenti alla dottrina, alla giurisprudenza e alla normativa giuscommercialistica richiederanno spesso di utilizzare, accanto al termine “gruppo di imprese”, il termine “gruppo di società”, intesi ciascuno nel significato poc'anzi precisato.

⁵⁸⁰ Nel diritto del lavoro pochissime norme si riferiscono al fenomeno dei gruppi. Si possono menzionare gli articoli 4, c. 15-bis, l. n. 223 del 1991 e 47, c. 4, l. n. 428 del 1990, che prendono in considerazione, tuttavia, non il fenomeno del gruppo in senso stretto, bensì i rapporti di controllo societario, di cui all'art. 2359 c.c. Tali norme prescrivono che l'inadempimento dell'imprenditore degli obblighi di informazione, consultazione ed esame congiunto nei confronti delle rappresentanze sindacali aziendali o unitarie, non può trovare giustificazione nella mancata trasmissione delle necessarie informazioni da parte dell'impresa controllante che abbia assunto la decisione di aprire la procedura. Di “gruppo” si parla solo nel d.lgs. n. 74 del 2002, relativo all'istituzione di un comitato aziendale europeo nelle imprese o nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, e nell'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003.

⁵⁸¹ Tale norma, che porta la rubrica “gruppo di impresa”, attribuisce ai rapporti di collegamento e di controllo societario, di cui all'art. 2359 c.c. e all'art. 3, d.lgs. n. 74 del 2002, una rilevanza giuridica limitata a consentire la delega alla società capo-gruppo degli adempimenti relativi all'amministrazione dei rapporti di lavoro. Detti rapporti non rilevano invece al fine «dell'individuazione del soggetto titolare delle obbligazioni contrattuali e legislative in capo alle singole società datrici di lavoro» (art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003). Per il commento a tale disposizione v. Galgano, 2004; Maresca, 2004, 345 ss.; Rondinone, 2004, 449 ss.; Miola, 2004; Pinto, 2005, 121 ss.; Scognamiglio G., 2007, 465 ss.; Lunardon, 2007, 2085 ss.

⁵⁸² V. *infra* § 2.

⁵⁸³ V., in generale, Campobasso, 2004, 77 ss.

⁵⁸⁴ V. fra le prime, Cass. 29.4.1974 n. 1220, Fl, 1974, I, 1616; Cass. 2.7.1981 n. 4313, GC, 1983, II, 43; Cass. 9.11.1992 n. 12053, Fl, 1993, I, 2245 ss., con nota di Meliadò; Rudan, 1991, 117.

separazione soggettiva fra le società facenti parte del gruppo, che venivano considerate alla stregua di un “complesso aziendale unitario” o di un “centro unitario di imputazione dei rapporti di lavoro”, seppure ai limitati effetti del computo del requisito numerico selettivo della tutela reale del posto di lavoro⁵⁸⁵.

L’orientamento descritto ha subito un’evoluzione significativa nella giurisprudenza più recente. La regola della formale separazione soggettiva viene oggi disapplicata ogni qualvolta si dimostri la sussistenza di circostanze di fatto rivelatrici dell’unicità di impresa sottostante al gruppo, a prescindere dall’indagine sull’intenzione fraudolenta delle parti⁵⁸⁶. Dette circostanze o indici di fatto, sul cui significato si indagherà nel prosieguo⁵⁸⁷, sono in particolare: «a) l’unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) l’integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il relativo interesse comune; c) un coordinamento tecnico amministrativo e finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) l’utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore di vari imprenditori»⁵⁸⁸. Per questa giurisprudenza, la questione della finalità fraudolenta del fenomeno del gruppo perde terreno. Al fine di computare il requisito numerico selettivo della tutela reale del posto di lavoro sulla base dell’“unicità di impresa”, è sufficiente accertare che, nel caso concreto, ne sussistano i citati indici di fatto denotativi⁵⁸⁹.

Sulla scia di quest’orientamento, il criterio dell’unicità di impresa è stato sperimentato anche in ipotesi contigue a quella dei limiti dimensionali, al fine di soddisfare esigenze regolative, piuttosto che repressive, relegando sempre più sullo sfondo la prospettiva della frode alla legge.

Si consideri il caso del licenziamento per motivi oggettivi e dell’obbligo di ripescaggio. In diverse decisioni la giurisprudenza ammette (seppure molto spesso per *obiter dicta*) che, se sussistono gli elementi di fatto considerati denotativi dell’unicità di impresa, al fine di valutare il corretto adempimento dell’obbligo di ripescaggio, non è sufficiente riferirsi alla singola impresa della quale il datore di lavoro è formalmente titolare. Occorre per contro verificare l’impossibilità di

⁵⁸⁵ Tale orientamento perdura tutt’oggi, seppure con alcune significative modifiche di cui si darà conto subito dopo. Si citano qui di seguito alcune delle decisioni che, dagli anni ottanta ad oggi, risultano informate alla descritta impostazione: Cass. 18.4.1986 n. 2756, Fl, 1987, I, 1847; Cass. 27.2.1995 n. 2261, NGL, 1995, 381; Cass. 1.4.1999 n. 3136, NGL, 1999, 467; Cass. 10.11.1999 n. 12492, RGL, 2001, 49; Cass., 24.3.2003 n. 4274 OGL, 2003, I, 166 e RIDL, 2003, II, 740; Cass. 14.11.2005 n. 22927, Fl Mass., 2005, 1953; Cass. 15.5.2006, n. 11107, RGL, 2007, II, 440; P. Pozzuoli 13.1.1995, DL, 1995, I, 276; P. Modugno 19.1.1996, Giurisprudenza pugliese, 1995, p. 151; P. Nola-Acerra 6.8.1997, RCDL, 1998, 170; P. Milano 19.1.1998, RIDL, 1998, II, p. 728; T. Milano 24.4.1998, *ivi*, 1998, II, 729; A. Milano 21.6.2006, OGL, 2006, 549. V. anche, Cass. 9.11.1992, n. 12053, NGL, 1993, 339 e Fl, 1993, I, 2245, con nota di Meliadò. Per un’attenta disamina della giurisprudenza richiamata, Guaglione, 1991; Rudan, 1991; Meliadò, 1993; Tussino, 2004. Il meccanismo giurisprudenziale descritto viene impiegato anche con riferimento ai cosiddetti gruppi contrattuali. Con particolare riguardo al *franchising*, si rinvia a T. Milano 25.6.2005, in RGL, 2006, 97 e, nel Regno Unito, a *Harrods Ltd. v. Remick* [1997] IRLR 583 (CA).

⁵⁸⁶ V. specialmente Cass. 24.3.2003, n. 4274, cit. a nt. 7, spec. 747-748. Questo modo di procedere della giurisprudenza viene spesso giustificato attraverso il richiamo ad una concezione oggettiva, anziché soggettiva, di frode alla legge. In questo senso, tra le più recenti, Cass. 14.11.2005 n. 22927, cit. a nt. 7; Cass. 15.5.2006 n. 11107, cit. a nt. 7; T. Milano 25.6.2005 cit. a nt. 7; A. Milano 21.6.2006 cit. a nt. 7; Magrini, 1998, 485; Tussino, 2004, 776.

⁵⁸⁷ V. *infra* §§ 2 e 3.

⁵⁸⁸ V. la giurisprudenza citata a nt. 7.

⁵⁸⁹ Questo ragionamento si evidenzia in particolare in Cass. 24.3.2003 n. 4274, cit. a nt. 7, 747-748.

impiegare il lavoratore in mansioni equivalenti nell'ambito dell'impresa unica riferibile al gruppo⁵⁹⁰. In qualche ipotesi, la giurisprudenza si informa a questa impostazione anche al fine di accertare l'effettiva esistenza di esigenze tecniche, organizzative e produttive, in vista ed entro i limiti delle quali si giustifica l'esercizio del potere di recesso da parte del datore di lavoro⁵⁹¹. La medesima argomentazione viene inoltre svolta per considerare l'impresa unica il «centro di imputazione delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative costituenti il criterio di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità» (art. 5, l. n. 223 del 1991)⁵⁹².

L'uso del criterio dell'unicità di impresa a fini regolativi viene poi in particolare evidenza nelle decisioni in materia di distacco del lavoratore nei gruppi di società.

Come noto, l'elemento che caratterizza il distacco è rappresentato per la giurisprudenza (ancora prima che venisse introdotta una definizione legislativa della fattispecie per il settore privato) dall'esistenza di un concreto e rilevante interesse del datore di lavoro a che la prestazione lavorativa venga eseguita presso un soggetto terzo. Così, si configura un distacco in senso proprio quando la società datrice di lavoro trasferisce un dipendente presso un'altra società, appartenente al medesimo gruppo, per soddisfare un proprio concreto interesse. In quest'ipotesi, il rapporto di lavoro non è sospeso, bensì continua in termini inalterati senza liberare l'originaria datrice di lavoro dei relativi obblighi e responsabilità⁵⁹³.

Ora, secondo un consolidato orientamento, la sussistenza in capo alla società distaccante di un concreto interesse al distacco del proprio dipendente presso la consociata emerge chiaramente ogni qualvolta fra la prima (nella generalità dei casi una *holding*) e la seconda intercorra un legame commerciale di intensità tale «da costituire fra le stesse un complesso unitario»⁵⁹⁴ o in altre parole da configurare l'esistenza di un'unicità di impresa. Se c'è unicità di impresa, infatti, c'è anche una strategia comune in vista della cui realizzazione le singole società, e in particolare la *holding*, hanno interesse a favorire la circolazione e lo scambio dei propri dipendenti all'interno del gruppo⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ V. P. Milano 2.8.1995, RCDL, 1995, 1050; P. Roma 28.11.1995, RGL, 1996, II, 43; Cass. 16.5.2003, n. 7717, OGL, 2003, spec. 415; Cass. 6.4.2004 n. 6707, <http://www.giuffrè.it/Riviste/FI>; Cass. 10.5.2007 n. 10672, RIDL, 2007, II, spec. 1001. V. anche, per alcuni accenni in questo senso, Cass. 24.3.2003, n. 4274, cit. a nt. 7. In dottrina, cfr. De Simone, 1995, 249 ss.; Del Punta, 1998, 699 ss.; Carinci M. T., 2005, 132 ss.; Zoli, 2008, 49-50 e 53. In senso contrario, v. Cass. 28.8.2003 n. 12645, <http://www.giuffrè.it/Riviste/FI>. Con riferimento al Regno Unito, è di un certo interesse riportare il contenuto dell'*Employment Rights Act (ERA)* del 1996, section 115, che, fra i rimedi previsti nell'ipotesi di *Unfair Dismissal*, stabilisce che il giudice possa ordinare il *re-engagement* del lavoratore nei confronti del datore di lavoro o anche nei confronti dell'*associated employer*, la cui definizione è contenuta nella successiva section 231 (sulla quale v. *infra* § 5).

⁵⁹¹ V. Cass. 16.5.2003 n. 7717, cit. a nt. 12; Cass. 6.4.2004 n. 6707, cit. a nt. 12; P. Milano 2.8.1995, cit. a nt. 12; P. Roma, 28.11.1995 cit. a nt. 12. V. Del Punta, 1998, 699 ss.; Carinci M. T., 2005, 132 ss.

⁵⁹² Così Cass. 24.3.2003 n. 4274, cit. a nt. 7, 747. Lo ammette inoltre implicitamente, seppure non al fine della soluzione del caso di specie, Cass. 9.9.2003 n. 13182, <http://www.giuffrè.it/Riviste/FI>; T. Roma 21.12.2001, GI, 2001, I, 1, 84 ss., con nota di Palone.

⁵⁹³ V. Cass. 6.10.1991 n. 10556, RIDL, 1992, II, 936 ss., qui 939, con nota di Nogler, 1992b.

⁵⁹⁴ Così Cass. 26.5.1993 n. 5907, GI, 1996, I, 1, 860, con nota di Pacchiana Parravicini.

⁵⁹⁵ V. Cass. 6.10.1991 n. 10556, cit. a nt. 15; Cass. 26.5.1993 n. 5907, cit. a nt. 16; Cass. 2.1.1995 n. 5, GI, 1995, I, 1, 1466; Cass. 16.2.2000 n. 1733, Arch. civ., 2000, 564; T. Torino 4.10.2004, G piem., 2005, 154. Cfr. Vallebona, 1993; Zanelli, 1989, 233 ss.; De Simone, 1991, 88 ss.; Zoli, 2004, 332 ss. Il requisito della temporaneità viene poi parametrato sulla base della durata di detto interesse, cioè in sostanza sulla base del perdurare di una strategia di gruppo.

Ma vi è di più. Nella giurisprudenza, accanto al distacco, è stata progressivamente elaborata l'ipotesi del cosiddetto "prestito"⁵⁹⁶. Nei gruppi, di dimensione soprattutto transnazionale, sono frequenti gli accordi in cui datore di lavoro e lavoratore prevedono la sospensione del rapporto (fra loro intercorrente) e la contestuale assunzione temporanea del lavoratore da parte di una consociata, al fine di favorire la circolazione dei lavoratori all'interno del gruppo e, nel contempo, separare le relative responsabilità. Questa operazione viene chiamata prestito o "distacco"⁵⁹⁷. Le virgolette servono a distinguere tale ipotesi dal distacco in senso proprio, dove, come poc'anzi ricordato, è sospesa soltanto l'esecuzione della prestazione di lavoro a favore del datore di lavoro distaccante che non viene liberato dell'obbligo di corrispondere al lavoratore il trattamento economico e normativo (artt. 1, cc. 1 e 3, d.lgs. n. 72 del 2000 e, oggi, art. 30, c. 2, d.lgs. n. 276 del 2003). L'analisi della giurisprudenza sul tema consente di affermare che, in linea generale, le operazioni di prestito sono considerate legittime, a meno che si dimostri che il trasferimento del lavoratore presso la consociata soddisfa un concreto e rilevante *interesse della distaccante*, nel qual caso la vicenda viene qualificata come distacco in senso proprio, sussistendone l'elemento caratterizzante. Il criterio utilizzato al fine di distinguere l'ipotesi del cosiddetto prestito dall'ipotesi del distacco in senso proprio è sempre il medesimo: se la società originariamente datrice di lavoro è una *holding* e il legame commerciale intercorrente fra questa e la consociata è di intensità tale da consentire di ravvisare un'unicità di impresa e una strategia comune di gruppo, allora l'operazione di prestito deve venire ricondotta alla fattispecie distacco in senso proprio⁵⁹⁸.

Il complesso orientamento sopra ricordato costituisce un'efficace espressione di un duplice aspetto: per un verso, del diverso approccio della giurisprudenza, tesa non più solo a sanzionare, bensì ad assecondare talune esigenze organizzative del fenomeno del gruppo; per altro verso, della mutata funzione svolta dal criterio dell'unicità di impresa, utilizzato non più soltanto per selezionare una frode, bensì per discernere l'ipotesi lecita del distacco⁵⁹⁹ dall'ipotesi altrettanto lecita del prestito. In esso si scorge peraltro una significativa apertura verso l'idea che, quando il gruppo risulta costituito da un'impresa unica, elementi di fatto, quali l'utilizzazione delle prestazioni di lavoro nell'ambito della stessa e la loro destinazione alla soddisfazione di strategie comuni di gruppo, devono essere tenuti in considerazione anche nel giudizio di imputazione dei rapporti di lavoro.

Questa indicazione viene ripresa da una recente giurisprudenza che affronta più direttamente la questione dell'individuazione del datore di lavoro nei gruppi caratterizzati da un'impresa unica. In diverse decisioni, dalla verifica che, nei fatti, la prestazione di lavoro è utilizzata nell'ambito di un'unitaria struttura imprenditoriale e destinata agli scopi comuni del gruppo, consegue

⁵⁹⁶ Nogler, 1992b.

⁵⁹⁷ Sulla confusione terminologica fra distacco, in senso proprio, e "distacco", fra virgolette (espressione che la giurisprudenza utilizza per designare l'operazione di prestito di manodopera infragruppo), v. Cgce 10.4.2003, *Pugliese c. Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio*, C-437/00, RIDL, 2003, II, 489, con nota di Beghini. V., inoltre, Ichino, 2000, 500; Zoli, 2004, 330 ss.

⁵⁹⁸ V. Cass. 9.4.1992 n. 4339; Cass. 7.2.2001 n. 1761, <http://www.giuffrè.it/Riviste/Fl>; Cass. 5.9.2006 n. 19036, NGL, 2007, 9 e RIDL, 2007, II, 663, con nota di Rosano. Va però segnalata una più recente giurisprudenza che sembra ammettere con maggiore larghezza accordi di cosiddetto prestito, al fine di favorire la circolazione di manodopera infragruppo e rispettare l'autonomia negoziale delle parti (V., seppure la motivazione sia piuttosto scarna, Cass. 5.9.2006 n. 19036, cit. in questa nt).

⁵⁹⁹ La qualificazione delle operazioni di circolazione dei lavoratori all'interno dei gruppi caratterizzati da unicità di impresa come distacco, verrà tuttavia messa in discussione *infra* § 5.

l'imputazione del rapporto di lavoro al gruppo, inteso come «unico centro di imputazione» o «dattore di lavoro unico»⁶⁰⁰.

Dato conto di alcuni degli orientamenti giurisprudenziali più significativi in materia di gruppi di imprese, occorre considerare più da vicino la soluzione cui essi, partendo da casi e problemi diversi, approdano: in presenza di indici di fatto rivelatori dell'unicità di impresa sottostante al gruppo, la regola della formale separazione soggettiva viene disapplicata e, conseguentemente, si considera il gruppo alla stregua di un complesso aziendale unico e/o di un centro di imputazione unitario dei rapporti di lavoro.

Secondo una consolidata lettura, la disapplicazione della regola della formale separazione soggettiva costituisce un'applicazione particolare della repressione della *fraus legi*. Segnatamente, essa appare riconducibile al meccanismo sanzionatorio, elaborato dalla dottrina⁶⁰¹ e dalla giurisprudenza giuscommercialistica⁶⁰², noto come “repressione dell'abuso di personalità giuridica” o “superamento del velo della personalità giuridica” che, non soltanto nel nostro ordinamento, ha trovato nei gruppi di imprese un terreno di particolare elezione⁶⁰³.

Tuttavia, la repressione della frode alla legge non sembra una chiave di lettura del tutto appagante⁶⁰⁴. In particolare, quest'interpretazione non appare riflettere in maniera adeguata l'evoluzione compiuta da tale meccanismo nella giurisprudenza, chiaramente sollecitata dal ricco dibattito dottrinale degli anni novanta⁶⁰⁵, da sanzione della frode a strumento di regolazione di un particolare fenomeno di gruppo, selezionato attraverso il criterio dell'unicità di impresa. Una tendenza simile si riscontra, del resto, anche nell'ordinamento giuridico spagnolo e inglese dove si è assestato un utilizzo a fini regolativi, non repressivi, di criteri selettivi pressoché identici, quali l'*economic reality* o il *single economic entity test* in Gran Bretagna⁶⁰⁶, l'*unidad de empresa laboral* in Spagna⁶⁰⁷.

D'altra parte, ancorare l'operatività del meccanismo descritto soltanto alle ipotesi di *fraus legi*, implicherebbe sostenere che il gruppo caratterizzato da unicità di impresa sia sempre e

⁶⁰⁰ Ad esempio, Cass. 14.11.2005 n. 22927, cit. a nt. 7; Cass. 15.5.2006 n. 11107, cit. a nt. 7; Cass. 14.3.2006 n. 5496, NGL, 2006, 289; T. Milano 25.6.2005, cit. a nt. 7; A. Milano, 21.6.2006, cit. a nt. 7.

⁶⁰¹ Ascarelli, 1959; Galgano, 1965; Id., 1995; Id., 1999; Id., 2006; d'Alessandro, 1989; Scalfi, 1990; Montalenti, 1999.

⁶⁰² Cass. 8.11.1984 n. 5642, Gl, 1985, I, 1, 426; A. Roma 28.10.1986, ivi, 1987, I, 2, 460; T. Catania 3.1.1997 DF, 1997, II, 415; T. Tivoli 24.6.2004, ivi, 2005, 1046, con nota di Gangemi. V. inoltre Galgano, 1987.

⁶⁰³ Ad esempio, nell'ordinamento giuridico spagnolo e nel sistema giuridico anglosassone, l'attribuzione di rilevanza giuridica all'unicità di impresa viene, in generale, ricondotta all'applicazione, rispettivamente, della tecnica *levantamiento del velo de la persona jurídica* (v. da ultimo Baz Rodríguez, 2002, 60 ss.; Desdentado Daroca, 2006, 471 ss.) ovvero del *lifting the corporate veil* (v. Pickering, 1968; Collins 1990. In senso critico Bainbridge, 2002). Con riguardo al nostro ordinamento, un'approfondita analisi di tale tecnica, oltre che nei contributi di diritto commerciale sopra citati, è in Meliadò, 1991a; De Simone, 1995; più di recente Tussino, 2004.

⁶⁰⁴ Per l'efficacia del rimedio della frode alla legge in materia, seppure interpretata in una prospettiva diversa da quella seguita generalmente dalla giurisprudenza, v. tuttavia Pinto, 2005, spec. 195 ss.

⁶⁰⁵ A tale proposito si citano, a titolo solo esemplificativo, i contributi di Vardaro, 1988; Mazzotta, 1988; Zanelli, 1989; Treu, 1988; Veneziani, 1990; Mazzotta, 1991; De Luca Tamajo, 1991; De Simone, 1991; Tinti, 1991; Meliadò, 1991a; Id., 1991b; Nogler, 1992a; Vallebona, 1993; De Simone, 1995; Lunardon, 1996; Treu, 1997; Magrini, 1998; Pinto, 1999.

⁶⁰⁶ V. Collins, 1990. Con riguardo agli Stati Uniti d'America, v. Bainbridge, 2002, 128 ss.

⁶⁰⁷ V. Baz Rodríguez, 2002, 60 ss.; Desdentado Daroca, 2006, 471 ss.

comunque un fenomeno patologico: conclusione che non pare accettabile a fronte del ruolo fondamentale che tale fenomeno svolge nel sistema economico e produttivo⁶⁰⁸.

Abbandonata la chiave di lettura della frode alla legge, si rende dunque necessario individuare spiegazioni giuridiche diverse di questo particolare meccanismo giurisprudenziale, capaci di riflettere il più possibile il citato approccio regolativo che sembra emergere nella giurisprudenza e più in generale la mutata prospettiva dalla quale si guarda a tale fenomeno, che rileva giuridicamente nella sua fisiologia e non più soltanto nella sua patologia.

