

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E
REGGIO EMILIA**

SCUOLA INTERNAZIONALE DI DOTTORATO IN RELAZIONI DI LAVORO

DOTTORATO DI RICERCA IN RELAZIONI DI LAVORO

XXVI CICLO

TESI DI DOTTORATO

**La flessibilità del lavoro e le garanzie della subordinazione,
tra eteronomia e autonomia delle fonti**

Candidato: SABRINA GRIVET FETA'

Relatore: Prof. Alberto Levi

Direttore della Scuola di Dottorato: Prof. Luigi Enrico Golzio

*“Der Schutzgedanke des Arbeitsrechts rührt
aus der einfachen Grunderkenntnis,
dass der abhängig Beschäftigte
nur seine Arbeitskraft einsetzen kann,
um seine Existenz zu sichern.”*
(Ulrich Preis)

*“Credetemi, so fare tutto quello che volete.
Anzi sarei un buono a nulla se non facessi più del lavoro affidatomi.
Se occorre, posso fare due turni di guardia uno dopo l’altro.
Io non ne soffro, anzi mi fa bene.”*
(Knut Hamsun)

Indice

Introduzione	9
CAPITOLO I - IL BINOMIO FLESSIBILITA'-SICUREZZA NEL DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO	15
1. Premessa	15
2. Flessibilità e sicurezza: i primi approcci della Comunità Europea.....	16
3. Modelli di flessicurezza.....	18
3.1. Danimarca: flessicurezza per tradizione.....	18
3.2. Le riforme degli anni '90 in Olanda e la nascita della teoria	20
4. Flexicurity e Strategia Europea per l'Occupazione	25
5. La <i>flexicurity</i> come unica strategia europea in ambito occupazionale	29
6. La <i>flexicurity</i> fino ad oggi, tra luci e ombre	32
CAPITOLO II - FLESSIBILITA' ORGANIZZATIVA E TRASFORMAZIONI DEL LAVORO NELL'IMPRESA	38
1. Premessa. Dal Fordismo al post-Fordismo: come cambia il paradigma organizzativo.....	38
2. Trasformazioni organizzative e prestazione di lavoro: mansioni e professionalità nell'impresa snella.....	41
2.1. La disciplina della mansioni: determinazione dell'oggetto del contratto e tutela della professionalità del lavoratore.	42
2.1.1. Lo <i>ius variandi</i> del datore di lavoro: natura e limiti.....	45
2.1.2. Il criterio dell'equivalenza come limite allo <i>ius variandi</i>	49
2.2 Mansioni e professionalità nell'impresa flessibile.	54
2.2.1. Tendenze evolutive del concetto di mansioni.	54
2.2.2. La professionalità del lavoratore tra competenze soggettive e bagaglio formativo.	57
2.3. La crisi del sistema tradizionale di determinazione delle mansioni e di tutela della professionalità.	61
3. Essenza e natura del lavoro nell'impresa flessibile: cosa accade alla subordinazione?	68
3.1. L'essenza del lavoro nell'impresa: teorie sulla subordinazione.....	68
3.1.1. (segue) Subordinazione, organizzazione d'impresa e potere direttivo del datore di lavoro.	72