2. Le nozioni giuscommercialistiche di impresa e “impresa di gruppo”.

A tale scopo, sembra anzitutto opportuno analizzare meglio cosa si intende per unicità di impresa. Porre, insomma, alla base dell’indagine, un concetto di unicità di impresa sufficientemente delimitato e definito, che consenta di individuare e selezionare gli indici di fatto che di esso possono essere considerati denotativi e, nel contempo, di escludere gli altri⁶⁰⁹. A tale fine, è quasi scontato partire dall’analisi delle nozioni di impresa e di “impresa di gruppo” elaborate nel diritto commerciale che, come rilevato da gran parte della dottrina⁶¹⁰, presentano significativi punti di contatto con quella di unicità di impresa.

Nel nostro ordinamento, come noto, non esiste una nozione unitaria di impresa. L’impresa assume anzitutto il significato di attività economica concepita in funzione del soggetto che la esercita: l’imprenditore individuale (artt. 2082 e 2083 c.c.), la società (art. 2247 c.c.), il consorzio (art. 2602 c.c.). Impresa-attività indica un complesso di atti giuridici, riferibili ad uno di questi soggetti, che acquistano rilevanza giuridica unitaria attraverso la valorizzazione dello scopo comune cui sono destinati: scopo che, dopo la caduta dell’ordinamento corporativo e l’avvento della Costituzione, coincide con la produzione di beni e servizi nel mercato (art. 41, c. 1, Cost.)⁶¹¹. Esiste poi una nozione di impresa-organizzazione, intesa come complesso di elementi materiali (art. 2555

⁶⁰⁸ V. Barca, 1996, 87 ss.; Rullani, 1991; Airoldi, Amatori, Invernizzi, 1995; Zattoni, 2000, 78. In particolare, il fenomeno del gruppo svolge un ruolo di primo piano nelle cosiddette “economie di mercato coordinate”, quali la Germania e il Giappone, fondate tradizionalmente sulla cooperazione anziché la competizione fra gli attori economici (Albert, 1993; Hall, Soskice, 2003, 51 ss.). Non è un caso che la Germania sia stata il primo paese ad introdurre una disciplina in materia di gruppo di società, con la riforma dell’*Aktiengesetz* del 1965. Con riguardo al mutamento della prospettiva giuridica nei confronti delle operazioni di decentramento produttivo in generale, v. le osservazioni di Del Conte, 2006, 314 ss.

⁶⁰⁹ Vale la pena menzionare nuovamente gli indici di fatto che un’ormai assentata giurisprudenza considera denotativi dell’unicità di impresa: a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il relativo interesse comune; c) coordinamento tecnico amministrativo e finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore di vari imprenditori.

⁶¹⁰ Diffusamente Meliadò, 1991a, 73; De Simone, 1995, 185 ss. Più di recente Galgano, 2004; Tussino, 2004; Pinto, 2005, spec. cap. 1; Lunardon, 2007, 2077 ss. Per un primo raffronto fra la prospettiva lavoristica e la prospettiva commercialistica, v. inoltre Bin, 1991.

⁶¹¹ V. Fanelli, 1950, 98 e 116 ss.; Ascarelli, 1955, 96; Minervini, 1970, 22 ss.; Galgano, 1992; Spada 1992, spec. 40. Sull’interesse superiore dell’economia nazionale come criterio di valutazione globale dell’attività di impresa, rivolto ad evidenziarne l’aspetto sociale nobile, durante il periodo corporativo, v. Galgano, 1978, 7 ss. Per l’idea che l’interesse perseguito dall’attività di impresa abbia una rilevanza economica e sociale che trascende il soggetto che la esercita, v. Bigiavi, 1947, 105 ss.; Santoro Passarelli F., 1942, 376 ss.; Asquini, 1943; Id., 1961; Oppo, 1976, 591 ss. La critica è svolta da Minervini, 1958. Sulla nozione di interesse sociale, v. anche Mengoni, 1958; Mignoli, 1958. Sull’assenza di contenuto politico ideologico nelle elaborazioni di tali Autori, v. Montalenti, 1981, 39 ss.; Grossi, 1999; Cottino, 2005.

c.c.) e personali (art. 2086 c.c.) creata dall'imprenditore in funzione dell'attività⁶¹². L'organizzazione degli elementi personali (il lavoro) si sviluppa secondo il modulo della gerarchia (art. 2086 c.c.), che costituisce un fatto tecnico strumentale allo svolgimento dell'attività di impresa. Con un certo grado di approssimazione, nel diritto commerciale il termine impresa descrive dunque l'attività di coordinamento gerarchico, di aggregazione e di organizzazione di una serie di elementi eterogenei, soggettivi ed oggettivi, esercitata da un soggetto chiaramente identificato dalla legge nell'imprenditore individuale, nella società o nel consorzio, al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi nel mercato. Tale fine, rilevante anche sul piano costituzionale (art. 41, c. 1, Cost.), viene visto dalla dottrina come l'elemento che più di qualunque altro «qualifica e caratterizza giuridicamente il fenomeno»⁶¹³. In particolare, lo scopo produttivo, al quale l'impresa è destinata, è l'elemento «che *unifica l'attività* e che consente, pertanto, la *considerazione unitaria della fattispecie in svolgimento*»⁶¹⁴.

Dopo un periodo iniziale, nel diritto commerciale, l'attenzione viene però rivolta, più che all'impresa, alla società, soprattutto per azioni, e al suo profilo organizzativo interno, caratterizzato da una struttura sostanzialmente democratica, piuttosto che autoritaria e gerarchica⁶¹⁵. Questo spiega perché il fenomeno dell'integrazione verticale fra società, l'emersione di iniziative economiche unitarie realizzate attraverso il coordinamento gerarchico di una pluralità di soggetti economici giuridicamente distinti, sia stato recepito con ritardo e con sospetto⁶¹⁶. La struttura gerarchica e autoritaria sottesa ai fenomeni di integrazione verticale mal si concilia con la disciplina di diritto societario, essenzialmente rivolta a garantire l'autonomia giuridica e patrimoniale delle singole società. Al termine "gruppo" si preferiscono per lungo tempo le nozioni di controllo e collegamento societario (art. 2359 c.c.)⁶¹⁷, la disciplina dei quali ha carattere essenzialmente limitativo e sanzionatorio. In altre parole, si ammette che la proprietà di azioni e un impreciso numero di contratti commerciali (l'agenzia, l'affiliazione commerciale, la concessione di vendita e via dicendo) sono di fatto strumenti attraverso i quali una società può influenzare in modo determinante la politica gestionale e organizzativa di un'altra società (art. 2359, c. 1, n. 2 e 3, c.c.)⁶¹⁸. Pur tuttavia, le proiezioni e gli ulteriori sviluppi di tale fenomeno vengono ignorati o, almeno, non esplorati in un'ottica costruttiva.

⁶¹² V. Oppo, 1989, 4; Spada, 1992, 47; Galgano, 1992, 13. Sulla funzione svolta dal requisito dell'etero-organizzazione nel tracciare un confine fra quelle attività che per essere minimamente organizzate sono impresa (art. 2083 c.c.) e quelle che, di contro, sono semplicemente lavoro autonomo (art. 2222 c.c.), v. la dottrina prevalente: Minervini, 1970, 12 ss.; Ascarelli, 1955, 121 ss.; Oppo, 1989, 14 ss.; Spada, 1992, 47 ss. In senso contrario, Bigiavi, 1947, spec. 90 ss.; Galgano, 1992, 13 ss.

⁶¹³ Così Fanelli, 1950, 116-117.

⁶¹⁴ Ibidem, 116-117 (corsivo dell'Autore).

⁶¹⁵ Ferro Luzzi, Marchetti, 1994, 425; Rossi, 1996, 25. Sulla distinzione fra la struttura dell'impresa e quella del moderno fenomeno della società per azioni e, più in particolare, della società ad azionariato diffuso, si interroga già Mengoni, 1958. In una prospettiva comparata, v. Berle, Means, 1966.

⁶¹⁶ Ferro Luzzi, Marchetti, 1994, 425-426.

⁶¹⁷ Le nozioni di controllo e collegamento societario sono contenute nell'art. 2359 c.c. Tale disposizione normativa definisce "controllate" le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (art. 2359, c. 1, n. 1), o di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante (art. 2359, c. 1, n. 2), ovvero le società assoggettate all'influenza dominante di un'altra «in virtù di particolari vincoli contrattuali» (art. 2359, c. 1, n. 3). In quest'ultimo caso si tratta di una situazione di controllo contrattuale esterno. Con riguardo al semplice collegamento esso è definito come un'«influenza notevole» che una società può esercitare su un'altra: influenza che è presunta allorquando una società possa esercitare un quinto dei voti nell'assemblea ordinaria dell'altra (art. 2359, c. 3, c.c.)

⁶¹⁸ Cfr. Bianchi, 1984; Musso, 1995; Minervini, 1996; Rimini, 1996; Notari, 1996; Scognamiglio G., 1996.

E questo in netto contrasto con la letteratura economica che, a partire da Coase⁶¹⁹, andava sviluppandosi sul tema. Nell'ottica del neoistituzionalismo economico⁶²⁰, infatti, la nozione di impresa (intesa come *Private Governance Structure*, cioè struttura organizzativa caratterizzata dall'esistenza di un'autorità privata) descrive il fenomeno dell'assoggettamento ad un'unica autorità (l'imprenditore) non soltanto di rapporti di lavoro, bensì di qualsiasi rapporto commerciale, di tipo contrattuale⁶²¹ o azionario⁶²², intercorrente fra soggetti economici distinti. Tale nozione, così intesa, si attaglia dunque anche al fenomeno dell'integrazione verticale.

A partire da metà degli anni ottanta, tuttavia, una parte della dottrina, convinta dell'esigenza di incentivare fenomeni di integrazione verticale e di attribuire rilevanza giuridica al disegno imprenditoriale unitario ad essi sotteso, elabora le nozioni di "impresa di gruppo" e di "interesse di gruppo"⁶²³.

L'idea di fondo è che una regolazione unitaria del fenomeno è necessaria per consentire la realizzazione di interessi e fini non conseguibili singolarmente dalle società. Ancora una volta, è il fine che l'integrazione verticale, azionaria o contrattuale, nel suo complesso mira a realizzare, l'elemento così importante sul piano economico e sociale da giustificare una considerazione giuridica del fenomeno, per certi aspetti, unitaria⁶²⁴.

A tale scopo, occorre anzitutto attribuire alla nozione di controllo una valenza positiva, non più negativa: il controllo è, infatti, il primo dato che deve sussistere perché una società possa nel concreto esercitare attività di direzione e coordinamento di altre società⁶²⁵. In secondo luogo, è necessario adeguare e arricchire gli schemi ordinativi del diritto societario di elementi ad esso tradizionalmente estranei, quali l'autorità e il potere; nonché rileggere discipline classiche (quali specialmente quella in materia di conflitto di interessi), al fine di non sacrificare e limitare lo svolgimento di attività del gruppo rivolte al perseguimento di scopi comuni, sovrastanti e che, spesso, entrano in potenziale conflitto con quello perseguito dalle singole società⁶²⁶. Occorre, in altre parole, attribuire all' "interesse di gruppo" un rilievo giuridico autonomo rispetto all'interesse

⁶¹⁹ Coase, 1937; Id., 1992.

⁶²⁰ Il filone del neoistituzionalismo economico trae spunto dal noto saggio di Ronald Coase nel quale l'impresa viene descritta come un fascio di rapporti assoggettati al governo e alla direzione di un' "autorità privata" (l'imprenditore) al fine di risparmiare nei costi di transazione che comporta l'organizzazione della produzione nel mercato (Coase, 1937; Id., 1992). L'elemento dell'autorità privata viene sviluppato e approfondito dalla corrente del neoistituzionalismo economico e considerato caratteristica idonea a contraddistinguere la struttura dell'impresa dalla struttura del mercato (V. spec. Williamson, 1991; Id., 1996; Id., 2002; Berle, Means, 1966). Al filone istituzionalistico si contrappone quello contrattualistico che nega che l'impresa si differenzi dal mercato per l'esistenza di un'autorità privata. L'impresa viene descritta come un fascio di contratti che si sviluppano allo stesso modo che nel mercato: l'impresa opera come un mercato specializzato (V. spec. Alchian, Demsetz, 1972; Jensen, Meckling, 1976; Easterbrook, Fischel, 1996).

⁶²¹ V. Coase, 1937; Richardson, 1972; Id., 1991; Williamson, 1991; Id., 2002. V. inoltre le osservazioni di Corazza, 2004, 77 ss.

⁶²² Hansmann, 1988.

⁶²³ V., specialmente Jaeger, 1985, 817; Mignoli, 1986; Schiano di Pepe, 1990; Pavone La Rosa, 1991, 600; Ferro Luzzi, Marchetti, 1994; Montalenti, 1995; Scognamiglio G., 1996; Galgano 2001; Tombari, 2006. Per la giurisprudenza il rinvio è alla nota Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, Fl, 1990, I, 1174 e G comm., 1991, II, 360, con nota di Rondinone; Galgano, 1990.

⁶²⁴ Si ripropongono qui volutamente le osservazioni che Fanelli faceva in relazione alla disciplina giuridica del fenomeno dell'impresa (v., ancora, Fanelli, 1950, 116-117).

⁶²⁵ Ferro Luzzi, Marchetti, 1994, 428.

⁶²⁶ Mignoli, 1986, 729 ss.; Montalenti, 1995, 710 ss.; Rossi, 1996, 24; Jaeger, 1996, 1447. Una parte della giurisprudenza sosteneva che l'interesse di gruppo potesse essere legittimamente perseguito nei limiti in cui non risultasse confligente con quello delle singole società. Il che equivaleva a negare la rilevanza giuridica dell'interesse di gruppo che dovrebbe comportare la revisione proprio della disciplina in materia di conflitto di interessi (cfr. Montalenti, 1995, 725).

sociale⁶²⁷ delle singole società e ragionare, successivamente, in termini di compatibilità, razionalità, coerenza del primo rispetto al secondo⁶²⁸.

I contorni giuridici della nozione di gruppo vengono delineati dalla dottrina e dalla giurisprudenza integrando la disciplina di diritto societario con i profili autoritativi propri dell'attività e dell'organizzazione di impresa⁶²⁹. In altre parole, la nozione di gruppo viene elaborata attraverso la rilettura, in termini più ampi e flessibili, delle nozioni di impresa-attività e di impresa-organizzazione.

Il gruppo (in senso tecnico) è anzitutto impresa-attività. È concreto esercizio, da parte del titolare di una situazione giuridica di controllo (art. 2359 c.c.), di un'attività di direzione e coordinamento, orientata ad uno scopo comune che le società, *uti singuli*, non sono in grado di realizzare. Lo scopo viene specificato nei termini di "interesse di gruppo" e munito, in una certa misura, di autonoma rilevanza giuridica rispetto all'interesse sociale delle singole società, specialmente ricorrendo alla teoria dei "vantaggi compensativi"⁶³⁰. La rinuncia delle società ad una quota della loro autonomia gestionale e organizzativa è considerata lecita, anzi, meritevole di tutela, purché dall'attività complessiva del gruppo (svolta sotto la direzione e il coordinamento di una *holding*) esse conseguano, in una prospettiva di medio-lungo periodo, un vantaggio idoneo a compensarle del sacrificio e del pregiudizio subito. È questo, in un certo senso, il compromesso trovato fra la struttura autoritaria dell'impresa di gruppo e l'autonomia giuridica delle singole società.

Va da sé che, attribuire rilevanza giuridica all'attività di impresa di gruppo e al fine da essa perseguito, implica altresì attribuire rilevanza giuridica alla struttura imprenditoriale unitaria che le società a tale scopo creano: cioè all'impresa-organizzazione⁶³¹. Si scorge un parallelismo rispetto all'esperienza del diritto del lavoro: l'organizzazione gerarchica è un fatto tecnico, strumentale all'esercizio da parte del gruppo di un'unitaria attività di impresa, che consente l'innesto di posizioni di potere e soggezione nella struttura dei rapporti commerciali intercorrenti fra le singole società, entro i limiti dei "vantaggi compensativi"⁶³².

⁶²⁷ Su tale nozione v. specialmente Mignoli, 1958; Jaeger, 1963; da ultimo Jaeger, 2000.

⁶²⁸ Spec. Mignoli, 1986, 735 ss.; Montalenti, 1995, 719 ss. Vede in questo il rischio del recupero di prospettive istituzionalistiche d'Alessandro, 1988; da ultimo Cottino, 2005, 704.

⁶²⁹ Cfr. Rossi, 1996, 25; Jaeger, 1996, 1447.

⁶³⁰ Tale teoria è stata elaborata specialmente da Montalenti, 1995. Criticamente Denozza, 2000, 327 ss.; Jaeger, 2000, 811 ss. e prima ancora d'Alessandro, 1988. Con riguardo alla giurisprudenza v. in particolare Cass. 26.2.1990, n. 1439, cit. a nt. 45; Cass. 15.12.1998 n. 12325 e Cass. 26.8.1998 n. 8472, Fl, 2000, I, 2939 con nota di La Rocca; A. Milano 20.3.2001, G comm., 2002, II, 200. Di recente, Cass. 24.8.2004 n. 16707, ivi, 2005, II, 246 ss.; Cass. 11.12.2006 n. 26325; T. Roma 5.2.2008, Fl, 2008, I, 2326. In una prospettiva comparata, v. Desdentado Daroca, 2006, 466, per la quale la perdita di autonomia organizzativa della controllata è compensata dalla partecipazione all'interesse generale di gruppo, che si sostituisce all'interesse sociale. Diversamente Pinto, 2005, 103, per il quale l'interesse di gruppo altro non sarebbe se non l'interesse della capogruppo, il cui perseguitamento può comportare il sacrificio di quello delle società dominate.

⁶³¹ Pavone La Rosa, 2003, 767 ss.; Cass. 26.2.1990 n. 1439, cit. a nt. 45. Sull'esigenza di considerare l'intero gruppo nella redazione del bilancio consolidato, v. d.lgs. 9.4.1991, n. 127. L'idea che la nozione di impresa debba essere intesa «nel senso che essa si riferisce ad un'unità economica (...) anche se, sotto il profilo giuridico, questa unità economica sia costituita da più persone fisiche o giuridiche» è poi presente nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza. Così, di recente, Trib. Ce 15.9.2005, *DaimlerChrysler AG c. Commissione delle Comunità Europee*, T-325/01, <http://curia.europa.eu>, punto 85; Trib. Ce 29.6.2000, *DSG Drädenauer Stahlgesellschaft mbH c. Commissione delle Comunità Europee*, T-234/95, <http://curia.europa.eu>, punto 124. Più in generale, con riguardo alla giurisprudenza interna, v. Cass. 26.2.1990 n. 1439, cit. a nt. 45; Cass. 8.5.1991 n. 5123, Fl, 1992, I, 817.

⁶³² Per l'idea che, nella codificazione del 1942, è la rilevanza attribuita all'organizzazione di tipo gerarchico delle prestazioni di lavoro, intesa come fatto tecnico collegato al modello di produzione fordista, a consentire l'innesto nella struttura del contratto e del rapporto

Oltre all'art. 23, del d.lgs. n. 385 del 1993⁶³³ e all'art. 90, d.lgs. n. 270 del 1999 (in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza)⁶³⁴, la ricezione normativa più significativa di tali elaborazioni si rinviene senz'altro nella disciplina in materia di «attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società», contenuta negli artt. 2497 e seguenti del c.c. (d.lgs. n. 6 del 2003).

La disciplina in esame si concentra essenzialmente sulla tutela della società diretta e coordinata, dei soci di minoranza e dei creditori sociali, cioè sulla regolazione degli effetti della politica di gruppo. Ciò nondimeno, ad avviso di alcuni commentatori, è altresì possibile rinvenire i frammenti di uno "statuto organizzativo del gruppo", cioè di una disciplina degli aspetti organizzativi gerarchici che presiedono all'esercizio di attività di direzione e coordinamento⁶³⁵. In questo senso, sembrano deporre le espressioni «corretta gestione societaria e imprenditoriale» e, soprattutto, l'accoglimento della teoria dei cosiddetti «vantaggi compensativi» (art. 2497 c.c.)⁶³⁶; l'obbligo di indicazione della situazione di soggezione negli atti della corrispondenza e in una sezione apposita del registro delle imprese (art. 2497-bis c.c.); l'obbligo di specificare analiticamente le motivazioni e le ragioni, gli interessi che hanno spinto le società dirette e coordinate ad adottare decisioni sotto l'influenza della capo-gruppo (art. 2497-ter c.c.); il diritto di recesso (art. 2497-quater c.c.) e, infine, l'art. 2497-quinquies c.c. che sancisce che il rimborso dei finanziamenti infra-gruppo sia postergato alla soddisfazione degli altri creditori sociali.

Nel complesso, le sopra richiamate disposizioni specificano i presupposti denotativi del fenomeno fisiologico dell'impresa (attività e organizzazione) di gruppo, sulla scorta delle messe a punto di dottrina e giurisprudenza: una situazione di controllo accompagnata dal concreto esercizio da parte della capo-gruppo di un'attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 e 2497-sexies

di lavoro delle posizioni di potere e subordinazione, si rinvia, ad esempio, a Montuschi, 1973, spec. 145 ss.; Vardaro, 1989b, 181 ss.; Id., 1989a, 247 ss.; Mengoni, 1958; Id., 1985, 387 ss.; Napoli, 1996, 34 ss.

⁶³³ L'art. 23, d.lgs. n. 385 del 1993, definisce e regola, per la prima volta, il fenomeno del gruppo in un particolare settore dove sussistono interessi di indubbia rilevanza pubblica: quello bancario e creditizio. La norma, nel definire una delle possibili ipotesi di gruppo accentrativo, fa riferimento all'esistenza, anche fra soci, di «rapporti di carattere finanziario, organizzativo idonei a conseguire (...) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno *scopo comune* (corsivo mio)» (art. 23 cit.). L'idea di fondo è che il fenomeno del raggruppamento di soggetti, che esercitano distinte attività bancaria e di intermediazione finanziaria, sotto un'unica direzione e coordinamento, consente di realizzare disegni imprenditoriali unitari che, dal punto di vista economico e finanziario, assumono un'importanza fondamentale. Ciò rende necessario approdare ad una considerazione e regolazione unitaria del fenomeno, dal punto di vista normativo, prettamente rivolta a soddisfare l'interesse (di natura pubblica) alla tutela del risparmio (V. Ferro Luzzi, Marchetti, 1994, 419 ss.; Rossi, 1996, 27 ss.; Pavone La Rosa, 2003, 767 ss.).

⁶³⁴ Tale disposizione statuisce la responsabilità solidale degli amministratori della società che esercita attività di direzione unitaria con gli amministratori della società dichiarata insolvente, per i danni cagionati dai primi alla seconda in conseguenza delle direttive impartite.

⁶³⁵ Tombari, 2004, 61 ss.; Valzer, 2007, 867 ss.

⁶³⁶ In seguito alla riforma del diritto societario, trova dunque fondamento giuridico la tesi per cui gli amministratori di una società assoggettata a direzione e coordinamento, ai sensi dell'art. 2497 e seguenti c.c., possono compiere atti ed operazioni che potrebbero essere ritenuti non conformi alla previsione di cui all'art. 2380-bis, c. 1, c.c., così come le decisioni assunte dalla società diretta e coordinata sono legittime anche se non immediatamente rivolte al soddisfacimento dell'interesse sociale. Detto sacrificio è tuttavia legittimo «solo in presenza di "vantaggi compensativi", vale a dire solo se trova la sua contropartita in "benefici" effettivi, pur sempre ricollegabili alla politica gestionale imposta dalla controllante» (Così T. Roma 5.2.2008, cit. a nt. 52). Per questa soluzione interpretativa, elaborata principalmente da Mignoli, 1986 e Montalenti, 1995, spec. 725, v. Tombari, 2004, Valzer, 2007. Per un riepilogo delle posizioni sul punto, v. Meli, 2007, 1633; Maffei Alberti, 2007, 1142.

c.c.)⁶³⁷; lo scopo o interesse comune al quale, alla fine dei conti, deve risultare orientata detta attività e che consente la considerazione giuridica unitaria del fenomeno (art. 2497 c.c.); un'unica struttura organizzativa gerarchica, la trasparenza e la pubblicità della quale è condizione necessaria della tutela dei creditori sociali (artt. 2497-*bis* e 2497-*ter* c.c.)⁶³⁸.

Emerge dunque una significativa convergenza fra gli elementi che, nell'esperienza del diritto commerciale, caratterizzano la nozione di impresa e, successivamente, quella di impresa di gruppo, e gli indici di fatto che, nell'esperienza della giurisprudenza lavoristica, sono considerati denotativi dell'unicità di impresa. In particolare, il raffronto con l'evoluzione giuscommercialistica, consente di affermare che, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, il fenomeno dell'integrazione contrattuale o azionaria fra società – ma il discorso potrebbe evidentemente venire esteso anche al fenomeno dell'integrazione contrattuale fra imprese non organizzate in forma societaria – dà luogo ad unicità di impresa quando sussistono almeno i seguenti elementi: a) attività di direzione e coordinamento gerarchico svolta da una *holding*; b) unicità della struttura organizzativa e produttiva; c) scopo comune.

3. Conseguenze della connessione dei rapporti di lavoro all'impresa di gruppo sotto il profilo dell'individuazione del datore di lavoro.

Chiarito cosa s'intenda e in presenza di quali elementi di fatto si configuri un'unicità di impresa o un'impresa di gruppo (pur con un certo grado di approssimazione, di qui in avanti i due termini possono essere considerati come sinonimi), si tratta ora di verificare se sia possibile spiegare in una chiave di lettura diversa dalla frode alla legge la costante affermazione giurisprudenziale secondo cui quando la prestazione di lavoro risulta utilizzata nell'ambito di un'unicità di impresa, si disapplica la regola della formale separazione soggettiva e si considera il gruppo come un "centro unitario di imputazione dei rapporti di lavoro" o un "datore di lavoro unico"⁶³⁹.

Questo particolare meccanismo giurisprudenziale, per lungo tempo considerato un'applicazione della repressione della *fraus legi*⁶⁴⁰, sembra invece potersi ricondurre nell'ambito del sistema di tutele dei rapporti di lavoro e più in particolare nell'ambito dei criteri che presiedono al giudizio di imputazione degli stessi.

Ci si riferisce al principio in base al quale quando la prestazione di lavoro è destinata e impiegata in un'impresa, la qualità di datore di lavoro deve venire attribuita al titolare della stessa.

Tale principio è desunto, in via interpretativa, dal divieto di dissociazione fra titolarità del rapporto di lavoro e titolarità dell'organizzazione produttiva, sancito dall'art. 1, l. n. 1369 del 1960 (oggi

⁶³⁷ Per quel che concerne il *discrimen* tra "influenza dominante", che caratterizza, ai sensi dell'art. 2359 c.c., la situazione di controllo societario, e "attività di direzione e coordinamento", v. Jaeger, 1985, 817; Galgano, 2004, 168-169; Scognamiglio G., 1996, 51. Va segnalata l'opinione secondo cui il confine tra le due nozioni non andrebbe tracciato dal punto di vista del contenuto, che è pressoché identico in entrambe le ipotesi, quanto piuttosto dal punto di vista del modo in cui la posizione della società controllata ovvero diretta e coordinata viene considerata: isolatamente o atomisticamente, nel primo caso, in quanto "aggregazione" o "gruppo", nel secondo (Campobasso, 2004, 76 ss.; Badini Confalonieri, Ventura, 2004, 2150 ss.).

⁶³⁸ Tombari, 2004, 61 ss.; Valzer, 2007, 866 ss. Per un commento, in generale v. Sbisà, 2003; Pavone La Rosa, 2003; Cariello, 2004, 1850 ss.; Badini Gonfalonieri, Ventura, 2004, 2150 ss.; Campobasso, 2004, 76 ss.; Galgano, 2004.

⁶³⁹ A questa conclusione giunge, come visto, pressoché tutta la giurisprudenza esaminata nel § 1.

⁶⁴⁰ V. *retro* § 1.

formalmente abrogato). Secondo una nota e fortunata lettura, tale divieto non sarebbe espressione della *fraus legi*⁶⁴¹, bensì costituirebbe l'accoglimento, sul piano normativo, dell'idea che quando (come avviene nella normalità dei casi) la prestazione lavorativa è di fatto inserita e utilizzata in un'impresa, la qualità di datore di lavoro (cioè di creditore della prestazione) non può distinguersi dal titolare della stessa⁶⁴². Seppure frammentata e ridimensionata nella sua portata, quest'impostazione continua a sopravvivere, almeno secondo una cospicua parte della dottrina, nel complessivo apparato sanzionatorio predisposto per i casi di somministrazione, appalto e distacco irregolare (di cui agli artt. 27, 29, c. 3-bis, 30, c. 4-bis, del d.lgs. n. 276 del 2003)⁶⁴³.

Secondo questa prospettiva, l'imputazione soggettiva dei rapporti di lavoro consegue a una valutazione tipica che l'ordinamento dà di una determinata situazione di fatto, caratterizzata dall'inserimento ed effettiva utilizzazione della prestazione di lavoro nell'ambito di un'impresa⁶⁴⁴. La posizione giuridica di datore di lavoro è conformata al dato dell'effettiva connessione dei rapporti di lavoro a un'impresa⁶⁴⁵. In modo speculare si procede, del resto, nel giudizio di qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato o autonomo, dove la volontà delle parti e la sussistenza degli elementi caratterizzanti la fattispecie della subordinazione (dipendenza ed eterodirezione) risultano anche e specialmente dall'interpretazione delle circostanze di fatto e delle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa⁶⁴⁶.

Alla luce di questa generale impostazione, è possibile ritenere che la giurisprudenza, quando dal fatto dell'utilizzazione della prestazione di lavoro nell'ambito di un'impresa di gruppo fa conseguire l'imputazione del rapporto al gruppo inteso come "centro unitario", non sanziona un'ipotesi fraudolenta, bensì modifica la qualificazione del rapporto di lavoro nel senso voluto dalle parti⁶⁴⁷. La verifica che la prestazione è nel concreto destinata all'impresa di gruppo, impone che la qualità di datore di lavoro sia attribuita al titolare della stessa, conformando la situazione

⁶⁴¹ Così invece Cessari, 1959.

⁶⁴² Benedetti, 1965, spec. 1504 ss.; Grandi, 1972, spec. 224 ss.; Mazzotta, 1979. Più di recente Del Punta, 1995; Bellocchi, 2001. Con riguardo alla giurisprudenza più recente v. Cass. 26.10.2006 n. 22910, ADL, 2007, 1011. In relazione all'art. 1, l. n. 1369 del 1960 la Suprema Corte osserva: «(...) il legislatore si è attenuto al principio secondo cui vero datore di lavoro è quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro (datore apparente) e prescindendosi da ogni indagine (che tra l'altro risulterebbe particolarmente difficoltosa) sull'esistenza di accordi fraudolenti (tra interponente e interposto)» (Cass., 26.10.2006 n. 22910, cit. in questa nt.). Per l'idea secondo cui quando il contratto di lavoro è destinato a un'impresa, la nozione di datore di lavoro ricalcherebbe quella di imprenditore, cfr. Grandi, 1972, spec. 224 ss.; Meliadò, 1991a, 56; da ultimo Napoli, 2005, 51. Sulla distinzione che, in linea generale, intercorre fra datore di lavoro e imprenditore, v. Grandi, 1972, 159 ss.

⁶⁴³ Scarpelli F., 2004, 421; Carinci M. T., 2004, 13; Corazza, 2004, 10; Del Punta, 2004; Id., 2005, 630 ss.; Speziale, 2004, 275 ss.; Nogler, 2004, 921; De Luca Tamajo, 2007, 12; Carinci M. T., 2007, 1027 ss. Più dubitativo Ichino, 2004a, 317 ss. In senso contrario, Romei, 2005; Id., 2006a.

⁶⁴⁴ Benedetti, 1965, 1504 e 1554 ss.; Grandi, 1972, 223 ss.; Mazzotta, 1979, 263 ss.; più di recente Del Punta, 1995. In senso critico, tuttavia Carinci M. T., 2000, 51 ss.; Ichino, 1999, 236 ss.

⁶⁴⁵ V., oltre agli Autori sopra citati, Corazza, 2004, cap. I. Parla di "concezione realistica" Meliadò, 1991a, 71-72. Con riferimento all'esperienza del Regno Unito, si rinvia ad un celebre scritto di Bob Hepple, ove l'Autore sostiene la tesi per cui la qualità di datore di lavoro (*Employer*) deve essere attribuita alla società o alla persona fisica che controlla l'impresa nella quale il lavoratore svolge la prestazione di lavoro (Hepple, 1986, 75).

⁶⁴⁶ Per questo parallelismo, v. Mazzotta, 1979, 263 ss.; Del Punta, 1995, 640 ss. Più di recente Nogler, 2004, 921. Interessante, a questo proposito, è una comparazione con l'esperienza del Regno Unito, dove sia alla qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato, sia all'individuazione del datore di lavoro si procede sulla base di test quali il *control test*, il *mutuality of obligation test*, l'*integration test*, l'*entrepreneurial/business test*. Cfr. Deakin, 2001; Leighton, 2000; Deakin, Wilkinson, 2005.

⁶⁴⁷ Spec. Mazzotta, 1988, 366 ss.; Nogler, 1992a, 308 ss.

di diritto alla situazione di fatto⁶⁴⁸. Va da sé che questo modo di procedere della giurisprudenza svolge un'importante funzione sul piano della tutela dei lavoratori poiché assicura e stabilizza la connessione del rapporto di lavoro non all'impresa della quale è titolare il formale datore di lavoro, bensì alla più ampia impresa di gruppo, allargando così sensibilmente i confini della garanzia patrimoniale⁶⁴⁹.

Ma la questione più delicata, sulla quale la giurisprudenza appare il più delle volte sorvolare, consiste nel chiedersi chi è il soggetto titolare dell'impresa di gruppo al quale può infine attribuirsi la qualità di datore di lavoro.

Nella maggior parte delle decisioni espressioni quali "complesso aziendale unico", "impresa unica", "datore di lavoro unico", "centro unitario di imputazione dei rapporti di lavoro" si sovrappongono e confondono, sino a divenire sinonimi, senza che ne venga approfondito, fatta eccezione per alcune sentenze più recenti⁶⁵⁰, il significato giuridico. Il meccanismo giurisprudenziale esaminato appare così costituire nel suo complesso un significativo momento di emersione del cosiddetto processo di spersonalizzazione dei rapporti di lavoro, in forza del quale l'impresa assume sempre più rilievo autonomo rispetto alla persona dell'imprenditore⁶⁵¹.

Si tocca qui un delicato snodo teorico. Nel nostro ordinamento, in seguito al ripudio dell'idea dell'*Unternehmen an sich*, l'impresa non costituisce un soggetto giuridico a sé stante, separato e distinto dalla persona che ne è titolare⁶⁵².

⁶⁴⁸ Per inciso, nella gran parte delle decisioni in materia, al requisito della utilizzazione della prestazione lavorativa nell'ambito dell'impresa di gruppo si affiancano gli aggettivi "contemporanea" e "promiscua". Tuttavia, nel giudizio di imputazione dei rapporti di lavoro al gruppo, conta solo dimostrare che, nei fatti, le prestazioni di lavoro sono utilizzate nell'ambito di un'impresa di gruppo. In questa prospettiva, contemporaneità e promiscuità appaiono un lascito del passato approccio repressivo della giurisprudenza, che può essere accantonato.

⁶⁴⁹ Sulla funzione protettiva svolta, in linea generale, dalla tecnica di tutela costituita dalla connessione dei rapporti di lavoro all'organizzazione produttiva, v. Corazza, 2004, cap. I, la quale osserva come ciò valesse soprattutto nella vigenza del modello di produzione di stampo fordista; Scarpelli, 1999; Ichino, 1999; De Luca Tamajo, 2003. In una prospettiva comparata, v. Deakin, 2001, 79.

⁶⁵⁰ La questione è affrontata da Cass. 24.3.2003 n. 4274, cit. a nt. 7, spec. 746-747; Cass. 22.2.1995 n. 2008, RCDL, 1995, 988; T. Monza 28.4.2004, RIDL 2004, II, 540 ss., con nota di Fortunat.

⁶⁵¹ Cfr. Benedetti, 1965, 1554. Cfr. anche Meliadò, 1985; Veneziani, 1990, 629. Di recente, v. Pinto, 2005, 166 ss., il quale critica l'uso del concetto di impresa di gruppo e l'affermazione giurisprudenziale per cui il gruppo è centro di imputazione unitario, in quanto evocano una "supersoggettività" dell'impresa in grado di neutralizzare quella delle singole società.

⁶⁵² V. Galgano, 1978, 19. L'idea che l'impresa abbia una rilevanza giuridica autonoma rispetto alla persona dell'imprenditore e sia portatrice nonché deputata al perseguimento di scopi economici e sociali trascendenti la persona di quest'ultimo, affonda le radici nella teorica dell'*Unternehmen an sich*, che vede in Walter Rathenau uno dei suoi più illustri fondatori (del quale si può leggere, in italiano, Rathenau, 1960). In Italia, tale prospettiva è stata sviluppata, nel diritto commerciale, dal filone cosiddetto istituzionalistico, del quale importanti esponenti sono Mossa, 1941; Id., 1942, spec. 162 ss.; Cesarin Sforza, 1963; Asquini, 1943; Id., 1961; Bigiavi, 1947; Santoro Passarelli F., 1942. In senso critico, Fanelli, 1950. Sulla confusione fra le nozioni di impresa e di imprenditore, v. Fanelli, 1950, 77 ss.; Mengoni, 1958, spec. 714, nt. 54, a sua volta criticamente rispetto alla concezione di Fanelli; Mignoli, 1958; Minervini, 1958; Galgano, 1978, 19 ss. Sull'assenza di contenuto politico e ideologico nelle elaborazioni istituzionalistiche, v. Montalenti, 1981, 39 ss.; Teti, 1990, spec. cap. II; Grossi 1999; Cottino, 2005. Nel diritto del lavoro, la concezione di impresa come istituzione ovvero, con importanti differenze di significato, come comunità, influenza alcune ricostruzioni storico-dogmatiche della fattispecie della subordinazione, compiute, ad esempio, da Greco, 1939, nonché da Autori quali Mossa, 1941, spec. 26 ss.; Id., 1942, 162 ss.; Santoro Passarelli F., 1942. In una prospettiva diversa si pone Mancini, 1957 (spec. 22 ss. e 111 ss.), il quale propone la distinzione fra obbligazione lavorativa e vincolo di subordinazione nella logica della scissione fra contratto e rapporto, riconducendo quest'ultimo ad una prospettiva comunitaria dell'impresa, cioè ad una prospettiva di comunanza di interessi e fini fra imprenditore e lavoratori. Sulla distinzione che intercorre fra il concepire l'impresa come istituzione ovvero come comunità, v. ancora Mengoni, 1958, 714 ss.; Nogler, 2002, 113, nt. 19; Ghera, 2003. La configurazione delle posizioni di potere e subordinazione nella logica del contratto e del conflitto di interessi consegue alla riconduzione dell'interesse di impresa all'esclusiva sfera di pertinenza dell'imprenditore. Sul punto è doveoso il rinvio a Minervini, 1958; Mengoni, 1965; Persiani, 1966. Per le modifiche o integrazioni che l'entrata in vigore dello St. Iav.

L'impresa è attività e organizzazione, concepita in relazione ad una determina persona fisica o giuridica (ad esempio la società) che la esercita in qualità di imprenditore (art. 2082 c.c.). Vi sono disposizioni normative, quali gli artt. 1722, 1330, 2112, 2558 c.c., dalle quali si desume che l'impresa, una volta creata dall'imprenditore o dalla società, può essere da questi separata, può proseguire ed esistere nelle mani di soggetti diversi dal suo artefice⁶⁵³. Secondo la dottrina, resta tuttavia difficile inferire da tali norme un grado di soggettività dell'impresa sufficiente a considerarla autonomo centro di imputazione e di riferimento di effetti e rapporti giuridici⁶⁵⁴. A ben vedere, infatti, nel nostro ordinamento la ragione per cui l'impresa è talvolta destinataria di effetti giuridici è che essa è sempre riferibile a un determinato imprenditore o ad una determinata società cui viene di rimbalzo attribuita la titolarità dei rapporti e la legittimazione nei relativi effetti⁶⁵⁵. Parimenti, si può osservare come nella ricerca del datore di lavoro, dare rilevanza alla connessione fra prestazioni di lavoro e impresa, non conduca affatto a "spersonalizzare" il rapporto, poiché dall'impresa si risale pur sempre in automatico ad un soggetto giuridico: l'imprenditore o la società. Sono questi ultimi, non l'impresa, il centro di imputazione dei rapporti di lavoro.

Ma il discorso cambia profondamente quando il giudizio di individuazione del datore di lavoro si fonda sull'attribuzione di rilevanza giuridica qualificatoria alla connessione di fatto esistente fra rapporti di lavoro e impresa di gruppo. L'impresa di gruppo non è riferibile ad una determinata società, bensì ad una pluralità di società. In questo senso, come è stato lucidamente osservato, il fenomeno del gruppo di imprese spezza la tradizionale corrispondenza dell'impresa ad un'unica società⁶⁵⁶ o ad un unico imprenditore, come pure, di conseguenza, la tradizionale corrispondenza del rapporto di lavoro ad un unico datore di lavoro, indicata di recente come una "generale regola giuslavoristica"⁶⁵⁷.

Una volta escluso che si possa identificare il datore di lavoro, il centro di imputazione dei rapporti di lavoro, nell'impresa di gruppo, in sé e per sé considerata, pena il recupero di concezioni

determina rispetto a tale impostazione, v., a solo titolo esemplificativo, Napoli, 1980; Liso, 1982; Mengoni, 1985; Liebman, 1993. In una prospettiva particolare si pone poi Pedrazzoli 1985, spec. cap. 3, 4 e 6. Per la ricostruzione storica del dibattito, sviluppatosi in seno sia al diritto commerciale, sia al diritto del lavoro, v. Santini, 1970; Grossi, 1999; Id., 2000, spec. 171 ss.; Cottino, 2005.

⁶⁵³ La possibilità di ricavare da tali norme una nozione di impresa, intesa come organismo impersonale dotato di autonoma rilevanza giuridica, è sostenuta da Santoro Passarelli F., 1942, 967 ss.; Bigiavi, 1947, 105 ss.; Oppo, 1976, 601; Id., 1982; Id., 1989. L'analisi delle richiamate disposizioni consente agli Autori di approdare ad un concetto di impresa, intesa come istituzione o organismo impersonale e autonomo, che si attaglia solo all'impresa di medie e grandi dimensioni, non alla piccola impresa (spec. Santoro Passarelli F., 1942 e Bigiavi, 1947).

⁶⁵⁴ Fra i tantissimi, v. Minervini, 1958; Santini, 1970, 405; Grandi, 1972, spec. 245 ss.; Galgano, 1978, 19.

⁶⁵⁵ Grandi, 1972, 245-246, per il quale gli artt. 1722, 1330, 2112 e 2558 c.c. non militano a favore di una soggettività autonoma dell'impresa, bensì si pongono sul terreno delle regole che governano il subingresso nelle situazioni contrattuali. Parla di tradizionale e univoca corrispondenza fra impresa e imprenditore Galgano, 1978, 19; Id., 2004. L'idea è ripresa da Vardaro, 1988.

⁶⁵⁶ Si esprimono, a questo proposito, in termini di vera e propria rottura della corrispondenza fra impresa e imprenditore, Vardaro, 1988, 211; Galgano, 2004. V., inoltre, le osservazioni di Amato, 1988, 54.

⁶⁵⁷ Ci si riferisce a Cass. S.U., 26.10.2006 n. 22910, cit. a nt. 64, spec. 1017. Secondo Carinci M. T., 2007, spec. 1032, il percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte confermerebbe la regola dell'unicità del datore di lavoro. Ad avviso dell'Autrice, tale regola costituisce il corollario del divieto di dissociazione fra titolare del rapporto di lavoro e titolare del rischio economico nonché dell'organizzazione produttiva nella quale il lavoratore subordinato è inserito, desumibile, in via interpretativa, dal divieto di interposizione e dalla struttura della sanzione ad esso correlata.

istituzionalistiche da tempo abbandonate⁶⁵⁸, vi sono due soluzioni possibili. La prima è considerare datore di lavoro il gruppo di imprese, concependo il gruppo, pur nel silenzio del dato normativo, come un soggetto di diritto o una persona giuridica, autonoma e distinta dalle singole società che ne fanno parte. Questa soluzione consentirebbe, in particolare, di ristabilire la corrispondenza dell'impresa ad un unico soggetto (il gruppo), salvaguardando, nel contempo, la regola dell'unicità del datore di lavoro⁶⁵⁹. Vi è però una seconda possibile soluzione che consiste nell'identificare una pluralità di datori di lavoro, tanti quante sono le società facenti parte del gruppo (*infra* § 4).

4. (Segue) La soluzione della contitolarità della posizione di datore di lavoro.

La consueta formula con cui si conclude la motivazione di numerose decisioni in materia – il gruppo di imprese non configura un soggetto di diritto autonomo e distinto dalle singole società o imprese, tranne che sussista unicità di impresa, nel qual caso può essere considerato centro unitario di imputazione dei rapporti di lavoro o unico datore di lavoro⁶⁶⁰ – se presa alla lettera, si presta a dare sostegno alla prima delle due soluzioni: titolare dell'impresa di gruppo, e dei rapporti di lavoro ad essa destinati, sarebbe il gruppo, inteso come nuovo soggetto di diritto, autonomo e distinto dalle singole società che ne fanno parte⁶⁶¹.