3.2. La subordinazione nell'impresa flessibile, tra modulazioni e alternative	78
3.2.1. La collaborazione del dipendente come adattabilità ai mutamenti dell'impresa.	78
3.2.2. La flessibilità del lavoro come strumento di competitività dell'impresa.	81
3.2.3 Flessibilità organizzativa e lavoratori "atipici"	83
3.2.4. Flessibilità, costi della subordinazione ed esternalizzazioni.	92
4. Qualche provvisoria conclusione: sull'unitarietà e irrinunciabilità del concetto di subordinazione.	107
CAPITOLO III - LA FLESSIBILITA' CONTRATTATA NEL RAPPORTO DI LAVORO E NELL'IMPRESA: L'ESPERIENZA TEDESCA	115
1. La disciplina collettiva del rapporto di lavoro	115
1.1. Fondamento della contrattazione collettiva e classificazione dei contratti	115
1.1.1. (segue) Ambito soggettivo di applicazione del contratto collettivo.....	120
1.2. Il ruolo delle rappresentanze aziendali dei lavoratori: <i>betriebliche Mitbestimmung</i> e <i>Betriebsvereinbarungen</i>	124
1.3. Il rapporto tra contratto collettivo e <i>Betriebsvereinbarung</i>	130
1.4. Le <i>betriebliche Bündnisse für Arbeit</i> ("alleanze aziendali per il lavoro")	133
1.5. Il principio di favore (<i>Günstigkeitsprinzip</i>).....	135
2. La flessibilità contrattata nel diritto del lavoro tedesco: strumenti, soluzioni e limiti	137
2.1. Il coinvolgimento del <i>Betriebsrat</i> nelle politiche occupazionali	137
2.2. Il ruolo del <i>Betriebsrat</i> nelle trasformazioni dell'impresa (<i>Betriebsänderungen</i>)	140
2.3. La flessibilizzazione della prestazione di lavoro tra poteri dell'imprenditore e <i>Mitbestimmungsrechte</i>	144
2.3.1. Prestazione di lavoro e <i>Weisungsrecht</i>	144
2.3.2. La collocazione dell'orario di lavoro (§ 87, comma 1, n. 2 BetrVG)	146
2.3.3. La riduzione e l'incremento della durata dell'orario di lavoro (<i>Kurz- e Mehrarbeit</i> ex § 87, comma 1, n. 3, BetrVG)	148
2.3.4. Il lavoro in gruppo (<i>Gruppenarbeit</i> , § 87, comma 1, n. 13, BetrVG).....	155
2.4. Altre forme di flessibilità contrattata nell'impresa.....	157
2.4.1. La gestione collettiva dei tempi di lavoro come strumento di politica occupazionale....	157
2.4.2. L'orario scorrevole (<i>Gleitzeit</i>) e l'orario fiduciario (<i>Vertrauensarbeitszeit</i>)	161

2.4.3. Le <i>Arbeitsabruf-Klauseln</i> (“clausole di lavoro a chiamata”)	163
2.4.4. Il modello dell’orario annuale	164
2.4.5. Gli <i>Arbeitszeitkonten</i>	165
3. Qualche considerazione finale: <i>flexicurity</i> “alla tedesca”?	166
CAPITOLO IV - LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA IN ITALIA ALLA PROVA DELLA FLESSIBILITA’ DEL LAVORO	170
1. Ordinamento sindacale e autonomia della contrattazione collettiva in Italia	170
2. La contrattazione collettiva a livello decentrato	175
2.1 I rapporti tra i diversi livelli di contrattazione collettiva: <i>an</i> , <i>quantum</i> e <i>quomodo</i> della derogabilità	179
2.2 L’efficacia soggettiva del contratto collettivo di livello decentrato	181
3. Le fonti autonome sulla produzione del diritto collettivo e le trasformazioni dell’ordinamento sindacale	185
3.1 L’Accordo tra Governo e Partecipazioni Sociali del 1993	185
3.2 L’Accordo Interconfederale del 2009	190
3.3 L’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011	193
4. L’inedita fonte sulla produzione di matrice eteronoma: l’art. 8 l. 148/2011	199
4.1 Possibilità di deroga ed efficacia soggettiva del contratto aziendale	201
4.2 Volontà collettiva, volontà individuale e volontà della legge nelle riforme della flessibilità	205
4.3 I confini soggettivi e oggettivi delle intese di cui all’art. 8	208
4.4 Possibili profili di incostituzionalità della norma	214
4.5 Un apparentemente insanabile contrasto tra il sistema legale e quello sindacale: quale governo per la flessibilità?	218
5. Vocazioni e prospettive della contrattazione collettiva di fronte alla flessibilità negoziata	223
BIBLIOGRAFIA	226
Ringraziamenti	244

Introduzione

Questa ricerca prende le mosse da una tra le molte possibili interpretazioni dei due tradizionali poli del diritto del lavoro e del loro rapporto: la flessibilità (intesa come soddisfacimento e adesione alle necessità dell'impresa) e la sicurezza (come istanza generale di tutela del lavoratore "soggetto debole" del rapporto)¹.