Tuttavia, qualificare il gruppo come soggetto di diritto si scontra con almeno due rilievi. Il primo è che tale soluzione non è mai stata accolta nel nostro ordinamento e neppure, del resto, in altri sistemi giuridici⁶⁶². Come anticipato, infatti, né gli artt. 2497 e ss. c.c., né l'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003, scalfiscono il principio della formale separazione soggettiva fra le singole società appartenenti al gruppo. La scelta legislativa è dettata da ragioni soprattutto pratiche. L'attribuzione di soggettività giuridica al gruppo, l'unificazione delle singole società in un unico soggetto, finirebbe col privarle di uno dei maggiori incentivi a costituire tale forma organizzativa: la conservazione della propria autonomia patrimoniale e la separazione delle responsabilità⁶⁶³. In secondo luogo, la soluzione del soggetto di diritto risolve l'antinomia fra unicità di impresa e pluralità di società, riducendo quest'ultima ad unità formale. Ma questa soluzione non rispecchia né aderisce alla realtà economica e sociale del fenomeno del gruppo, caratterizzata invece proprio dalla compresenza di unicità di impresa e pluralità di soggetti, ciascuno dei quali conserva, in una certa misura, la propria identità e autonomia⁶⁶⁴.

⁶⁵⁸ Questo pericolo è chiaramente avvertito da d'Alessandro, 1988, 54 ss.; Jaeger, 1996, 1426 ss.; Cottino, 2005, 704 ss. Nella giurisprudenza, propende invece per una soggettivizzazione dell'impresa, ad esempio, Cass. 5.9.2006 n. 19036, cit. a nt. 20, spec. 669.

⁶⁵⁹ A tale proposito, si rinvia al recente contributo di Carinci M. T., 2007.

⁶⁶⁰ V. *retro* § 1.

⁶⁶¹ Sui concetti di soggetto di diritto e di persona giuridica, si rinvia almeno a Falzea, 1939; Scarpelli U., 1959, spec. 118 ss.; Galgano, 1965; Id., 2006; d'Alessandro, 1989. Vale la pena osservare come la soluzione che concepisce il gruppo come autonomo soggetto di diritto, non implichi il recupero dell'idea dell'*Unternehmen an sich*, che si fonda sull'attribuzione di soggettività giuridica non al gruppo di società, bensì all'impresa di gruppo in sé, alla quale viene attribuito carattere istituzionale. Cfr. Mazzotta, 1988, 130; d'Alessandro, 1988, 48; Jaeger, 1996, 1427; Cottino, 2005, 706-707. Accoglie la soluzione della personificazione imperfetta del gruppo Scognamiglio R., 1979, 405.

⁶⁶² Cfr. sul punto d'Alessandro, 1988, 48; Id., 1989; Jaeger, 1996, 1427; Rossi, 1996; Cottino, 2005, 706-707; Galgano, 2006. Cfr. anche Pinto, 2005.

⁶⁶³ Cfr. Jaeger, 1996, 1426 ss.

⁶⁶⁴ V., ad esempio, Campobasso, 2004, 77.

La questione consiste allora nel verificare se vi siano nell'ordinamento schemi capaci non di risolvere, bensì di rappresentare la descritta antinomia. Più in particolare, se vi siano schemi capaci di rappresentare il fatto che le singole società, quando appartengono ad un medesimo gruppo, sono titolari dei rapporti di lavoro e ne esercitano le relative prerogative non come un soggetto solo, e neppure *uti singuli*, ma come pluralità⁶⁶⁵.

Procediamo per gradi.

In base ai meccanismi di imputazione dei rapporti di lavoro, dalla verifica che nei fatti la prestazione di lavoro è destinata all'impresa di gruppo, consegue l'attribuzione della qualità di datore di lavoro al titolare della stessa⁶⁶⁶. Detto titolare, una volta scartate le ipotesi della soggettivizzazione dell'impresa di gruppo ovvero del gruppo di imprese, non può che essere ravvisato nella pluralità delle società (o degli imprenditori) facenti parte del gruppo⁶⁶⁷.

Un possibile schema tramite il quale si può rappresentare la posizione debitoria assunta dalla pluralità di datori di lavoro è quello dell'obbligazione soggettivamente complessa, i cui presupposti tipici, così come ricostruiti in via di sintesi dalla dottrina, sono la pluralità dei debitori⁶⁶⁸, la *eadem res debita* e la *eadem causa obligandi* o unità di titolo⁶⁶⁹. Tralasciando l'analisi dei primi due requisiti, indubbiamente sussistenti nell'ipotesi in oggetto, è invece opportuno soffermarsi sul terzo: l'unicità del titolo (o *eadem causa obligandi*).

Secondo la dottrina civilistica, l'unicità del titolo (fatto, contratto o atto) generatore dell'obbligazione soggettivamente complessa non si identifica necessariamente con l'unitarietà del dato formale, bensì è il risultato di un'operazione interpretativa di elementi di fatto sintomatici della sua unità sostanziale⁶⁷⁰. Sulla scorta di questa indicazione, poco conta se, dal punto di vista giuridico formale, il contratto è concluso fra il lavoratore e una singola società. L'unicità del vincolo contrattuale, intercorrente fra il lavoratore e la pluralità di società, può in ogni caso venire ricostruita sul piano sostanziale, a partire dall'osservazione e dall'interpretazione del comportamento delle parti e delle concrete modalità di svolgimento del rapporto, secondo i criteri che presiedono alla qualificazione del rapporto e all'individuazione del creditore della prestazione lavorativa⁶⁷¹. Va da sé che, nell'interpretazione della volontà delle parti, un notevole supporto è offerto da dati oggettivi quali la documentazione complessiva intercorsa fra le società⁶⁷² e l'esistenza di contratti collettivi di gruppo⁶⁷³, dai quali può desumersi la concreta intenzione di destinare determinate categorie di lavoratori alla soddisfazione dell'interesse di gruppo. Questi indici sembrano avere

⁶⁶⁵ Cfr. le osservazioni di Kelsen, rist. 2000, 87 ss.; Ascarelli, 1959; Galgano, 2006, spec. 15 ss.

⁶⁶⁶ V. *retro* § 3.

⁶⁶⁷ Cfr. Mazzotta, 1988, 366 ss.; Veneziani, 1990, 627; Nogler, 1992a, 308 ss.; De Simone, 1995, 275 ss. Nella giurisprudenza, appaiono prendere posizione a favore di questa soluzione, Cass. 24.3.2003 n. 4274, cit. a nt. 7; Cass. 22.2.1995 n. 2008, cit. a nt. 72; nonché T. Monza 28.4.2004, cit. a nt. 72.

⁶⁶⁸ La pluralità dei debitori è, per vero, considerata un elemento estrinseco, non un elemento interno o un presupposto costitutivo della fattispecie dell'obbligazione soggettivamente complessa, da Busnelli, 1974 e, più di recente, da Orlandi, 1993.

⁶⁶⁹ In generale sul tema, soprattutto, Busnelli, 1974; Id., 1979. V. inoltre Branca, 1957; Rubino, 1968, 130 ss.; Breccia, 1991; Bianca, 1993, 691 ss.; Orlandi, 1993; Cannata, 1999; Mazzoni, 1999; Orlandi, 2006.

⁶⁷⁰ Spec. Busnelli, 1974, 141 ss.; Orlandi, 1993, 31 ss.

⁶⁷¹ Cfr. ancora Mazzotta, 1988, 366 ss.; Nogler, 1992a, 308 ss.

⁶⁷² Un aiuto in questo senso viene dagli obblighi di trasparenza e pubblicità sanciti dagli artt. 2497 e ss. c.c.

⁶⁷³ V. Treu, 1988; Lassandari, 2001, 373 ss.

un'intensa funzione denotativa della volontà delle parti, in grado persino di compensare all'eventuale assenza dell'indice rappresentato dalla "utilizzazione delle prestazioni di lavoro".

A tale proposito, è di interesse una pronuncia di merito, nella quale viene accolta la tesi della contitolarità del rapporto di lavoro da parte di Alitalia e altra società controllata al 100% (Eurofly)⁶⁷⁴. La ragione viene individuata nell'unicità sostanziale di impresa e nella complessiva documentazione (anche contrattuale collettiva), dalla quale risultava come i lavoratori, pur se formalmente dipendenti della controllata, erano in realtà ricondotti alla categoria di "Pilota dipendente dal gruppo". Ad avviso del Tribunale (è questo un passaggio importante dell'argomentazione) poco importa che, nel caso di specie, Alitalia utilizzasse sporadicamente le prestazioni di lavoro; ciò che conta è «la creazione di un sistema in cui era possibile un generalizzato utilizzo dei piloti anche da parte della capo-gruppo, secondo le sue variabili esigenze»⁶⁷⁵.

E dunque nell'ipotesi in cui, sulla base del comportamento delle parti, delle concrete modalità di svolgimento del rapporto, della documentazione e di altri dati oggettivi, la prestazione di lavoro risulti utilizzata e destinata all'impresa di gruppo, la posizione debitoria del datore di lavoro può venire ricondotta alla fattispecie dell'obbligazione soggettivamente complessa, della quale sussistono tutti i presupposti tipici. L'effetto immediato è la solidarietà che ne rappresenta il modo normale di esecuzione e opera in via presuntiva, senza bisogno di un'espressa disposizione di legge (art. 1294 c.c.)⁶⁷⁶.

Il problema consiste a questo punto nel prendere posizione circa la struttura del rapporto obbligatorio intercorrente fra il lavoratore e la pluralità dei datori di lavoro⁶⁷⁷. Nella dottrina civilistica si contrappongono due tesi: la tesi prevalente secondo cui si avrebbero tanti rapporti obbligatori quanti sono i debitori (o i creditori)⁶⁷⁸; la tesi minoritaria secondo cui vi sarebbe invece un unico rapporto obbligatorio del quale sono "contitolari" una pluralità di debitori o creditori (dottrina della "contitolarità")⁶⁷⁹.

In una recente decisione, la Suprema Corte (pur senza approfondire molto il profilo giuridico) prende posizione a favore di quest'ultima soluzione, affermando che, in presenza di unicità di

⁶⁷⁴ T. Monza 28.4.2004, cit. a nt. 72.

⁶⁷⁵ Ibidem, 553.

⁶⁷⁶ Nella giurisprudenza tale soluzione è accolta espressamente in Cass. 24.3.2003 n. 4274, cit. a nt. 7, e implicitamente in Cass., 22.2.1995 n. 2008 cit. a nt. 72. Di interesse, a questo proposito, è poi una più risalente decisione delle Sezioni Unite, dove viene configurato un regime di solidarietà fra le società del gruppo, assoggettate ad una procedura di amministrazione controllata e, successivamente straordinaria, per la corresponsione del compenso ai commissari e agli amministratori (Cass. S.U., 21.1.1988 n. 423, GC, 1988, 1201 ss.). Di contro, quando il titolo generatore consiste nel collegamento fra una pluralità di fatti o contratti, di per sé incapaci di assurgere a complesso unitario, si ritiene per lo più necessaria una espressa valutazione del legislatore circa l'idoneità di tale collegamento a generare un'obbligazione soggettivamente complessa. L'effetto della solidarietà si produce quindi solo in presenza di un'espressa disposizione di legge (Rubino, 1968, 139-140; Bianca, 1993, 704). Con riguardo alla funzione svolta dalle norme sulla solidarietà in materia di appalto o somministrazione di lavoro, attraverso le quali diventa possibile attrarre sul piano giuridico legami commerciali fra le imprese altrimenti irrilevanti, v. spec. Corazza, 1997; Ead., 2004, cap. 5; di recente, Speziale, 2006; Alvino, 2007. Per quanto concerne la riconduzione della solidarietà al piano degli effetti e non al piano della fattispecie, v. Busnelli, 1979, 341; Orlandi, 1993, 22 ss.; Id., 2006.

⁶⁷⁷ Cfr. Nogler, 1992a, 303 ss.

⁶⁷⁸ Per tutti Bianca, 1993, 699 ss. Nella giurisprudenza v., di recente, Cass. 5.2.2000 n. 1290, GI, 2001, I, 1, 266 ss.

⁶⁷⁹ Specialmente Busnelli, 1974; Id. 1979. V. Orlandi, 1993; Id., 2006. Cfr. anche Branca, 1957, il quale riconduce l'ipotesi del rapporto unico con pluralità di soggetti all'obbligazione correale e all'obbligazione collettiva.

impresa, si configura un solo rapporto di lavoro fra il lavoratore e la pluralità di società, legate insieme dal vincolo della solidarietà⁶⁸⁰.

La soluzione della "contitolarità" del rapporto unico appare preferibile rispetto a quella che ne postula la scomposizione, poiché è la sola in grado di fornire una rappresentazione efficace del fatto che la prestazione lavorativa è destinata a soddisfare un interesse di gruppo, un interesse collettivo, che non può venire semplicemente frammentato in una pluralità di rapporti, tanti quanti sono le società del gruppo. Esso rappresenta qualche cosa d'altro dalla somma dei singoli interessi delle società, come dimostra, d'altra parte, la teoria dei vantaggi compensativi, accolta nell'art. 2497 c.c., che in una certa misura munisce l'interesse di gruppo di rilievo giuridico autonomo rispetto a quello delle singole società⁶⁸¹.

La dottrina della contitolarità viene formulata proprio al fine di innervare nella struttura dell'obbligazione soggettivamente complessa lo scopo comune che lega una pluralità di soggetti (debitori o creditori)⁶⁸². Fino a quel momento, l'unica soluzione ritenuta idonea a rappresentare tale situazione consisteva nell'ipotizzare l'esistenza di un nuovo soggetto di diritto, un soggetto collettivo⁶⁸³. L'antinomia fra unità e pluralità veniva cioè risolta riducendo la pluralità dei soggetti ad unità formale⁶⁸⁴.

Ma la comunanza di interessi e la coesione che essa esercita su di una pluralità di soggetti può venire espressa, anziché sul terreno dei soggetti di diritto, sul terreno dei rapporti giuridici⁶⁸⁵ e in particolare della titolarità degli stessi⁶⁸⁶.

Non c'è bisogno di creare un nuovo soggetto di diritto, né di frammentare l'interesse comune in una pluralità di interessi individuali; è sufficiente ricondurre detto interesse, così com'è, all'interno di un unico rapporto obbligatorio imputato alla pluralità dei soggetti⁶⁸⁷. In quest'ottica, la comunanza di interessi fra più titolari diventa il nucleo essenziale, il segno più distintivo della contitolarità⁶⁸⁸.

Quando, oltre allo scopo comune, si raffiguri un'organizzazione destinata al suo perseguimento, si versa in un'ipotesi di "contitolarità qualificata", appunto, dall'esistenza di una vera e propria collettività organizzata in vista del perseguimento di detto fine⁶⁸⁹. L'esistenza di uno scopo comune e di una collettività organizzata, non riconosciuta come soggetto di diritto, restano

⁶⁸⁰ Così Cass. 24.3.2003 n. 4274, cit. a nt. 7. V. anche Cass. 22.2.1995 n. 2008, cit. a nt. 72; nonché T. Monza 28.4.2004, cit. a nt. 72, dove si parla espressamente di "contitolarità".

⁶⁸¹ V. retro § 2.

⁶⁸² Formulata da Busnelli, 1974, 161 ss.; Id., 1979. Cfr. Orlandi, 1993; Id., 2006.

⁶⁸³ Cfr. Cornelutti, 1913 e, seppure con significato in parte diverso, Branca, 1957, spec. 161-162.

⁶⁸⁴ Busnelli, 1974, 179 ss.

⁶⁸⁵ Spunti in questo senso erano già in Kelsen, il quale, nel mettere fortemente in discussione l'effettiva esigenza e utilità del concetto di persona giuridica, suggerisce di spostare l'attenzione dal soggetto all'oggetto del diritto: i rapporti giuridici. In particolare, l'appartenenza ad una collettività organizzata può essere configurata, sul piano normativo, anziché attraverso l'impiego del concetto di persona giuridica, attraverso l'impiego della categoria della solidarietà, *sub specie* di obbligazione collettiva (Kelsen, 2000, 87-90; nonché d'Alessandro, 1989, 4 e 59 ss.; Ascarelli, 1959, 251 e 294 ss.; Galgano, 2006, 1 ss.)

⁶⁸⁶ Busnelli, 1974, 186.

⁶⁸⁷ Ibidem, 185.

⁶⁸⁸ Ibidem, 192.

⁶⁸⁹ Ibidem, 196; Id., 1979, 330-331.

fenomeni interni, giuridicamente irrilevanti, a meno che la prestazione contratta risulti destinata allo scopo comune. Qui, la condivisione del fine e l'organizzazione collettiva cessano di essere vicende meramente interne e si innervano nel rapporto obbligatorio, modificandone il profilo strutturale nel segno della contitolarità qualificata⁶⁹⁰.

Parimenti, nel caso in cui la prestazione di lavoro risulti utilizzata nell'impresa di gruppo e destinata all'interesse di gruppo, vi sono tutti gli elementi per configurare un'ipotesi di contitolarità qualificata del rapporto di lavoro e, più specificamente, della posizione complessiva spettante al datore di lavoro. Questa soluzione rappresenta, in particolare, lo schema attraverso il quale l'interesse di gruppo (al quale la prestazione lavorativa viene conformata) non resta confinato nell'area dell'irrilevanza giuridica, ma trasmigra all'interno della struttura del contratto, arricchendo il contenuto della posizione complessiva spettante al datore di lavoro dei profili e degli interessi organizzativi riferibili alla collettività organizzata cui egli appartiene⁶⁹¹.

La questione viene impostata e risolta in termini simili anche nell'ordinamento giuridico spagnolo, dove la "cotitularidad" del rapporto di lavoro, dal lato del datore di lavoro, può risultare: 1) dal contratto di lavoro stesso, nel quale è previsto che il lavoratore subordinato eseguirà la prestazione a favore di una pluralità di datori di lavoro; 2) da una convenzione fra gli imprenditori appartenenti al gruppo, che si definiscono espressamente *organización laboral unitaria dotada de una plantilla única*; 3) dai fatti (cosiddetta *cotitularidad fáctica*), allorquando il gruppo funziona in concreto come un'"única organización laboral", seppure in assenza di previsioni contrattuali o convenzionali, e i lavoratori svolgono di fatto le loro prestazioni a favore della pluralità degli imprenditori facenti parte del gruppo⁶⁹². In quest'ultimo caso, l'appiglio ad un criterio realistico, piuttosto che formalistico, consente di approdare ad una rilettura della nozione di datore di lavoro alla luce dell'idea della contitolarità del rapporto di lavoro⁶⁹³. In tutte e tre le ipotesi di contitolarità, fra la pluralità di datori di lavoro si configura un regime di solidarietà negli obblighi che derivano dal contratto di lavoro⁶⁹⁴. Pur se con conseguenze normative più limitate, va inoltre menzionata la nozione di *Associated Employer*, contenuta nell'*Employment Rights Act* del 1996⁶⁹⁵.

⁶⁹⁰ Busnelli, 1974, 22 e, seppure con differenze di significato di non poco conto, che si esamineranno in seguito, Branca, 1957, 161.

⁶⁹¹ Sulle ripercussioni che produce l'attrazione dell'interesse organizzativo all'interno della struttura del contratto di lavoro (segnalmente della causa), sotto il profilo della ricostruzione dogmatica della fattispecie della subordinazione e dell'individuazione del fondamento e dei limiti all'esercizio dei poteri del datore di lavoro, è doveroso e scontato il rinvio a Mengoni, 1965, spec. 684 ss.; Persiani, 1966, spec. 45 e 264 ss. e alle successive precisazioni di Liso, 1982, spec. 52 ss. Con riguardo ai gruppi, l'esigenza di far penetrare nel concetto di datore di lavoro i profili organizzativi riferibili alla realtà complessiva del gruppo è chiaramente avvertita da Veneziani, 1990, 612 ss.; Meliàdò, 1991a, 59 ss.; De Simone, 1995. In generale, sul punto, cfr. Corazza, 2004, spec. 250 ss., la quale, tuttavia, identifica nel rapporto la zona di incidenza dell'interesse organizzativo condiviso da soggetti economici distinti, recuperando la tesi della scissione fra contratto e rapporto proposta da Mancini, 1957.

⁶⁹² Baz Rodríguez, 2002, 214-215.

⁶⁹³ Baz Rodríguez, 2002, spec. 54 ss.

⁶⁹⁴ Ibidem, 220 ss.

⁶⁹⁵ V. *Employment Rights Act (ERA)* 1996, section 231, che utilizza, a tale proposito, il concetto di *Associated Employer*, stabilendo che «any two employers shall be treated as associated if – (a) one is a company of which the other (directly or indirectly) has control, or (b) both are companies of which a third person (directly or indirectly) has control (...»). In dottrina, v. Collins, 1990, spec. 739-740; Deakin, 2001, 79-80; Deakin, Morris, 2005, 213 ss.; Deakin, Wilkinson, 2005, 314-318. Va osservato che il grado di intensità del controllo, che giustifica la considerazione di società formalmente separate come *Associated Employer*, non è definito dall'*Employment Rights Act* ma è rimesso all'apprezzamento dei giudici che, come detto (§ 1), si basano o sul *Single Economic Entity Test* o, nelle ipotesi di integrazione azionaria anziché di tipo contrattuale, sulla percentuale di azioni possedute che, generalmente, deve essere almeno pari al 51%. Fra gli effetti normativi riconlegati a tale ipotesi si possono menzionare: l'applicazione dell'*Equal Pay Act* del 1970 (v. *infra* § 5);

Sulla scia di importanti elaborazioni interpretative, occorrerebbe poi specificare ulteriormente l'interesse di gruppo che può assumere rilevanza sul piano del singolo rapporto di lavoro. Di certo non l'interesse a realizzare i risultati produttivi che il gruppo nel suo complesso si prefigge; ma piuttosto l'interesse ad ottenere una prestazione lavorativa *coordinata*⁶⁹⁶ ovvero, secondo precisazioni successive, *coordinabile*⁶⁹⁷ agli altri fattori della produzione, in modo da consentire l'esercizio dell'attività di impresa di gruppo.

In chiusura di questo paragrafo è utile tracciare almeno due ipotesi, contigue a quella sino a questo momento esaminata, nelle quali, mancandone gli elementi caratterizzanti, non si può configurare contitolarità. Si consideri, anzitutto, il caso in cui il rapporto di lavoro intercorra fra un lavoratore e una società appartenente ad un gruppo caratterizzato da unicità di impresa e tuttavia la prestazione di lavoro risulti di fatto inserita e utilizzata *non* nell'ambito dell'impresa di gruppo, bensì nel più ristretto contesto imprenditoriale del quale è esclusiva titolare la singola società. In quest'ipotesi, pur configurandosi un'impresa unica o di gruppo, manca l'elemento di fatto che consente l'imputazione del rapporto alla pluralità di società: l'utilizzazione e destinazione della prestazione di lavoro all'impresa e all'interesse del gruppo. Qui, l'esistenza di una collettività organizzata resta una vicenda meramente interna, che non permea il concreto svolgimento della prestazione lavorativa e non si innerva nel contenuto del rapporto obbligatorio, modificandone il profilo strutturale nel segno della contitolarità.

In secondo luogo, si consideri l'ipotesi, assai frequente nella pratica, in cui fra la società, formale datrice di lavoro, e un'altra intercorra un rapporto commerciale di semplice controllo (azionario o contrattuale) o collegamento, ai sensi dell'art. 2359 c.c., non accompagnato dal concreto esercizio di un'unitalia attività di direzione e coordinamento, né dalla predisposizione di un'unitalia struttura imprenditoriale. Mancano in questo caso gli elementi di fatto denotativi dell'impresa di gruppo. Non c'è infatti né direzione e coordinamento unitario, né unicità della struttura organizzativa e produttiva, né scopo di gruppo. Di conseguenza, la connessione del rapporto di lavoro all'impresa di gruppo, la sua destinazione ad uno scopo comune, non può essere apprezzata nel mondo dei fatti, ma eventualmente solo in una dimensione normativa. Occorrerebbe cioè un'espressa disposizione di legge (ad esempio la previsione legale della solidarietà) che consenta di apprezzare alla stregua di un complesso unitario le fattispecie del rapporto di lavoro e del controllo o del collegamento societario che nel mondo dei fatti sono solamente collegate⁶⁹⁸. L'intervento normativo costituisce in questa ipotesi l'unico mezzo attraverso il quale il fenomeno dell'integrazione, azionaria o contrattuale, pur non raggiungendo dignità di impresa, può acquistare rilevanza sul piano giuridico e più in particolare sul piano dei rapporti di lavoro⁶⁹⁹.

la possibilità attribuita al giudice di ordinare il *re-engagement* del lavoratore licenziato ingiustamente nei confronti dell'originario datore di lavoro o anche dell'*associated employer* (ERA 1996, section 115, v. *retro* nt. 12); la possibilità di computare nel requisito numerico selettivo dell'applicazione di determinati diritti del lavoratore anche i dipendenti dell'*associated employer* (v. Deakin, Morris, 2005, 213). Sul riconoscimento della continuità del rapporto di lavoro, al fine di poter invocare l'*Unfair dismissal*, v. *infra* § 5.

⁶⁹⁶ Persiani, 1966, 266.

⁶⁹⁷ Liso, 1982, 55.

⁶⁹⁸ Cfr., in generale, Rubino, 1968, 131 e 139 ss. Con specifico riguardo all'ipotesi in oggetto, v. Corazza, 1997; Ead., 2004, cap. 5.

⁶⁹⁹ V. Corazza, 2004, la quale osserva come la previsione legislativa del regime della solidarietà costituirebbe «sul versante del rapporto di lavoro, il terreno d'emersione dei legami commerciali alla base della *contractual integration*» (250). L'Autrice prende in considerazione unicamente il fenomeno dell'integrazione contrattuale fra imprese. Tuttavia, almeno a parere di chi scrive, le Sue conclusioni possono valere anche in relazione al fenomeno del collegamento e del controllo societario, di tipo azionario.

5. Applicazioni di tale soluzione.

Nell'esaminare alcune applicazioni della soluzione della contitolarità, qui ipotizzata, può risultare utile distinguere le situazioni di condebito e concredito in cui essa si traduce.

Come detto, l'effetto tipico e automatico del condebito (o obbligazione soggettivamente complessa) è la solidarietà (art. 1294 c.c.), da specificarsi, in questa particolare ipotesi, nei termini di obbligazione collettiva⁷⁰⁰. Questa soluzione, corroborata dall'esperienza dell'ordinamento giuridico spagnolo⁷⁰¹, e da recenti indicazioni della Commissione Europea⁷⁰², oltre a costituire un indubbio incentivo per le imprese a controllare attentamente l'affidabilità e la solidità economica dei propri *partners*⁷⁰³, risponde all'esigenza, avvertita da una parte della dottrina⁷⁰⁴, di graduare l'estensione del regime di solidarietà a seconda dell'intensità dell'integrazione esistente fra i soggetti economici. Segnatamente, nell'ipotesi in oggetto, dove detta integrazione raggiunge la sua massima intensità e si configura un'unica impresa, la regola della solidarietà opera automaticamente, senza bisogno di una specifica previsione di legge, e si estende non solo agli obblighi retributivi e contributivi ma a tutti gli obblighi del datore di lavoro.

Altra questione sulla quale ci si potrebbe interrogare concerne il trattamento retributivo applicabile ad un "dipendente del gruppo". Se la prestazione di lavoro è utilizzata per perseguire un interesse di gruppo, anziché l'interesse della singola società formale datrice di lavoro, il lavoratore ha diritto a un diverso trattamento retributivo? In assenza di indicazioni normative e contrattuali collettive sul punto, la risposta sembrerebbe a prima vista negativa a meno che ovviamente si dimostri che, nel singolo caso, il concreto svolgimento della prestazione a favore del gruppo ha comportato un mutamento delle mansioni originarie e del conseguente inquadramento professionale del lavoratore. In proposito, un ruolo importante può essere svolto dalla contrattazione collettiva decentrata di gruppo⁷⁰⁵, che potrebbe prevedere inquadramenti professionali particolari o indennità aggiuntive per i c.d. "dipendenti del gruppo". In particolare, si potrebbe immaginare che ai dipendenti del gruppo sia corrisposta un' "indennità di funzione", in linea generale riconosciuta nelle ipotesi di svolgimento di mansioni e compiti particolarmente complessi e di assunzioni di più onerose responsabilità che non giustificano tuttavia un superiore inquadramento professionale⁷⁰⁶.

⁷⁰⁰ V. principalmente Busnelli, 1974, 21; Id., 1979; Branca, 1957, il quale attribuisce tuttavia a tale espressione un diverso significato. A tale proposito v. Breccia, 1991, 172-173. Nel diritto del lavoro, questa soluzione è stata indagata, con riguardo al tema specifico dei gruppi, da Mazzotta, 1988, 369 ss.; Id., 1991, 127 ss.; Nogler, 1992a, 306 ss.; De Simone, 1995, spec. 275 ss.; Nappi, 2004, 78.

⁷⁰¹ Baz Rodríguez, 2002, spec. 54 ss. e 220 ss. Con riguardo al Regno Unito, l'idea di una "group responsibility" è stata avanzata da Collins, 1990. V. anche Lord Wedderburn, 1986, 96 ss.

⁷⁰² V. il Libro Verde varato dalla Commissione Europea il 22 novembre 2006, dal titolo ufficiale *Modernising Labour Law to meet the challenges of the 21st Century*. Più in generale, sulla solidarietà quale tecnica di regolazione principale delle operazioni di decentramento produttivo anche in una prospettiva comparata, v. De Luca Tamajo, 2007, 25 ss.; Perulli, 2007, 33 ss. V., inoltre, diffusamente, Ichino, 1999; Id., 2004b; Corazza, 2004; Speziale, 2006. Con particolare riguardo alle recenti modifiche legislative apportate al regime della responsabilità solidale negli appalti, v. Alvino, 2007.

⁷⁰³ Così Corazza, 1997; Ead., 2004, cap. 5.

⁷⁰⁴ Corazza, 2004, 254-255.

⁷⁰⁵ Sulla contrattazione collettiva di gruppo v. Treu, 1988; Lassandari, 2001.

⁷⁰⁶ V., ad esempio, l'Ordinanza del Consiglio federale svizzero relativa al personale federale in vigore dal 2002. Ai sensi dell'art. 46 dell'Ordinanza (che costituisce concreta attuazione dell'art. 15.4, L. sul personale federale del 24.3.2000) le «indennità di funzione possono essere versate a impiegati che adempiono compiti particolarmente esigenti senza che tuttavia si giustifichi un trasferimento durevole in una classe di stipendio superiore». È poi interessante il meccanismo previsto per la determinazione dell'importo di tale

Ancora più delicata è l'analisi delle modalità di esercizio delle facoltà e delle prerogative connesse alla posizione attiva riconducibile alla contitolarità. A tale fine, è opportuno ricordare i diversi significati attribuiti dalla dottrina al concredito o all'obbligazione collettiva attiva.

Secondo una più risalente impostazione, l'obbligazione collettiva, attiva o passiva, è caratterizzata «dal fatto che, pur essendo più i soggetti (debitori o creditori), il rapporto o il vincolo è uno solo»⁷⁰⁷. Tuttavia, i membri della collettività sono considerati titolari del rapporto obbligatorio tutti insieme, cioè, in sostanza, come un unico soggetto collettivo⁷⁰⁸. La conseguenza pratica è che l'esercizio materiale del credito o della facoltà non può che avvenire congiuntamente o collettivamente.

Di contro, nella prospettiva della contitolarità, l'interesse del gruppo viene attratto all'interno dell'unico rapporto obbligatorio, senza con questo però ridurre la pluralità ad *unica* collettività ad *unico* soggetto collettivo. La conseguenza pratica è che lo scopo comune «non implica che i più soggetti agiscano sempre congiuntamente. È, piuttosto, principio essenziale che l'attività dei contitolari, esercitata *singulatim* o collettivamente, sia strumento idoneo alla conservazione o alla realizzazione dell'interesse comune»⁷⁰⁹. In quest'ottica il concetto di contitolarità presenta somiglianze rispetto a quello di "obbligazione correale attiva", teorizzato sempre dalla dottrina poc'anzi ricordata, dove un unico rapporto fa capo ad una pluralità di soggetti, ciascuno dei quali ne dispone per intero, come se fosse il solo e unico creditore⁷¹⁰.

La soluzione da ultimo richiamata si rivela maggiormente idonea a rappresentare la realtà dei gruppi caratterizzati da unicità di impresa, dove l'accenramento gerarchico organizzativo non determina la totale perdita di autonomia delle singole società (o dei singoli imprenditori) nella gestione e organizzazione delle prestazioni di lavoro. L'interesse di gruppo orienta il modo di esercizio dei poteri del datore di lavoro, ma non ne postula certo un esercizio "congiunto" o simultaneo, inattuabile e impossibile dal punto di vista pratico.

Così, se determinate prestazioni di lavoro sono destinate per volontà delle parti agli scopi comuni del gruppo, nondimeno ciascuna società continua ad esercitare singolarmente il proprio potere direttivo e conformativo, seppure in vista e nei limiti del perseguitamento, non del proprio esclusivo interesse, bensì della strategia e dei fini produttivi che accomunano le società del gruppo⁷¹¹. Accade poi di frequente che, alla luce del disegno e della strategia complessiva del gruppo, si renda

indennità, che non può mai essere superiore alla differenza fra «l'importo massimo della classe di stipendio stabilita nel contratto di lavoro e l'importo massimo stabilito per la funzione con classe di stipendio superiore». Di "indennità di funzione", con riferimento ai quadri, si parla anche nell'art. 66, CCNL delle attività ferroviarie del 16.4.2003, che fa riferimento «alla peculiare natura delle responsabilità proprie della qualifica rivestita, alle specifiche funzioni, e alle tipologie di attività definite nelle declaratorie (...).».

⁷⁰⁷ Branca, 1957, 150

⁷⁰⁸ Branca, 1957, 161-162.

⁷⁰⁹ Busnelli, 1974, 193.

⁷¹⁰ Ci si riferisce alla tesi di Branca, 1957, 154. Con riferimento ai gruppi, richiama il concetto di "correalità", Nogler, 1992a, 306 ss.

⁷¹¹ In una prospettiva comparata, v. Baz Rodríguez, 2002, 216 ss. il quale sottolinea come, nell'ipotesi della contitolarità contrattuale e convenzionale, il potere direttivo, di vigilanza e di controllo e il potere disciplinare, sia esercitato dalle società *en manu común* (congiuntamente). Diversamente, invece, nell'ipotesi della contitolarità di fatto. Nell'ottica dell'Autore, la dichiarazione giudiziale del regime di responsabilità solidale fra la pluralità di imprenditori, rappresenta una sanzione, non l'effetto giuridico prodotto dall'accertamento e dalla diversa qualificazione giuridica di una situazione di fatto. La contitolarità non viene accertata dal giudice e, di conseguenza, non si producono gli effetti giuridici ad essa generalmente collegati, fra i quali, appunto, l'esercizio congiunto del potere direttivo e disciplinare.

necessario trasferire il lavoratore presso un'altra società. La giurisprudenza, come visto, tende ad inquadrare quest'ipotesi nell'ambito del distacco (art. 30, d.lgs. n. 276 del 2003). Tuttavia, applicando la soluzione della contitolarità, potrebbe risultare più coerente ricondurre la vicenda alla fattispecie del trasferimento dei lavoratori presso altra unità produttiva⁷¹². L'esercizio del potere resterebbe così condizionato alla prova di «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» (art. 2103, c. 1, ultima parte, c.c.); mentre non sarebbe più necessario dimostrare la sussistenza di un effettivo interesse in capo alla distaccante: interesse, invero, già assorbito (come si ammette in qualche decisione) dall'esistenza di una strategia comune di gruppo⁷¹³. Indicazioni in questo senso si ricavano, del resto, dall'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 72 del 2000, che accomuna sotto il nome di distacco le ipotesi del trasferimento, in ambito comunitario, del lavoratore «presso un'unità produttiva della medesima impresa o (corsivo mio) presso altra impresa appartenente allo stesso gruppo». La nozione di distacco, qui utilizzata in senso improprio, sembrerebbe assumere il significato del “trasferimento”, atteso che la sussistenza di un effettivo interesse in capo alla distaccante non ne rappresenta un elemento costitutivo⁷¹⁴.

La disciplina del condebito e del concredito, si può poi ricavare, ricorrendo all'interpretazione analogica, da norme che regolano casi simili o materie analoghe (art. 12 preleggi): cioè da norme che disciplinano l'ipotesi in cui ad un unico contratto, rapporto di lavoro, partecipino più soggetti come co-datori di lavoro⁷¹⁵.

Ci si addentra qui in un problema quanto mai complesso. Potrebbe, infatti, venire in rilievo la disciplina in materia di somministrazione di lavoro. Si potrebbe discutere della possibilità di applicare, in via analogica, quelle norme che prevedono non tanto la solidarietà nell'esecuzione di taluni obblighi (alla cui applicazione generalizzata si giunge attraverso le regole di cui agli artt. 1292 e ss. c.c.), quanto piuttosto la parità di trattamento e l'esercizio dei diritti sindacali (artt. 23 e 24, d.lgs. n. 276 del 2003)⁷¹⁶. Con riferimento alla parità di trattamento retributivo fra uomini e donne, si può fare riferimento al Regno Unito, nel quale l'*Equal Pay Act* del 1970 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il trattamento retributivo assunto a termine di comparazione sia applicato da un *Associated Employer*⁷¹⁷.

⁷¹² In senso contrario De Simone, 1991, 89; Ead., 1995, 326 ss. L'Autrice però afferma che si configura trasferimento, di cui all'art. 2103 c.c., e non distacco, nei cosiddetti “pseudo-gruppi”, dove si configura unicità di impresa. Qui, l'applicazione dell'art. 2103 c.c. costituisce la «conseguenza necessaria del disconoscimento dell'alterità soggettiva dei soggetti che operano all'interno di un'unica impresa. All'interno dei veri gruppi, invece, quando cioè non vi sia violazione del divieto di interposizione e non sia perciò configurabile un'unicità di impresa, non si possono sovrapporre due fattispecie che devono restare distinte: il distacco e il trasferimento» (Ead. 1995, 326). Sembra quindi che l'impostazione dell'Autrice e quella qui proposta in realtà coincidano. La differenza è che i gruppi caratterizzati da unicità di impresa non corrispondono, nell'interpretazione qui proposta, a “pseudo-gruppi”, ma a gruppi veri, del tutto fisiologici.

⁷¹³ V. specialmente Cass. 26.5.1993 n. 5907, cit. a nt. 16.

⁷¹⁴ Cfr. Zoli, 2004, 338-339.

⁷¹⁵ In questo senso, v. Busnelli, 1974, 215 ss., il quale ritiene applicabili alla contitolarità, in via analogica o estensiva, le norme sui contratti caratterizzate dal fatto che una pluralità di soggetti vi partecipano come concreditori o condebitori, nonché alcune delle norme che disciplinano la comunione dei diritti reali.

⁷¹⁶ La parità di trattamento è stata, ad esempio, sostenuta da Pinto, 1999, 456 ss., richiamando l'art. 2358 c.c., ai sensi del quale i dipendenti della società controllante e i dipendenti della società controllata sono equiparati sotto il profilo delle facilitazioni concesse dalla società emittente per l'acquisto di azioni, in deroga al divieto di accordare prestiti o garanzie, anche per interposta persona, per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie.

⁷¹⁷ *Equal Pay Act* 1970, section 1 (6). Cfr. ancora Collins, 1990, spec. 739-740. Deakin, Morris, 2005, 213 secondo i quali «for the purposes of a claim for equal pay the applicant may choose as a comparator an employee of the same employer or of an associated

Ancora, la disciplina in materia di somministrazione di lavoro potrebbe venire in rilievo per quanto riguarda le modalità di esercizio dello *ius variandi*. Ad esempio, è ragionevole immaginare che ciascuna società possa esercitare singolarmente lo *ius variandi*. E tuttavia, nel caso di assegnazione a mansioni superiori, è altrettanto ragionevole immaginare che, affinché scatti la solidarietà nell'obbligo di corrispondere le differenze retributive, le altre società debbano averne ricevuto informazione (art. 23, c. 6, d.lgs. n. 276 del 2003) dalla direzione centrale di amministrazione e gestione del personale dipendente di gruppo, istituita, nella generalità dei casi, presso la *holding*⁷¹⁸.

Un ragionamento simile si potrebbe seguire anche con riferimento all'esercizio del potere disciplinare. Sulla falsa riga di quanto previsto dall'art. 23, c. 7, d.lgs. n. 276 del 2003, e traendo spunto dall'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003 (che prevede la possibilità per le imprese del gruppo di delegare alla capogruppo gli adempimenti, di carattere tuttavia soltanto amministrativo, in materia di personale), sarebbe possibile ipotizzare che le singole società siano tenute ad inviare gli elementi che formano oggetto della contestazione alla direzione e amministrazione delle categorie dei lavoratori cosiddetti dipendenti del gruppo, cui spetta, in ultima analisi, l'irrogazione delle relative sanzioni⁷¹⁹.

L'analisi di un'interessante, pur se risalente, *case-law* apre poi la questione relativa al riconoscimento della continuità del rapporto di lavoro nell'ipotesi in cui un lavoratore, in virtù di successivi contratti di lavoro, abbia svolto la propria prestazione alle dipendenze di diverse società appartenenti al medesimo gruppo⁷²⁰.

Configurare un regime di contitolarità della posizione di datore di lavoro produce infine ripercussioni sul versante dell'autonomia collettiva. In particolare, questa soluzione consente di attrarre, entro certi limiti, l'interesse di gruppo all'interno dei rapporti di lavoro non solo individuali ma anche collettivi⁷²¹. In questa sede, ci si limita ad accennare a come, in questo modo, venga restituita ai soggetti della contrattazione collettiva la capacità di svolgere un'effettiva funzione di

employer, if they fulfill the other necessary conditions of being employed at the same establishment or in an establishment to which common terms and conditions apply».

⁷¹⁸ Un esempio è nella vicenda analizzata da T. Monza 28.4.2004, cit. a nt. 72. Nell'ordinamento giuridico spagnolo, è questa l'ipotesi della contitolarità convenzionale, dove gli imprenditori o le società facenti parte del medesimo gruppo istituiscono un'*organización laboral unitaria* dotata di una *plantilla única* (Baz Rodríguez, 2002, 215).

⁷¹⁹ È tuttavia chiaro che, al fine di sostenere l'applicazione analogica delle norme in materia di somministrazione di lavoro, occorrerebbe dimostrare che esse non hanno carattere eccezionale (art. 14 delle preleggi). La questione esorbita i limiti di questo contributo. Si osserva soltanto come una possibile via per superare tale ostacolo appare tracciata da quella parte della dottrina che, dai lavori preparatori alla l. n. 1369 del 1960, dall'analisi della disciplina in materia di somministrazione di lavoro (specialmente dall'art. 22, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 276 del 2003) e dalla formulazione letterale dell'art. 2094 c.c., desume la compatibilità logica fra il tipo legale, di cui all'art. 2094 c.c., e la dissociazione della posizione complessiva spettante al datore di lavoro (per tutti, Ichino 1999, 220 ss.; Id. 2004a, 294 ss.). In una prospettiva de *iure condendo*, le norme in materia di somministrazione sembrano, in ogni caso, destinate a costituire il punto di riferimento di un eventuale intervento legislativo rivolto a colmare le lacune esistenti in materia di contitolarità del rapporto di lavoro.

⁷²⁰ *Pickney v. Sandpiper Drilling Ltd and other trading in partnership as KCA Offshore Drilling Services* [1989] IRLR 425; *Hancill v. Marcon Engineering Ltd* [1990] IRLR 51. In entrambi i casi viene riconosciuto al lavoratore il diritto di invocare l'*unfair dismissal*, nonostante il rapporto di lavoro in questione avesse avuto una durata inferiore al periodo di tempo minimo a tale fine richiesto dalla legge (*Qualifying period of employment*. V., oggi, ERA 1996, section 108). A tale risultato si giunge riconoscendo la "continuità" fra il rapporto di lavoro in questione e quello in precedenza intercorso con altra società appartenente al medesimo gruppo. V. anche Lord Wedderburn, 1986, 96 ss.

⁷²¹ V. *retro* § 4.

contemperamento fra le esigenze organizzative e le esigenze di tutela dei lavoratori: funzione che, nei gruppi, è compromessa, o almeno indebolita, perché i reali confini dell'impresa e il quadro effettivo degli interessi in gioco sono nascosti e frammentati dall'applicazione formalistica del principio della formale separazione soggettiva⁷²².

6. Assonanze e divergenze con il diritto commerciale.

Il raffronto fra le nozioni di impresa di gruppo e di interesse di gruppo, elaborate nel diritto commerciale, e quella di unicità di impresa, utilizzata dalla giurisprudenza lavoristica, ha qui consentito di chiarire e approfondire il significato giuridico da attribuire a quest'ultima espressione e di selezionarne con maggiore consapevolezza gli indici di fatto denotativi: l'esistenza di un'unitaria struttura produttiva e organizzativa e l'esercizio da parte della capogruppo di un'attività di direzione e coordinamento funzionale al perseguitamento di uno "scopo comune"⁷²³. Una volta verificata l'esistenza di un'unicità di impresa o di un'impresa di gruppo, da un punto di vista di diritto del lavoro la questione consiste nel chiedersi se la prestazione lavorativa sia utilizzata nell'ambito della stessa e destinata al perseguitamento dell'interesse comune di gruppo. Se la risposta è positiva, secondo l'ipotesi qui formulata si potrà concludere per un regime di contitolarità del rapporto di lavoro. Viceversa, se la risposta è negativa, del rapporto di lavoro resterà esclusiva titolare la società che assume formalmente le vesti di datore di lavoro. La risposta a questo quesito non dipende dunque da giudizi circa la natura patologica o fisiologica del fenomeno gruppo, bensì dall'accertamento delle concrete modalità di svolgimento della prestazione di lavoro⁷²⁴.