Con il termine flessibilità si fa riferimento a quelle forme di lavoro caratterizzate da profili di specificità rispetto al modello "standard" (il lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato)², a patto che queste specificità siano in un qualche modo legate ad una trasformazione del paradigma dell'impresa e delle sue necessità. In altre parole, si richiamano le teorie secondo le quali la flessibilizzazione del lavoro sarebbe la risposta necessaria alle trasformazioni organizzative dei modelli di impresa, che da tradizionali diventano post-fordisti, nonché l'indispensabile mutamento senza il quale le aziende non potranno mantenere la propria produttività e competitività nel nuovo contesto globale³.

Quanto al profilo della sicurezza, la vocazione protettiva del diritto del lavoro necessita di adattabilità alle realtà da tutelare: modi flessibili di lavorare richiedono garanzie altrettanto flessibili. Per questo motivo, oltre a dare conto del quadro legislativo esistente in materia di flessibilità, si è voluto instaurare un preciso collegamento con la forma più adattabile di protezione del lavoratore, ovvero la contrattazione collettiva⁴, tanto più nella sua forma maggiormente vicina ai dipendenti stessi, quella aziendale, in cui le norme sono create nello stesso luogo in cui dovranno poi essere applicate. La sicurezza viene dunque interpretata come "garantismo flessibile e flessibilità negoziata, in cui la ricerca di un punto di equilibrio tra modulabilità organizzativa dell'impresa e tutele individuali è delegata all'autonomia collettiva, secondo uno schema che riconosce nel risultato della contrattazione collettiva l' 'adeguatezza sociale' della soluzione raggiunta"⁵.

Nonostante la circoscritta lettura adottata dei concetti di flessibilità e sicurezza, si è ritenuto opportuno presentare in apertura la ricostruzione che dei due poli e della loro interazione è stata data a livello europeo, addirittura promuovendo una crisi dei termini di riferimento con una costante, quasi ostinata proposta di percorsi di flessicurezza negli ordinamenti degli Stati membri⁶. La parabola, ancora in corso, della *flexicurity*, viene utilizzata come modello di contrapposizione, se

¹ Cfr., da ultimo, PERULLI, 2012, 248 ss.

² Cfr. NAPOLI, 1995, 1075 ss.; SPEZIALE, 2007, 16 s.

³ BIAGI, 2001, 258 ss.; F. CARINCI, 1985, 221

⁴ BELLARDI, 2008, 86 ss.

⁵ R. PESSI, 2011b, 548

⁶ WILTHAGEN – TROS, 2011, 167 ss.

non contrasto, rispetto al discorso condotto nel seguito dello studio: la *flexicurity*, infatti, nonostante alcuni accenni contrari, tende a svalutare le garanzie presenti all'interno del concetto di subordinazione e a promuovere un trasferimento delle tutele dal rapporto al mercato, mentre questa ricerca prova a dimostrare l'indispensabilità dell'ancoraggio della flessibilità al posto di lavoro⁷. Da una parte, infatti, un concetto qualitativo e non meramente quantitativo di flessibilità passa necessariamente per una valorizzazione della singola professione e non soltanto per l'azione sui meccanismi "macro" delle transizioni occupazionali; dall'altra, non bisogna dimenticare che il rischio di strategie di flessibilità eccessivamente orientate al mercato può deresponsabilizzare le imprese e scaricare i costi proprio su quella fiscalità generale, e sul debito dello Stato, che la stessa Unione Europea impone di contenere⁸.