In quest'ultimo passaggio argomentativo emerge tuttavia una divergenza di non poco conto fra diritto del lavoro e diritto commerciale. Infatti, la soluzione della contitolarità del rapporto di lavoro si pone per molti aspetti in contrasto con la disciplina giuscommercialistica, in materia di attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società dove, ai sensi dell'art. 2497 c.c., come pure dell'art. 90, d.lgs. n. 270 del 1999, la ricongiunzione delle società (formalmente separate) e dei loro patrimoni nel vincolo della solidarietà, è possibile nelle sole ipotesi in cui l'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento cagioni *danni* e *pregiudizi* ai creditori o ai soci.

Tuttavia, nel diritto del lavoro, la soluzione ipotizzata è, come visto, giustificata dai particolari principi che presiedono alla corretta imputazione dei rapporti di lavoro: la situazione giuridica viene conformata alla situazione di fatto, attribuendo al comportamento delle parti e a

⁷²² Su questo problema, v. spec. Vardaro, 1988; Treu, 1988; Veneziani, 1990, spec. 639 ss.; Tinti, 1991; Lunardon, 1996; Lassandari, 2001, 351 ss. Per quanto attiene all'individuazione degli effettivi interessi in gioco e dei reali interlocutori negoziali dei rapporti di lavoro collettivi, una risposta significativa è fornita dal d.lgs. n. 74 del 2002, mediante il quale viene attuata la Dir. 94/45/Ce, relativa all'istituzione di un comitato aziendale europeo (c.d. Cae) o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie. Tuttavia, la dialettica fra gli interessi antagonistici in gioco si svolge solo sul piano minimo dell'informazione e della consultazione, cioè della partecipazione debole all'assunzione concertata delle scelte imprenditoriali del gruppo, mentre resta esclusa l'attribuzione al Cae di una propria autonoma capacità negoziale. In una prospettiva comparata, il riferimento è sempre a Baz Rodríguez, 2002, 329 ss.; Collins 1990.

⁷²³ V. *retro* § 2.

⁷²⁴ In senso contrario, T. Milano 10.12.2008, in corso di pubblicazione in OGL, 2008, n. 4. In questa decisione, il Giudice del Tribunale di Milano afferma chiaramente che la c.d. "prospettiva unitaria" è utilizzabile nelle sole ipotesi in cui «il Gruppo è solo una realtà patologica, vale a dire un mero schermo formale per occultare attività (...) frutto di frode, simulazione, interposizione, ed invece inutilizzabile nell'ipotesi in cui il Gruppo sia "una realtà fisiologica", che risponde alla legittima scelta organizzativa di consentire una direzione unitaria ad attività distinte ed autonome» (T. Milano 10.12.2008).

determinate circostanze di fatto (quali la destinazione delle prestazioni di lavoro all'impresa e la loro effettiva utilizzazione nell'ambito della stessa) rilevanza qualificatoria prevalente rispetto al dato formale⁷²⁵.

In modo affatto diverso si procede nel diritto commerciale, dove il dato formale viene rispettato spesso anche se in contrasto con la situazione effettiva.

Un interessante esempio è fornito dalla tesi dell' "imprenditore occulto", elaborata in seno al diritto commerciale, che presenta suggestive somiglianze con la soluzione della contitolarità, qui seguita, e, più in generale, con l'accoglimento di una nozione sostanziale di datore di lavoro. Secondo tale tesi, infatti, la qualità di imprenditore commerciale non è connessa al dato formale della "spendita del nome", bensì ad un presupposto sostanziale: il dominio di fatto dell'impresa, non importa se paleamente o occultamente (c.d. dottrina della sovranità)⁷²⁶. Quando, oltre a colui che risulta formalmente imprenditore, vi è un altro soggetto che esercita sovranità sull'impresa, anche questi diviene imprenditore, ai fini essenzialmente di coinvolgerlo nella responsabilità giuridica per i debiti dell'impresa e nel fallimento. La frattura fra situazione effettiva e dato formale viene ricucita *affiancando* al patrimonio del formale imprenditore, quello del socio o imprenditore sovrano⁷²⁷.

Orbene, questa tesi è rimasta assolutamente minoritaria nella dottrina e nella giurisprudenza commercialistica, per le quali da nessuna disposizione normativa sarebbe possibile desumere l'accoglimento, nel nostro ordinamento, di un'inscindibile connessione fra potere di gestione e responsabilità illimitata. Per contro, la qualità di imprenditore commerciale si collega sempre a criteri formali e oggettivi quali la spendita del nome ovvero l'esistenza di una società (articolo 147, c. 2, l. fall.) ovvero ancora la formale e oggettiva concentrazione di tutte le azioni in capo ad un unico socio senza l'osservanza degli obblighi di pubblicità e trasparenza sanciti dall'art. 2362 c.c.⁷²⁸ Il coinvolgimento nelle responsabilità di soggetti diversi dal formale imprenditore o società è possibile solo in presenza di specifiche disposizioni di legge ovvero utilizzando la tecnica dell'abuso di personalità giuridica, connessa in linea generale alla violazione di presupposti formali⁷²⁹.

Il dibattito descritto mostra come nell'affrontare, dal punto di vista del diritto del lavoro, la questione del gruppo e, più in particolare, dell'individuazione del datore di lavoro, sia essenziale un raffronto con la ricca esperienza dottrinale, legislativa e giurisprudenziale, sviluppatasi nel diritto commerciale. Il raffronto non può, tuttavia, tradursi in un «trapianto»⁷³⁰ nel diritto del lavoro delle prospettive o soluzioni ivi maturate. Al contrario, nel diritto del lavoro si possono rintracciare prospettive o soluzioni che, come avviene nel caso dell'individuazione del datore di

⁷²⁵ Cfr. retro § 3. V. ad esempio, Benedetti, 1965; Mazzotta, 1979, 263 ss.; Nogler, 2004, 921 ss. V. inoltre Cass. 26.10.2006 n. 22910, cit. a nt. 64.

⁷²⁶ Bigiavi, 1954; Id., 1962; Pavone La Rosa, 1967.

⁷²⁷ Bigiavi, 1962, 48 ss.

⁷²⁸ Ascarelli, 1958, 1153; Oppo, 1982, 124 ss.; Campobasso, 2000, 91 ss. Nella giurisprudenza, accoglie la tesi dell'imprenditore occulto, ad esempio, T. Pinerolo 7.12.1958, Fl, 1960, I, 480. In senso contrario, Cass. 9.12.1976 n. 4557, G comm., 1977, II, 628; Cass. 9.12.1982 n. 6712, GI, 1983, I, 1, 201; T. Roma 2 agosto 1983, GC, 1983, I, 3068.

⁷²⁹ V. Ascarelli, 1959; Galgano, 1965; Id., 2006.

⁷³⁰ L'espressione è di Kahn-Freund, 1974.

lavoro, deviano o alterano alcuni dei principi su cui si fonda il diritto commerciale. La deviazione trova qui giustificazione nella diversa e per certi aspetti antitetica finalità che anima il diritto commerciale, primariamente rivolto a favorire la sicura e rapida circolazione dei beni del mercato, tutelando l'affidamento che il creditore ripone sulla corrispondenza del dato giuridico formale alla realtà⁷³¹.

Riassunto: Da diversi anni la giurisprudenza lavoristica disapplica la regola generale della cosiddetta formale separazione soggettiva fra le società facenti parte del medesimo gruppo, in presenza di indici di fatto rivelatori di un'“unicità di impresa”. Tuttavia, la repressione della frode non appare un'adeguata chiave di lettura di tale meccanismo, sempre più utilizzato dalla giurisprudenza al fine di soddisfare esigenze regolative. Il presente contributo, sviluppato anche attraverso il raffronto con il diritto commerciale e la comparazione con l'ordinamento spagnolo e britannico, cerca di fornire una diversa spiegazione giuridica del percorso logico argomentativo seguito dalla giurisprudenza, capace di valorizzarne la prospettiva regolativa. La conclusione è che, nel particolare fenomeno del gruppo caratterizzato da unicità di impresa, la nozione di datore di lavoro possa essere riletta alla luce dell'idea della «contitolarità».

Riferimenti bibliografici

- Airoldi G., Amatori F., Invernizzi P. (1995). *Proprietà e governo delle imprese italiane*. Milano: Egea.
- Albert M. (1993). *Capitalismo contro capitalismo*. Bologna: Il Mulino.
- Alchian A.A., Demsetz H. (1972). Production, Information Costs, and Economic Organization. *Am. Econ. Rev.*, vol. 62, n. 5, p. 777 ss.
- Alvino I. (2007). Il regime delle responsabilità negli appalti. *DLRI*, n. 3, p. 507 ss.
- Amato S. (1988). L'impresa nell'evoluzione storica del diritto commerciale. Strutture sistematiche e modelli normativi. *MSCG*, p. 25 ss.
- Ascarelli T. (1955). *Lezioni di diritto commerciale. Introduzione*. Milano: Giuffrè.
- Ascarelli T. (1958). Ancora in tema di imprenditore occulto. *Riv. Soc.*, p. 1153 ss.
- Ascarelli T. (1959). Personalità giuridica e problemi delle società. In: Id., *Problemi giuridici*, vol. I. Milano: Giuffrè, p. 235 ss.
- Asquini A. (1943). Profili dell'impresa. *D comm.*, p. 1 ss.
- Asquini A. (1961). I battelli del Reno. In: Id., *Scritti*, vol. III. Padova: Cedam.
- Badini Confalonieri A., Ventura R. (2004). Nuove norme in tema di direzione e coordinamento di società. In: Cottino G., Bonfante G., Cagnasso O., Montalenti P., diretto da, *Il nuovo diritto societario. Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.gs. 11 aprile 2002, n. 61 (art. 1)*. Bologna: Zanichelli, p. 2150 ss.
- Bainbridge S. M. (2002). *Corporate Law and Economics*. New York: New York Foundation Press.

⁷³¹ Galgano, 1980. Una critica generale è formulata ovviamente da Bigiavi, 1962, spec. 53 ss.

- Barca F. (1996). Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma. In: Aa.V.v., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre*, vol. I. Milano: Giuffrè, p. 87 ss.
- Baz Rodríguez J. (2002). *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada: Editorial Comares.
- Bellocchi P. (2001). Interposizione e subordinazione. *ADL*, p. 125 ss.
- Benedetti G. (1965). Profili civilistici dell'interposizione nei rapporti di lavoro. *RTDPC*, p. 1492 ss.
- Berle A. A., Means G. C. (1966). *Società per azioni e proprietà privata*, (traduzione it.). Torino: Giappichelli.
- Bianca C. M. (1993). *Diritto civile. L'obbligazione*, vol. 4. Milano: Giuffrè.
- Bianchi L. A. (1984). I «contratti di impresa» (*Unternehmensverträge*) del diritto dei gruppi tedesco: valutazioni e problemi. *Riv. Soc.*, p. 989 ss.
- Bigiavi W. (1947). *La "piccola impresa"*. Milano: Giuffrè.
- Bigiavi W. (1954). *L'imprenditore occulto*. Padova: Cedam.
- Bigiavi W. (1962). *Difesa dell'imprenditore occulto*. Padova: Cedam.
- Bin M. (1991). Gruppi di imprese e diritto commerciale. In: Zanelli P., a cura di, *Gruppi di imprese e nuove regole*: Milano: Franco Angeli, p. 59 ss.
- Branca G. (1957). Obbligazioni solidali, correali, collettive. *RDC*, I, p. 150 ss.
- Breccia U. (1991). Le obbligazioni. In: Iudica G., Zatti P., a cura di, *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- Busnelli F. D. (1974). *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*. Milano: Giuffrè.
- Busnelli F. D. (1979). Obbligazioni soggettivamente complesse. *Enc. dir.*, vol. XXIX. Milano: Giuffrè, p. 329 ss.
- Campobasso G. F. (2000), *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, vol. 1, Utet, Torino.
- Campobasso G. F. (2004). *La Riforma delle società di capitali e delle cooperative*. Torino: Utet.
- Cannata C. A. (1999). Le obbligazioni in generale. In: Rescigno P., diretto da, *Trattato di diritto privato*, vol. 9, t. I. Torino: Utet.
- Carinci M. T. (2000). La fornitura di lavoro altrui. Interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti. In: Schlesinger P., diretto da, *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè.
- Carinci M. T. (2004). La somministrazione di lavoro altrui. In: Carinci M. T., Cester C., a cura di, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II. Milano: Giuffrè.
- Carinci M. T. (2005), Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. In: Galgano F., diretto da, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXVI. Padova: Cedam.

- Carinci M. T. (2007). L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico. *ADL*, p. 1019 ss.
- Carnelutti F. (1913). Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nelle società e nella comunione. *RDC*, I, p. 106 ss.
- Cesarini Sforza W. (1963). *Il diritto dei privati*. Milano: Giuffrè.
- Cessari A. (1959). *L'Interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Coase R. H. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*, vol. 4, n. 16, p. 386 ss.
- Coase R. H. (1992). The Institutional Structure of Production. *Am. Ec. Rev.*, vol. 82, n. 4, p. 716 ss.
- Collins H. (1990). Ascription of legal responsibility to groups in complex patterns of economic integration. *MLR*, vol. 53, n. 6, p. 731 ss.
- Corazza L. (1997). Appunti in tema di obbligazioni solidali. *RIDL*, I, p. 77 ss.
- Corazza L. (2004). "Contractual Integration" e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*. Padova: Cedam.
- Cottino G. (2005). Contrattualismo e istituzionalismo. *Riv. Soc.*, p. 693 ss.
- d'Alessandro F. (1988). Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe». *FI*, V, p. 48 ss.
- d'Alessandro F. (1989). *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*. Padova: Cedam.
- De Luca Tamajo R. (1991). Gruppi di imprese e rapporti di lavoro: spunti preliminari. *DRI*, p. 67 ss.
- De Luca Tamajo R. (2003). Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione. *RIDL*, I, p. 167 ss.
- De Luca Tamajo R. (2007). Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti. *RIDL*, I, p. 3 ss.
- De Simone G. (1991). La gestione dei rapporti di lavoro nelle imprese a struttura complessa. *DRI*, p. 81 ss.
- De Simone G. (1995). *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*. Milano: Franco Angeli.
- Deakin S., Wilkinson F. (2005), *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford.
- Deakin S. (2001), *The changing concept of the employer in labour law*, *I.L.J.*, vol. 30, 72.
- Deakin S., Morris G. S. (2005). *Labour Law*, fo^{rth} ed. Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon.
- Del Conte M. (2006). Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori. *DRI*, p. 311 ss.
- Del Punta R. (1995). Appalto di manodopera e subordinazione. *DLRI*, p. 625 ss.

- Del Punta R. (1998). Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese. *DLRI*, p. 699 ss.
- Del Punta R. (2004). La nuova disciplina in materia di somministrazione, appalto e distacco. In: Aa.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro. D. Lgs n. 276/2003, Circ. Min. Lav. n. 1/2004, Circ. Min. Lav. n. 3/2004: primo commento*. Milano: Ipsoa, p. 161 ss.
- Del Punta R. (2005). Le nuove regole dell'outsourcing. In: Aa.V.v., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I. Padova: Cedam, p. 625 ss.
- Denozza F. (2000). Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali». *G comm.*, I, p. 327 ss.
- Desdentado Daroca E. (2006). *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Valladolid: Lex Nova.
- Easterbrook F. H. e Fischel D. R. (1996). *L'Economia delle Società per azioni*. Milano: Giuffrè.
- Falzea A. (1939). *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milano: Giuffrè.
- Fanelli G. (1950). *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*. Milano: Giuffrè.
- Ferro-Luzzi P., Marchetti P. (1994). Riflessioni sul gruppo creditizio. *G comm.*, I, p. 419 ss.
- Galgano F. (1965). Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica, *RDC*, I, p. 553 ss.
- Galgano F. (1978). Le teorie dell'impresa. In: Id., diretto da, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. L'Impresa*, vol. II. Padova: Cedam.
- Galgano F. (1980). *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Il Mulino.
- Galgano F. (1987). L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli *obiter dicta* della Cassazione). *Cl*, p. 365 ss.
- Galgano F. (1990). L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo. *Cl*, p. 401 ss.
- Galgano F. (1992). Imprenditore. *Digesto*, vol. VII. Torino: Utet, p. 2 ss.
- Galgano F. (1995). Persona Giuridica. *Digesto*, vol. XIII. Torino: Utet, p. 392 ss.
- Galgano F. (1999). *Diritto civile e commerciale*, vol. 1. Padova: Cedam.
- Galgano F. (2001), *Le società. Trattato diretto da F. Galgano. I gruppi di società*. Torino: Utet.
- Galgano F. (2004). *Il nuovo diritto societario. Tomo I. Le nuove società di capitali e cooperative*. Padova: Cedam.
- Galgano F. (2006). Persone giuridiche. In: Id., a cura di, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna-Roma, Zanichelli- Soc. Ed. Foro Italiano.
- Ghera E. (2003). Lodovico Barassi e Paolo Greco. In: Napoli M., a cura di, *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo*. Milano: Vita e Pensiero, p. 239 ss.

- Grandi M. (1972). Le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro. In: Id., *Le modificazioni soggettive*, vol. I. Milano: Giuffrè.
- Greco P. (1939). Il contratto di lavoro. In: Vassalli F., diretto da, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VII. Torino: Utet.
- Grossi P. (1999). Itinerari dell'impresa. *QF*, XXVIII, p. 999 ss.
- Grossi P. (2000). *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*. Milano: Giuffrè.
- Guaglione L. (1991). L'individuazione della nozione di gruppo nella giurisprudenza lavoristica. *DRI*, p. 105 ss.
- Hall P. A., Soskice D. (2003). *Varieties of Capitalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Hansmann H. (1988). Ownership of the Firm. *J. of Law, Econ. & Org.*, vol. 4, p. 267 ss.
- Hepple B. (1986). Restructuring Employment Rights. *ILJ*, vol. 15, p. 69 ss.
- Ichino P. (1999). Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. *DLRI*, p. 203 ss.
- Ichino P. (2000). Il contratto di lavoro. In: Cicu A., Messineo F., diretto da, Mengoni L., continuato da, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXVII, t. 2, I. Milano: Giuffrè.
- Ichino P. (2004a). Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco. In: Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*. Bologna: Zanichelli, p. 257 ss.
- Ichino P. (2004b). Disciplina della segmentazione dell'impresa e del rapporto di lavoro. In: Id., *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*. Milano: Giuffrè, p. 217 ss.
- Jaeger P. G. (1963). *L'interesse sociale*. Milano: Giuffrè.
- Jaeger P. G. (1985). «Direzione unitaria» di gruppo e responsabilità degli amministratori. *Riv. Soc.*, p. 817 ss.
- Jaeger P. G. (1996). Le società del gruppo tra unificazione e autonomia. In: Aa.Vv., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. II. Milano: Giuffrè, p. 1425 ss.
- Jaeger P. G. (2000). L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo). *G comm.*, I, p. 811 ss.
- Jensen M. C., Meckling W. H. (1976). Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, vol. 3, n. 4, p. 305 ss.
- Kahn-Freund O. (1974). On Uses and Misuse of Comparative Law. *MLR*, vol. 37, n. 1, p. 1 ss.
- Kelsen H. (rist. 2000). *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- Lassandari A. (2001). *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*. Milano: Giuffrè.
- Leighton P. (2000). The European Employment Guidelines, "entrepreneurism" and the continuing problem of defining the genuinely self-employed. In: Collins H., Davies P., Rideout R., *Legal regulation of the Employment Relation*. Netherlands: Kluwer Law International, p. 287 ss.
- Liebman S. (1993). *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Liso F. (1982). *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*. Milano: Franco Angeli.

- Lunardon F. (1996). *Autonomia collettiva e gruppi di imprese*. Torino: Giappichelli.
- Lunardon F. (2007). Il rapporto di lavoro nei gruppi di imprese. In: Cester C., a cura di, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento. Diritto del lavoro. Commentario diretto da Carinci F.*, vol. II. Torino: Utet, p. 2076 ss.
- Maffei Alberti A. (2007). *Commentario breve al diritto delle società*. Padova: Cedam.
- Magrini S. (1998). Lavoro nelle società collegate. *Enc. dir. Agg.* Milano: Giuffrè, p. 484 ss.
- Mancini G. F. (1957). *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Maresca A. (2004). Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d'azienda. Articolo 31. Gruppi di Impresa. In: Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*. Bologna: Zanichelli, p. 345 ss.
- Mazzoni C. M. (1999). Le obbligazioni solidali e indivisibili. In: Rescigno P., diretto da, *Trattato di diritto privato*, vol. 9, t. I. Torino: Utet, p. 729 ss.
- Mazzotta O. (1979). *Rapporti interpostori e contratto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Mazzotta O. (1988). *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*. LD, p. 366 ss.
- Mazzotta O. (1991). Gruppi di imprese e diritto del lavoro fra organizzazione e contratto. In: Zanelli P., a cura di, *Gruppi di imprese e nuove regole*, Milano: Franco Angeli, p. 127 ss.
- Meli N. M. (2007). Sub. Art. 2497 ter. Motivazione delle decisioni. In: Fuceglia G., Schiano di Pepe G., a cura di, *Codice commentato delle s.p.a.*, t. II. Torino: Utet, p. 1632 ss.
- Meliadò G. (1985). La teoria dell'impresa nel diritto del lavoro (itinerari interpretativi e usi giurisprudenziali). *RGL*, I, p. 71 ss.
- Meliadò G. (1991a). *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa*. Milano: Giuffrè.
- Meliadò G. (1991b). L'impresa di gruppo fra diritto commerciale e diritto del lavoro. *DRI*, p. 73 ss.
- Meliadò G. (1993). Il lavoro nei gruppi e la Cassazione: sforzi metodici e insoluti dilemmi. *FI*, I, c. 2245 ss.
- Mengoni L. (1958). Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa. *Riv. Soc.*, I, p. 689 ss.
- Mengoni L. (1965). Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana. *Riv. Soc.*, I, p. 674 ss.
- Mengoni L. (1985). I poteri dell'imprenditore. In: Id., *Diritto e valori*. Bologna: Il Mulino.
- Mignoli A. (1958). L'interesse sociale. *Riv. Soc.*, I, p. 725 ss.
- Mignoli A. (1986). Interesse di gruppo e società a sovranità limitata. *CI*, p. 730 ss.
- Minervini G. (1958). Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata. *RDC*, I, p. 618 ss.
- Minervini G. (1970). *L'imprenditore. Fattispecie e Statuti. Lezioni raccolte dal dr. U. Belviso*. Napoli: Morano Editore.

- Minervini G. (1996). La capogruppo e il «governo del gruppo». In: Aa.Vv., *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. III, Milano: Giuffrè, p. 1565 ss.
- Miola M. (2004). I gruppi di società tra unità e pluralità alla luce della riforma del diritto societario. *DML*, p. 695 ss.
- Montalenti P. (1981). *Democrazia industriale e diritto dell'impresa*. Milano: Giuffrè.
- Montalenti P. (1995). Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi. *G Comm*, I, p. 710 ss.
- Montalenti P. (1999). Persona giuridica, gruppi di società, *corporate governance*. Padova: Cedam.
- Montuschi L. (1973). *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Mossa L. (1941). *Contributo al diritto dell'impresa ed al diritto del lavoro*. Pisa: Arti Grafiche Pacini Mariotti.
- Mossa L. (1942). *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942. I. Il libro del lavoro. L'impresa corporativa*. Milano: Giuffrè.
- Musso A. (1995). Il controllo societario mediante «particolari vincoli contrattuali». *CI*, p. 19 ss.
- Napoli M. (1980). *La stabilità reale del rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Napoli M. (1996). Contratto e rapporti di lavoro oggi. In: Id., *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*. Torino: Giappichelli.
- Napoli M. (2005). Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. In: Aa.Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*. Milano: Giuffrè, p. 9 ss.
- Nappi S. (2004). Trasferimento d'azienda e trasformazioni del datore di lavoro. *QDLR*, p. 61ss.
- Nogler L. (1992a). Gruppo di imprese e diritto del lavoro. *LD*, p. 291 ss.
- Nogler L. (1992b). Sulla previsione contrattuale della sospensione del rapporto con prestito del lavoratore ad altra impresa collegata. *RIDL*, II, p. 936 ss.
- Nogler L. (2002). Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa. *ADL*, p. 109 ss.
- Nogler L. (2004). Procedure di certificazione. Certificazione dei contratti di lavoro. In: Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*. Bologna: Zanichelli, p. 869 ss.
- Notari M. (1996). Il gruppo «contrattuale» nella disciplina antitrust. In: Aa.Vv., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. II. Milano: Giuffrè, p. 1697 ss.
- Oppo G. (1976). Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano. *RDC*, I, p. 591 ss.
- Oppo G. (1982). L'impresa come fattispecie. *D Comm*, I, p. 109 ss.
- Oppo G. (1989). Impresa e imprenditore. *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, 1. Roma: Treccani.

- Orlandi M. (1993). *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*. Milano: Giuffrè.
- Orlandi M. (2006). Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni. In: Aa.vv., *Atti del convegno per il cinquantenario della rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, RDC, p. 179 ss.
- Pavone La Rosa A. (1967). La teoria dell' "imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi. *RDC*, I, p. 668 ss.
- Pavone La Rosa A. (1991). Le società controllate – I gruppi. In: Colombo G. E., Portale G. B., diretti da, *Trattato delle società per azioni*, vol. 2. Torino: Utet.
- Pavone La Rosa A. (2003). Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari. *RS*, p. 765 ss.
- Pedrazzoli M. (1985). *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fatti specie nel sistema giuridico del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Persiani M. (1966). *Contratto di lavoro e organizzazione*. Padova: Cedam.
- Perulli A. (2007). Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive. *RIDL*, I, p. 29 ss.
- Pickering M. A. (1968). The Company as a Separate Legal Entity. *MLR*, vol. 31, n. 5, p. 481 ss.
- Pinto V. (1999). Il lavoro nei gruppi imprenditoriali: oltre il decentramento?. *DLRI*, p. 456 ss.
- Pinto V. (2005). *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*. Bari: Cacucci.
- Rathenau W. (1960). La realtà della società per azioni. Riflessioni suggerite dall'esperienza degli affari. *Riv. Soc.*, II, p. 912 ss.
- Richardson G. (1972). The Organization of Industry. *The Economic Journal*, p. 883 ss.
- Rimini E. (1996). Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione. In: Aa.Vv., *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. II. Milano: Giuffrè, p. 1903 ss.
- Romei R. (2005), L'*elisir* di lunga vita del divieto di interposizione, *RIDL*, II, p. 726 ss.
- Romei R. (2006). Il contratto di somministrazione di lavoro. *DLRI*, p. 403 ss.
- Rondinone N. (2004). Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d'azienda. In: Gragnoli E., Perulli A., a cura di, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*. Padova: Cedam, p. 449 ss.
- Rossi G. (1996). Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere. In: Aa.Vv., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. I. Milano: Giuffrè, p. 17 ss.
- Rubino D. (1968). Delle obbligazioni in solido. In: Id., *Delle obbligazioni. Commentario del codice civile Scialoja-Branca*. Bologna-Roma: Zanichelli- Soc. Ed. Foro Italiano, p. 130 ss.
- Rudan M. (1991). La giurisprudenza lavoristica sui gruppi di imprese. In: Zanelli P., a cura di, *Gruppi di imprese e nuove regole*. Milano: Franco Angeli, p. 117 ss.

- Rullani E. (1991). Dai gruppi alle reti: le istituzioni dell'anomalia. In: Zanelli P., a cura di, *Gruppi di imprese e nuove regole*. Milano: Franco Angeli, p. 131 ss.
- Santini G. (1970). Le teorie sull'impresa (civilisti e laburisti a confronto). *RDC*, I, p. 405 ss.
- Santoro Passarelli F. (1942). L'impresa nel sistema di diritto civile. *D comm*, I, p. 383 ss.
- Sbisà G. (2003). Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi. *Ci*, p. 591 ss.
- Scalfi G. (1990). Persone Giuridiche. *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII. Roma: Treccani.
- Scarpelli F. (1999). «Esternalizzazioni» e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce. *DRI*, p. 351 ss.
- Scarpelli F. (2004). Appalto e distacco. In: E. Gragnoli, A. Perulli, a cura di, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276. Padova: Cedam.
- Scarpelli U. (1959). *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*. Torino: Accademia delle Scienze.
- Schiano di Pepe G. (1990). *Il gruppo di imprese*. QGComm, n. 112
- Scognamiglio G. (1996). *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*. Torino: Giappichelli.
- Scognamiglio G. (2007). Commento all'art. 31, d.lgs. n. 276 del 2003. In: De Luca Tamajo R., Santoro Passarelli G., a cura di, *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276. Padova: Cedam, p. 465 ss.
- Scognamiglio R. (1979). *Intervento*. In: Aa.Vv., *Gruppi di società: imprese collegate e rapporti di lavoro. Tavola rotonda*, RGL, I, p. 404 ss.
- Spada P. (1992). Impresa, *Digesto*, vol. VII. Torino: Utet, p. 32 ss.
- Speziale V. (2004). Commento all'art. 20. Somministrazione. In: Gragnoli E., Perulli A., a cura di, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276. Padova: Cedam, p. 275 ss.
- Speziale V. (2006). Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma. *RGL*, n. 1, p. 3 ss.
- Teti R. (1990). *Codice civile e regime fascista: sull'unificazione del diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- Tinti A. R. (1991). Gruppi di imprese e diritto del lavoro: profili collettivi. *DRI*, p. 95 ss.
- Tombari U. (2004). Riforma del diritto societario e gruppo di imprese. *G comm*, I, p. 61 ss.
- Tombari U. (2006). La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività di impresa». *Riv. Soc.*, p. 185 ss.
- Treu T. (1988). Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee. *DLRI*, p. 641 ss.
- Treu T. (1997). I gruppi di imprese nel diritto del lavoro italiano. In: Aa.Vv., *La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi. Atti del convegno di Courmayeur, 31 marzo- 1 aprile 1995*. Milano: Giuffrè.

- Tussino G. (2004). Pluralità di società, unicità di impresa e disciplina dei licenziamenti nei gruppi societari. *DML*, p. 761 ss.
- Vallebona A. (1993). Società. V) Lavoro nelle società collegate. *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIX. Roma: Treccani.
- Valzer A. (2007), Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto. In: Abbadesa P., Portale G. B., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, vol. 3. Torino: Utet, p. 838 ss.
- Vardaro G. (1988). Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali. *DLRI*, p. 211 ss.
- Vardaro G. (1989a). Tecnica, tecnologia ed ideologia della tecnica nel diritto del lavoro. In: Id., *Itinerari*. Milano: Franco Angeli, p. 231 ss.
- Vardaro G. (1989b). Il potere disciplinare giuridificato. In: Id., *Itinerari*. Milano: Franco Angeli, p. 181 ss.
- Veneziani B. (1990). Gruppi di imprese e diritto del lavoro. *LD*, p. 609 ss.
- Wedderburn Lord (1986). *The Worker and the Law*. London: Sweet & Maxwell.
- Williamson O. E. (1991). Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *ASQ*, vol. 36, n. 2, p. 269 ss.
- Williamson O. E. (1996). *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University.
- Williamson O. E. (2002). The Theory of the Firm as Governance Structure: from Choice to Contract. *J. of Econ. Persp.*, vol. 16, n. 3, p. 171 ss.
- Zanelli P. (1989). Decentramento produttivo. *Digesto*, vol. IV. Torino: Utet, p. 233 ss.
- Zanelli P. (1991), a cura di, *Gruppi di imprese e nuove regole*. Milano: Franco Angeli.
- Zattoni A. (2000). *Economia e governo dei gruppi aziendali*. Milano: Egea.
- Zoli C. (2004). Distacco. In: Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. D. Igs. 10 settembre 2003, n. 276*. Bologna: Zanichelli, p. 329 ss.
- Zoli C. (2008). I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale. *ADL*, p. 31 ss.

Elenco delle riviste citate per esteso:

- Administrative Science Quarterly
- American Economic Review
- Argomenti di diritto del lavoro
- Contratto e impresa
- Diritto del mercato del lavoro
- Diritto delle relazioni industriali
- Economica

Foro italiano
Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Giurisprudenza commerciale
Journal of Economic Perspective
Journal of Financial Economics
Journal of Law, Economics and Organization
Lavoro e diritto
Materiali per una Storia della Cultura Giuridica
Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Quaderni di giurisprudenza commerciale
Quaderni fiorentini
Rivista delle Società
Rivista di diritto civile
Rivista di diritto commerciale
Rivista giuridica del lavoro
Rivista italiana di diritto del lavoro
Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
The Economic Journal
The Industrial Law Journal
The Modern Law Review

Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*

Valerio Talamo

| | |
|---|-----|
| 1. Premessa: la stagione della privatizzazione. | 239 |
| 2. I "risultati" della privatizzazione: un bilancio di sintesi. | 239 |
| 3. Il tentativo di correggere il modello: la legge n. 15 del 2008. | 240 |
| 4. La rilegificazione: il sistema delle fonti. | 241 |
| 5. Le conseguenze della rilegificazione. | 242 |
| 6. Problematiche aperte e dubbi sistematici. | 244 |
| 7. Una ricostruzione sistematica e qualche consiglio per il legislatore delegato. | 245 |
| 8. Conclusioni: un'impossibile parificazione fra lavoro pubblico e privato? | 247 |

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 90/2009

1. Premessa: la stagione della privatizzazione.

Il d.lgs. n. 29 del 1993 si connota prevalentemente come un intervento di delegificazione delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro pubblico, con il principale obiettivo di ricomporre la tradizionale spaccatura con il lavoro privato.

Le norme che enunciano tale obiettivo sono contenute soprattutto nell'art. 2 (ora del d.lgs. n. 165/2001) (⁷³²), che impone la diretta applicabilità del diritto comune al rapporto di lavoro pubblico "fatte salve le diverse disposizioni" contenute nello stesso decreto. Non viene più riconosciuta e garantita, quindi, una generale "specialità" pubblicistica, che giustificava un diverso regime delle fonti e che per lungo tempo aveva sostenuto l'ordinamento "separato" del pubblico impiego, ma solo l'esistenza di un *quantum* pubblicistico necessario per conformare l'attività del datore di lavoro pubblico alla specifica missione delle pubbliche amministrazioni, che è sottoposta a precisi limiti costituzionali. Ma, soprattutto, l'art. 2 contiene una delle norme cardine che investe il rapporto fra contrattazione e legge, in grado di salvaguardare "a regime" l'omogeneità pubblico-privato rispetto ad interventi unilaterali e perciò capaci di frustrare l'obiettivo dell'unificazione normativa. Tale salvaguardia viene (*rectius veniva*) ottenuta attraverso un inedito meccanismo di disapplicazione, ad opera della contrattazione collettiva, delle norme legali speciali e successive, in quanto destinate solo ad alcune amministrazioni pubbliche o a determinate categorie di dipendenti.

Si intendevano raggiungere in questa maniera tre diversi obiettivi. Innanzitutto quello di evitare il ripetarsi della giungla dei trattamenti normo-retributivi, determinata da leggi e leggine micro settoriali e corporative, prodotte da un Parlamento sensibile alle "voci di dentro" a vantaggio di alcuni, che il precedente regime normativo aveva garantito. Inoltre, un qualsiasi intervento legislativo nell'area contrattualizzata avrebbe vanificato gli obiettivi di parificazione normativa perseguiti, provocando un effetto di rilegificazione stabile e irreversibile, per cui la norma sulla disapplicazione appariva posta a presidio della stessa privatizzazione. Infine si legittimava un'inedita forza dei contratti collettivi, capaci di imporsi a certe condizioni sulla fonte legale gerarchicamente superiore.

Veniva, quindi, confermato il carattere della privatizzazione quale "delegificazione" della materia del rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto pubblico: se la delegificazione indica il trasferimento dalla sede normativa statale ad altra sede di produzione normativa, questo era appunto ciò che avveniva in materia di rapporto di lavoro pubblico, delegificato e reso disponibile alla fonte collettiva, salvo che la legge non decidesse espressamente e volta per volta in senso contrario.

2. I "risultati" della privatizzazione: un bilancio di sintesi.

La stagione del pubblico impiego privatizzato ha tuttavia presentato, in un'ottica di bilancio complessivo, qualche luce e molte ombre.

Le retribuzioni dei pubblici dipendenti sono cresciute - soprattutto per l'incidenza della contrattazione integrativa - in modo esponenzialmente superiore rispetto al settore privato e, per fattori istituzionali e normativi specifici, anche sostanzialmente sganciate dallo stesso protocollo sulla

⁷³² Che ha sostituito, recependolo, il d.lgs n.29 del 1993 e la successiva decretazione di riforma.

politica dei redditi del luglio 1993. Né a tale distribuzione di risorse ha corrisposto un incremento della qualità dei servizi erogati, trattandosi perlopiù di erogazioni non selettive e generalizzate.

La fase di allocazione delle risorse per la contrattazione collettiva nazionale, con la difficoltà di trovare l'accordo sugli stanziamenti finali, a sua volta, ha determinato una litigiosità permanente ed i patologici ritardi nei rinnovi contrattuali, causa dei sistematici "scavallamenti" rispetto ai bienni di riferimento. La contrattazione, tornata "politica", si è quindi svolta in forma impropria ed in modo anomico fra governo e sindacato per decidere le risorse da stanziare, svuotando di fatto il ruolo dell'agente contrattuale che opera a valle.

A sua volta, il controllo della Corte dei conti sui contratti nazionali, reso successivo e non condizionante, ha assunto ruolo collaborativo ma forse anche poco incisivo, a fronte di una contrattazione collettiva sempre più adespota e poco incline a subire condizionamenti.

Né basta. La dirigenza pubblica, sottoposta al potere di nomina politico introdotto nella seconda stagione della privatizzazione⁷³³), considerata la sostanziale indifferenza di nomine e conferme ai risultati gestionali, non è risultata nemmeno esposta alle ricadute dei propri comportamenti gestionali ed organizzativi. Non valutata da organi terzi, la dirigenza risponde direttamente alla politica da cui è nominata, confermata agli incarichi, promossa ad incarichi superiori. Impedito il rapporto necessario fra nomina-conferma e buon andamento gestionale, né è derivato una sorta di "appiattimento" della dirigenza sulla politica. Ma si tratta di una dirigenza istituzionalmente debole benché fidelizzata, senza strumenti né poteri per valutare i propri collaboratori, perlopiù incapace di gestire in modo autonomo il conflitto a livello decentrato, dove finisce fatalmente con l'essere "catturata" dalla controparte sindacale. Non a caso è soprattutto a questo livello che il sistema di relazioni sindacali ha garantito una tenuta insufficiente ed insoddisfacente. Le materie di partecipazione sindacale, a carattere organizzativo, sono state sovente contrattate, con una risalita della contrattazione a monte della sfera organizzativa, che ha determinato forme di cogestione dai tratti ambigui e spuri. Ma anche a livello nazionale, non di rado, la contrattazione collettiva, sempre più pervasiva, ha invaso la sfera preclusa, per esempio in materia di concorsi pubblici e soprattutto attraverso la definizione convenzionale delle progressioni di carriera. Queste hanno garantito passaggi di massa alle categorie superiori in modo sostanzialmente indiscriminato e poco selettivo. Hanno risposto ad aspettative dei dipendenti pregresse e consolidate nel tempo e quindi sostanzialmente sulla base dell'anzianità di servizio, ma con un tradimento dei principi costituzionali del pubblico concorso e del merito e senza alcuna attenzione alle esigenze di spesa pubblica.

3. Il tentativo di correggere il modello: la legge n. 15 del 2008.

Sulla scorta della controversa esperienza dei quindici anni successivi alla privatizzazione del lavoro pubblico, il Governo ha quindi promosso un nuovo profondo intervento di ristrutturazione normativa, anticipato da alcune norme del d.l. n. 112/2008 (convertito dalla l. 133/2008) e della legge finanziaria 2009 (l. n. 203/2008), ma che trova il proprio fondamentale tassello nella legge n.15/2009, che contiene nuovi principi delega per la riforma del lavoro pubblico.

⁷³³ La privatizzazione in realtà fu duplice. Pochi anni dopo la "prima" privatizzazione del 1993, realizzata sulla base della legge n. 421 del 1992 (art. 2, c. 1), furono emanati i decreti della "seconda" privatizzazione, in attuazione della legge n. 59 del 1997 (art. 11, c. 4), che corressero, implementarono ed integrarono la "prima" privatizzazione.

In questi interventi traspare, in coerenza con la sostanziale sfiducia nei confronti di una contrattazione collettiva sfuggita al controllo, il carattere di ricentralizzazione normativa e la prevalente rilegificazione del rapporto di lavoro.

Da questo specifico versante la l. n. 15/2009 denuncia *apertis verbis* il nuovo indirizzo politico-normativo attraverso l'*incipit* dell'art.1, che contiene una disposizione direttamente applicabile, senza mediazioni da parte dei decreti delegati, che ribalta la norma manifesto della prima e della seconda privatizzazione. Da oggi in poi i contratti collettivi potranno disapplicare norme di legge in materia di rapporto di lavoro destinate a determinate categorie di dipendenti pubblici, solo allorquando la stessa legge espressamente conferirà loro questa facoltà. Si rovescia, quindi, la regola introdotta nel 1993 e mirante a salvaguardare l'area negoziale da una legislazione a rischio consociativo e clientelare e comunque congiunturale ed episodica, ma soprattutto capace di espropriare stabilmente la contrattazione collettiva dal terreno elettivo del rapporto di lavoro. Da ora in poi sarà l'inderogabilità ad essere presunta mentre la derogabilità dovrà essere dichiarata volta per volta. Non pare difficile immaginare che l'eccezione alla regola sarà costituita da una legge che dichiari la propria disapplicabilità ad opera dei successivi CCNL, nascendo per propria espressa ammissione "indebolita" e quasi "dimidiata".

L'operazione di rilegificazione e ricentralizzazione del rapporto di lavoro pubblico trova quindi anche a regime un tassello importante e ricco di implicazioni, anche simboliche (734).

4. La rilegificazione: il sistema delle fonti.

In materia di fonti di regolazione del rapporto di lavoro pubblico, la l. n. 15/2009 tuttavia va oltre il "rovesciamento" del criterio contenuto nell'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001.

La rilegificazione, secondo la tecnica normativa ipotizzata dalla legge n. 15, implica la sottrazione di una serie di materie alla contrattazione collettiva, non già attraverso la tecnica della doppia elencazione, che tanti problemi ricognitivi aveva determinato nella vigenza della legge quadro sul pubblico impiego (l. n. 93/1983), ma tramite la diretta regolamentazione attraverso novelle al d.lgs. n. 165/2001.

Varie materie, a volte al confine fra rapporto di lavoro ed organizzazione amministrativa (principi generali sulla valutazione) a volte *apertis verbis* afferenti al rapporto di lavoro (sanzioni disciplinari, premialità), verranno normate direttamente dai decreti delegati, in tutto o in parte. Altre norme impongono un intervento sulla contrattazione collettiva, nazionale e integrativa, a fini di semplificazione, trasparenza dei flussi di spesa, controlli e vincoli, finalizzazione a prodotti e risultati.

Uno specifico intervento, inoltre, riguarderà il sistema delle progressioni professionali, che una lettura del combinato disposto degli artt. 35, c. 1 e 52, c. 1, del d.lgs. n. 165/2001 aveva interamente ricondotto nel dominio della contrattazione collettiva. Al riguardo la legge delega prende normativamente atto dell'esistenza del consolidato orientamento giurisprudenziale nel

⁷³⁴ Tuttavia la modifica riguarda solo i trattamenti normativi, non incidendo sulla disapplicazione "automatica" delle disposizioni speciali in materia retributiva (c. 3 dell'art. 2, del d.lgs n. 165/2001), che stabilisce che "le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti collettivi cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale". Per cui dovrebbe essere scongiurato il pericolo di una nuova "giungla retributiva" considerata la funzione perequativa ed omogeneizzante dei contratti collettivi.

frattempo formatosi, che distingue a seconda che la progressione professionale si svolga all'interno o all'esterno delle aree delimitate dal sistema di classificazione professionale definito dai CCNL, stabilendo che solo nel primo caso (cd. progressioni orizzontali o economiche) è riconoscibile una modifica del rapporto di lavoro, mentre nei casi di passaggi fra aree si verifica un nuovo accesso ad un posto in dotazione organica, quindi una novazione del rapporto di lavoro, da sottoporre a concorso pubblico (per tutte Cass., sez. un., n. 15403/2003). Sulla base di queste qualificazioni, solo la progressione all'interno delle aree dovrebbe costituire legittimo oggetto di contrattazione, mentre per quella fra aree, coerentemente con la natura concorsuale, un contratto in materia dovrebbe essere dichiarato nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto (Tar Lazio n. 12370/2004). Al contrario, i CCNL continuano a regolamentare la materia.

La legge delega chiarisce quindi la natura concorsuale delle "progressioni di carriera" (fra aree) (art. 1, lett. g), per le quali viene solo garantita una quota di riserva per il personale interno (per cui il concorso sarà unico e non verrà autorizzata, come fino ad oggi è avvenuto, una doppia selezione) (art. 5, c. 2, lett. f). Inoltre, pur senza prendere posizione in ordine alla contrattabilità o meno delle progressioni economiche, se ne impone *ex lege* la selettività (art. 5, c. 2, lett. d).

La stabilità e l'effettività della rilegificazione è a sua volta assicurata dalla previsione dell'inderogabilità di disposizioni imperative da parte delle norme collettive, con contestuale applicazione alle fattispecie degli art. 1339 e 1419, c. 2, c.c., che impongono la sostituzione automatica delle clausole difformi con quelle imperative derivate, con conservazione del contratto in caso di nullità parziale. A prescindere dalla circostanza che, a volte, all'invalidità della clausola non corrisponde alcuna disciplina sostitutiva (per esempio con riferimento a disposizioni di contratti integrativi), non pare possa revocarsi in dubbio che, nella specie, tutte le norme del d.lgs. n. 165/2001 già possedessero *ex lege* il requisito dell'inderogabilità, costituendo "le diverse disposizioni", di cui all'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001, salvaguardate dalla privatizzazione e, conseguentemente, dagli interventi della contrattazione collettiva. Di tale regime fruiranno quindi anche le nuove norme che interverranno a modificare lo stesso decreto in attuazione della legge n. 15 del 2009. Detto diversamente, escluso l'intervento della contrattazione collettiva da tutto ciò che non costituisce "diritti e ... obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro" (art. 3, c. 1, lett. a, legge n. 15/2009), l'autonomia collettiva è naturalmente esclusa anche nelle materie espressamente regolate tramite il d.lgs n. 165, ivi comprese le novelle dei decreti delegati. In questi casi la resistenza rispetto alla fonte collettiva non viene garantita in virtù della natura della materia (organizzativa o meno), ma perché, ai sensi dell'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001, la rinormazione tramite decreto delegato determina nei confronti delle nuove disposizioni lo stesso effetto di intangibilità rispetto alla contrattazione collettiva e quindi un effetto di rilegificazione stabile, ulteriormente garantito dall'applicabilità delle clausole civilistiche sulla sostituzione automatica e sulla nullità parziale. Per cui, in queste ipotesi, la contrattazione collettiva potrà agire negli spazi interstiziali lasciati liberi dalla regolamentazione legale e comunque nei limiti espressamente individuati a tal fine dalla legge.

5. Le conseguenze della rilegificazione.

La rilegificazione disposta dalla legge delega non comporta invece una re-amministrativizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

I rapporti di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche non mutano la natura privatistica e le situazioni giuridiche soggettive deducibili - non divenendo espressione di supremazia

gerarchica - non degradano ad interesse legittimo.

In particolare, non viene inciso lo spartiacque contenuto nell'art. 2 del d.lgs n.165/2001, che contiene l'ormai nota tripartizione fra *macro organizzazione*, di competenza di atti unilaterali pubblicistici (art. 2, c. 1, d.lgs. n. 165/2001) (⁷³⁵); *micro organizzazione*, che si svolge nei limiti degli atti di macro organizzazione ed è dominio dell'autonomia dirigenziale che esercita le corrispondenti determinazioni con la capacità ed i poteri privatistici (art. 5, c. 2, d. lgs. n. 165/2001); e sfera riservata alla *contrattazione collettiva*, definibile ora con riferimento ai "diritti ed obbligazioni direttamente pertinenti al rapporto di lavoro" (art.3, c. 2, lett. a, l. n. 15/2009).

Il compito del legislatore delegato, da questo versante, sarà quello di "precisare" e non di modificare i rispettivi ambiti, vale a dire quello di esplicitare la linea distintiva nel rispetto dell'evocata tripartizione, che conferma la natura privatizzata del rapporto di lavoro pubblico. In particolare, non si consente di recuperare al principio di regolazione pubblicistica e unilaterale tutta l'organizzazione amministrativa, ma solo l'"alta" organizzazione, affidata alla supremazia pubblicistica, mentre la bassa o micro organizzazione rimane regolata secondo il diritto privato (⁷³⁶).

L'area sottratta a contrattazione collettiva tenderà in ogni caso ad ampliarsi, sia in forza della regolamentazione tramite i decreti delegati nelle materie anteriormente devolute alla regolamentazione collettiva (valutazione, merito, sanzioni disciplinari, progressioni di carriera), sia "a regime", per l'intervento della legge ai sensi dell'art. 1 l. n. 15/2009.

Discorso diverso è quello relativo alla contrattabilità della micro o bassa organizzazione ex art. 5, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, su cui si esercitano i poteri privatistici dirigenziali. Quest'area doveva considerarsi *ab initio* esclusa dalla contrattazione in quanto materia organizzativa (⁷³⁷). L'esercizio dei poteri privatistici da parte del dirigente nelle materie di micro organizzazione non lo autorizza a definire contrattualmente i rispettivi istituti di carattere organizzativo. Per il principio di ultraterritorialità contrattuale e di *prorogatio*, infatti, un accordo nella materia organizzativa renderebbe indisponibile per la pubblica amministrazione a titolo definitivo il potere organizzativo nella stessa materia.

Impossibile la negoziabilità degli istituti di micro organizzazione, sugli stessi sono sempre attivabili, sulla base delle prescrizioni dei contratti nazionali, forme di partecipazione sindacale più o meno pregnanti (art. 9 del d.lgs n.165/2001). Tuttavia generalmente nel lavoro pubblico anche le forme di partecipazione sindacale sono state intese come fonti di disciplina para-contrattuale, fino alla paralisi delle potestà unilaterali della pubblica amministrazione. Ma è appena il caso di rilevare come l'assoluta prevalenza della contrattazione collettiva sulla regolamentazione unilaterale trova scarso riscontro anche nel mondo del lavoro privato, dove il datore di lavoro conserva una serie di prerogative unilaterali che sembrano essere sfuggite al dominio del datore di lavoro

⁷³⁵ Si tratta delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, della determinazione degli uffici di maggiore rilevanza e dei modi di conferimento della titolarità dei medesimi nonché delle dotazioni organiche complessive.

⁷³⁶ Va in ogni caso evidenziato che restano comunque sottratte a contrattazione, giacché la legge n.15 del 2009 non interviene su tale norma, le materie di cui all'elenco dell'art. 2, c. 1, lett. c) della legge 421/1992, che riserva alla legge (ovvero sulla base della legge ad atto unilaterale pubblicistico), aspetti comunque esterni al rapporto di lavoro (con l'unica eccezione della disciplina delle "responsabilità e delle incompatibilità tra impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo").

⁷³⁷ Ed in effetti l'art. 9 del d.lgs n. 165 del 2001 individua la competenza dei contratti collettivi per la definizione degli strumenti di partecipazione ma non anche per la regolazione contrattuale degli istituti oggetto di partecipazione, mentre l'art. 40 riserva correttamente alla contrattazione collettiva solo la disciplina del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali.

pubblico. Per cui, per il principio del rispetto della ripartizione fra le diverse sfere di competenza (art.3, c. 1, l. n. 15/2009), il legislatore delegato sarà chiamato a correggere le prassi difformi, anche nel senso di salvaguardare la facoltà decisionale ultima del dirigente nelle "determinazioni per l'organizzazione degli uffici" che non rientrano nella cd. macro organizzazione nonché a chiarire l'esclusione della contrattabilità delle stesse materie.

6. Problematiche aperte e dubbi sistematici.

L'intervento normativo previsto dalla legge delega, per ampiezza e profondità nonché per il carattere di parziale discontinuità rispetto al recente passato, ha ovviamente provocato un ampio dibattito fra gli interpreti in ordine all'opportunità, alla costituzionalità ed alla congruenza dell'impostazione di politica del diritto avallata.

Di seguito si evidenziano alcune ricorrenti preoccupazioni e perplessità che sovente riecheggiano in ordine allo specifico profilo affrontato in questo scritto.

In primo luogo, è sembrata a rischio, a termini di Costituzione, la ripartizione delle risorse di legislazione fra Stato e regioni. Più avanti si spingerebbe il processo di rilegificazione più si rischierebbe di impattare con le competenze esclusive delle regioni e delle autonomie locali in relazione alla potestà organizzativa loro concessa in via esclusiva per la regolamentazione dei propri uffici. Detto diversamente, la possibilità dello Stato di imporre regole e limiti al sistema delle autonomie territoriali, sarebbe essenzialmente legata all'ascrivibilità della materia del rapporto di lavoro pubblico all'ordinamento civile (art. 117, c. 2, lett. I, cost.). Per cui, se si scardinasse l'assetto regolativo privatistico, ripubblicizzando la materia, verrebbe divelta anche la sottile linea di faglia sulla scorta della quale la Costituzione ha riconosciuto la competenza esclusiva statale, il *focus* della disciplina del lavoro pubblico si sposterebbe verso la dimensione organizzativa e la potestà legislativa regionale sarebbe rintracciabile nella materia "ordinamento degli uffici".

Una seconda problematica attiene alla pretesa, che sarebbe contenuta nella legge delega, di imporre l'applicazione, in modo uniforme, degli stessi principi a tutta la pubblica amministrazione, predeterminando per legge ed imponendo a tutte le amministrazioni lo stesso modello organizzativo e gestionale. Sarebbe invece necessario, prendendo atto del carattere multipolare e policentrico assunto progressivamente dalle amministrazioni pubbliche, costituire un sistema di fonti regolative articolato e flessibile, non intrusivo, non gerarchico, non dirigistico. In particolare, la proliferazione di norme generali limiterebbe la capacità di adattamento dell'organizzazione alle azioni concrete, determinando rigidità gestionali ed infine poca trasparenza ed inefficienza dell'azione amministrativa.

In terzo luogo, un intervento limitativo dell'autonomia collettiva, con la connessa rilegificazione di materie e procedure, potrebbe porre problemi di costituzionalità per violazione dell'art. 39 cost. Una volta scelta la via della privatizzazione, non sarebbe possibile intervenire con strategie limitative, in grado di squilibrare i poteri delle parti in gioco, restaurando poteri di supremazia speciale che l'ordinamento riconosceva solo nel sistema pubblicistico ormai superato. Una differenziazione sarebbe quindi possibile solo per aspetti procedurali che attengono a profili economico-finanziari (alla luce dei vincoli degli artt. 97 e 81 Cost.), ma non anche per aspetti afferenti la contrattazione collettiva quale tecnica consensuale di produzione di norme che non tollerebbe per il resto difformità pubblico-privato, atteso il ruolo di garanzia che le viene

tradizionalmente riconosciuto per riequilibrare lo squilibrio di potere esistente a livello di rapporto individuale di lavoro.

Infine è apparsa contraddittoria l'affermazione cogente dell'autonomia dirigenziale, alla quale dovrebbero essere riconsegnati poteri decisivi per l'esercizio delle prerogative manageriali, a fronte di poteri gestionali effettivi delimitati in modo intrusivo dalla legge. Al riguardo, un'overdose legislativa di dettaglio limiterebbe lo spazio operativo e gestionale della dirigenza, paralizzata dalla fisiologica rigidità della stessa legge. In altre parole un iper-regolazione legislativa sembra poco coerente, se a fronte della stessa si enfatizza l'autonomia del dirigente, perché in realtà la prima comprime lo spazio della seconda. Né basta. Una maggiore legificazione non garantirebbe l'efficienza amministrativa, che costituisce uno degli obiettivi dell'intervento normativo e della stessa privatizzazione, giudicata opportuna dal giudice costituzionale proprio perché assicurerrebbe maggiore flessibilità gestionale rispetto al diritto pubblico (cfr. Corte cost. n. 313/1996).

Si tratta di perplessità di ordine sistematico e giuridico di non poco momento, che chiariscono la delicatezza del compito del legislatore delegato, cui spetterà definire correttamente il nuovo equilibrio fra le fonti regolative del rapporto di lavoro pubblico.

Di seguito, si cerca di circostanziare il complesso delle criticità paventate.

7. Una ricostruzione sistematica e qualche consiglio per il legislatore delegato.

Con riferimento alla prima questione (distribuzione della competenza legislativa fra Stato e regioni) pare innanzitutto necessario che il legislatore delegato distingua puntualmente fra ciò che deve necessariamente rimanere nella potestà regolamentare delle regioni ed autonomie locali, rispetto a cui i principi della decretazione delegata costituiranno mero principio ed a cui le regioni e gli enti locali si adegueranno negli ambiti di rispettiva competenza, e ciò che sarà direttamente applicabile o in quanto rientrante nella materia ordinamento civile (art. 2, c. 4, della legge).

Ciò che tuttavia pare opportuno ribadire in questa sede è che la mera rilegificazione di materie non ne comporta la necessaria ri-amministrativizzazione, con conseguente espropriazione della competenza regolativa dello Stato in quanto non più materia imputabile all' "ordinamento civile". La mera circostanza che, ad esempio, il procedimento disciplinare venga regolamentato tramite legge, non per questo ne determina *sic et simpliciter* l'ascrivibilità all'organizzazione amministrativa. L'ordinamento civile, secondo l'insegnamento costituzionale, deve correttamente identificarsi nella sfera del diritto privato quale espressione di un principio di uguaglianza delle parti del rapporto (Corte cost., n. 234/2005; nn.189, 95 e 24 del 2007; n. 369/2008). Una volta trasportato tale principio agli strumenti e ai modelli giuridici dei rapporti fra privati e pubblica amministrazione, diviene decisivo identificare la natura del potere espresso dalla stessa pubblica amministrazione. Se tale potere tornasse di supremazia speciale, verrebbe di converso negata la parità delle parti del rapporto e non sarebbe in effetti più possibile riconoscere la competenza dello Stato per la regolazione della materia *sub specie* dell'ordinamento civile. Ma, come si è dimostrato, la legge delega non è abilitata a mutare la natura giuridica del rapporto di lavoro pubblico che viene conservata nell'ambito privatizzato ai sensi dell'attuale art. 2 del d.lgs. n. 165/2001. D'altra parte, anche nel lavoro privato una serie di principi ed un quadro di regole sono ricavabili non solo nel codice civile ma anche nella legislazione ordinaria, ma ciò non trasforma la natura delle situazioni giuridiche sottostanti.

Il tema, comunque, esige sicuramente un maggior approfondimento, anche alla luce di una giurisprudenza costituzionale che non appare aver affrontato la questione in termini esaustivi.

È indubbiamente, in ogni caso, che occorrerà una particolare sensibilità del legislatore delegato per delimitare gli ambiti di applicazione delle nuove norme. Pare per esempio evidente che, in relazione ai guadagnati margini di autonomia finanziaria di regioni ed autonomie locali, anche alla luce dei provvedimenti *in itinere* in materia di federalismo fiscale che ricomporranno pienamente autonomia di entrata e responsabilità di spesa, il regime di controllo governativo sulla contrattazione collettiva anche integrativa delle stesse amministrazioni dovrà tendere ad affievolirsi. Di converso, potrebbe essere valorizzato il ruolo di strumenti di codecisione, sotto gli aspetti economico-finanziari, della spesa per contrattazione collettiva (come il patto di stabilità interno) ed analogamente potrebbe essere enfatizzato il controllo finale sulla contrattazione collettiva esercitato dalla Corte dei conti, di cui la Corte costituzionale ha fatto risaltare il ruolo di organo dello Stato-Comunità e non dello Stato-Governo, in quanto “garante imparziale dell’equilibrio economico finanziario del settore pubblico” ed in particolare “della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell’efficacia, efficienza ed economicità” (Corte cost. nn. 29 e 244 del 2005).

Anche la seconda perplessità esposta (il presunto “monismo” avallato dalla legge delega) presenta un suo specifico spessore. Non pare più possibile agire come se le amministrazioni costituissero un unico modello organizzativo, quando invece si è in presenza di un sistema di *governance* a più livelli, caratterizzato da un elevato policentrismo politico-amministrativo. Ogni amministrazione presenta peculiarità organizzative e strutturali ed una serie specificità settoriali da salvaguardare ad ogni costo e che rifuggono modelli intrusivi e verticistici a pena della stessa efficienza gestionale. Ugualmente in questa ipotesi, tuttavia, il problema viene rinvia al saggio uso della decretazione delegata, cui spetterà disarticolare la norma primaria in modo che fissi solo la cornice entro cui potrà agire la potestà di autoregolamentazione, anche di diritto privato, dei singoli enti.

Più sottile è il terzo rilievo, secondo cui la rilegificazione determinerebbe uno squilibrio dei poteri fra le parti del rapporto con violazione dell’art. 39 in materia di libertà e organizzazione sindacale.

Anche in questo caso, però, la critica va circostanziata.

Come non esiste un presupposto di esclusiva gestione del rapporto di lavoro pubblico tramite il diritto amministrativo e la legge, analogamente non può sostenersi il contrario. La Consulta ha invece chiarito che - fatto salvo lo “zoccolo duro” in materia organizzativa (necessariamente riservata alla legge o sulla base della stessa) - la scelta fra i due regimi costituisce una pura scelta di diritto positivo, lasciata alla discrezionalità del legislatore (Corte cost. n. 313/1996). Certo, è compito del legislatore ricomporre in un’ “equilibrato dosaggio” le fonti regolatrici, di diritto pubblico e privato, ma ciò deve comunque avvenire nella prospettiva dell’interesse finale tutelato, che impone la “funzionalizzazione del rapporto di lavoro pubblico al raggiungimento delle finalità istituzionali della pubblica amministrazione” (Corte cost. n. 309/1997).

Sussiste dunque una connotazione peculiare della pubblica amministrazione pure a fronte di un rapporto ormai privatizzato (Corte cost. n. 275/2001 e n. 82/2003), ed anche in questo settore la contrattazione collettiva è destinata a realizzare interessi pubblici, per cui può ed anzi deve essere oggetto di una regolamentazione speciale (Corte cost. nn. 199/2003 e 146/2008).

Nei limiti della ragionevolezza e nell'attuale quadro di inattuazione dell'art. 39 Cost. (Corte cost. n.141/1980) quindi, anche la materia della contrattazione collettiva può essere limitata per taluni aspetti e istituti. Anzi, per questa vengono in rilievo anche esigenze di finanza pubblica (art. 81 Cost.) che, per esempio, possono motivare circa la riserva alla legge di taluni aspetti di carattere retributivo ovvero di alcune caratteristiche riguardanti la struttura della contrattazione (per es. art. 3, c. 2, lett. h, n. 4, legge n.15/2009).

Il confine tra competenza della legge e del contratto è, dunque, destinato a rimanere mobile.

La quarta "obiezione" (rilegificazione come misura della compressione delle prerogative dirigenziali) deve essere "riletta" alla luce dell'evoluzione della legge delega. Questa, nel testo deliberato il 18 luglio 2008 dal Consiglio dei Ministri (prima, quindi, della presentazione alle aule parlamentari), conteneva le premesse per una doppia elencazione di materie, riservate rispettivamente alla contrattazione o alla legge, e finiva implicitamente con il ripubblicizzare le materie gestionali di competenza della dirigenza, negando alla stessa, nei fatti, ogni spazio operativo e gestionale autonomo. Ma il testo definitivamente approvato dal Parlamento ha restaurato poteri e spazi di manovra che dovrebbero garantire al dirigente una autonoma agibilità (es. art.6, c.2, lett.a, nn. 1-3 o art.7, c. 2, lett. m), tanto più se tale autonomia sarà salvaguardata da forme cogestive di intervento sindacale. D'altra parte la legge preconizza un mutato regime di conferimento degli incarichi dirigenziali, ordinato sui principi di trasparenza e pubblicità, sorvegliato da collegi di garanzia (che estendono la propria competenza anche alle mancate conferme oltre che alle revoche in corso di contratto), nonché un sistema di valutazione effettivo delle *performance* dirigenziali.

Tutti strumenti che, se ben articolati, potrebbero ricostituire un circuito virtuoso di autonomia e responsabilità, rompendo il legame di sudditanza con la politica e restaurando un corretto conflitto di interessi con il sindacato.

8. Conclusioni: un'impossibile parificazione fra lavoro pubblico e privato?

Può evidenziarsi come l'obiettivo della parificazione dei due regimi - privato e pubblico - soffra, alla luce del nuovo intervento legislativo, una nuova battuta d'arresto e ciò appare forse paradossale visto l'obiettivo dichiarato dalla legge della "convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quello del lavoro privato" (art.2, c. 1, lett. a). Ovviamente, la rilegificazione di ambiti e materie fino ad ora lasciate al codice civile ed all'autonomia collettiva contrasta con l'intento della convergenza, visto che ogni forma di regolazione eteronoma costituisce un obiettivo allontanamento dal diritto comune. Ma si tratta, per certi versi, di un processo ineludibile. Già Massimo D'Antona, all'atto dei decreti della seconda privatizzazione, aveva chiarito che "è la stessa riduzione della pubblica amministrazione alla posizione formalmente paritaria di parte datoriale a sollecitare la produzione di regole *ad hoc* per garantire che gli istituti fondamentali del diritto del lavoro operino senza distorsioni nelle condizioni specifiche delle pubbliche amministrazioni" (738). Con l'emanazione dei decreti delegati previsti dalla legge n. 15/2009, la regolamentazione "speciale" del lavoro pubblico si incrementerà considerevolmente, sulla scia di un indirizzo interventista che ha via via riconosciuto margini di differenziazione sempre più conspicui (valga per tutti

⁷³⁸ M. D'Antona, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, I, 621.

la vicenda dei rapporti flessibili nel pubblico impiego che, a partire dalla l. n. 30/2003, hanno conosciuto divaricazioni ed eccezioni per certi versi insanabili). Ciò denuncia il carattere più esoriativo che concreto dell'indicazione legislativa della convergenza. Appariva, in effetti, al riguardo molto più realistica la primitiva formulazione del disegno di legge che, nel testo approvato dal Consiglio dei ministri il 18 luglio 2008, recava non l'obiettivo di un'ardua parificazione dei due regimi sul piano delle fonti regolative, ma quello della "convergenza del mercato del lavoro pubblico con quello del lavoro privato". Tale finalità appariva testimonianza dell'esigenza che il lavoro pubblico tenesse conto sempre più, e in definitiva "aspirasse", alle regole del mercato privatistico.

È questa, in definitiva, la vera sfida dell'amministrazione pubblica italiana: quella di creare gli equivalenti funzionali dei meccanismi di un mercato che nel lavoro pubblico non c'è o che è troppo debole, siano questi costituiti da un'effettiva valutazione delle *performance* o da sistemi di *exit* per segnalare il gradimento degli utenti delle pubbliche amministrazioni. Si tratta di una sfida per certi versi ineludibile ma densa di ostacoli e che richiederà, al di là delle opzioni avallate, un lungo periodo di disseminazione per favorire la crescita di una cultura della valutazione, della *performance* e della responsabilità, che oggi appare molto sfumata.