Il secondo capitolo è dedicato all'analisi dei principali cambiamenti, veri o presunti, che la flessibilità organizzativa ha imposto alla prestazione del lavoratore subordinato: innanzitutto, alcuni basilari concetti di scienza organizzativa inquadrano le forme di flessibilizzazione del lavoro, in particolare indagando in senso critico il mutamento del paradigma da fordista a post-fordista dato che, come si risconterà varie volte in ambiti specifici, non tutto è cambiato.

I due principali aspetti del rapporto di lavoro su cui si svolge l'indagine sono le mansioni e il concetto di subordinazione, affiancato a quello di "atipicità" e al tema delle esternalizzazioni produttive. Quanto al primo profilo, il mutamento dell'organizzazione dell'impresa non può che aver influito sui compiti e sui ruoli tradizionali dei lavoratori che vi prestano servizio, fenomeno tanto più rilevante laddove si consideri che la disciplina delle mansioni ha una funzione marcatamente protettiva della professionalità del lavoratore, in senso limitativo nei confronti del libero esplicarsi del potere direttivo-conformativo del datore di lavoro⁹. I concetti di polifunzionalità, estensione della professionalità, competenza dinamica, se da una parte paiono richiamare profili di arricchimento e miglioramento del bagaglio formativo del lavoratore, dall'altro rischiano di privarlo di un ruolo specifico al punto da renderlo un mero polo di energie psicofisiche collocabili nell'organizzazione fluida e snella dell'impresa¹⁰. Inoltre, un assottigliamento del contenuto "duro" delle mansioni rischia di mettere in crisi il sistema protettivo di cui all'art. 2103 c.c., che si basa su una rigida considerazione del concetto di equivalenza¹¹.

Quanto al destino della subordinazione stessa nell'impresa snella, la flessibilità del lavoro pare negare o quantomeno indebolire questo concetto che è il più "rigido" esistente nell'ordinamento

⁷ PERULLI, 2012, 250

⁸ Cfr. ALES, 2007, 539 ss.

⁹ Cfr. FRENI-GIUGNI, 1971, 52 s.; ASSANTI-PERA, 1972, 154 s.; ROMAGNOLI, 1972, 190 s.

¹⁰ MAGNANI, 2004, 177 ss.

¹¹ GRANDI, 1986, 251 ss.; PERSIANI, 1971, 12 ss.

giuslavoristico, a causa del suo automatico e necessario collegamento con l'intero apparato di tutele previsto dalla legge¹². Il punto focale del discorso riguarda la presunta "eccessività" del concetto classico di subordinazione, considerato strabordante rispetto alle necessità mutevoli dell'impresa: lo scambio tra la soggezione e la continua disponibilità del lavoratore da una parte, e la sua costante e sicura permanenza nell'impresa dall'altra, viene considerato non più vantaggioso, poiché il datore di lavoro perde parte del proprio tradizionale interesse nei confronti della persistenza dell'esercizio dei poteri direttivo e di controllo.

Per questo motivo, l'impresa snella preferisce talora modulare il contenuto della subordinazione, attenuandone la pregnanza e l'illimitata messa a disposizione delle energie da parte del lavoratore, con un massiccio ricorso a contratti di lavoro, per utilizzare la terminologia del d. lgs. 276/2003, ad orario "ridotto, modulato o flessibile"; altre volte, invece, arriva addirittura a negare la subordinazione stessa e a procurarsi la forza lavoro necessaria attraverso altri strumenti, che dimostrano un'attrazione centrifuga nei confronti dell'ordinamento giuslavoristico e si avvicinano molto più agli schemi del diritto commerciale¹³.

Tuttavia, al termine dell'analisi sul punto, si conferma la prospettiva che considera irrinunciabile il concetto di subordinazione, elemento qualificante e unitario del tipo lavoro nell'impresa, di cui nemmeno l'organizzazione più snella può fare a meno, come viene evidenziato dai meccanismi, sempre presenti, di ritenzione dei *core workers*¹⁴.

Ovviamente, questo non significa che il rapporto di lavoro non possa essere declinato e "flessibilizzato", mantenendo al proprio interno, e non disperdendo nel mercato, il valore qualitativo di un utilizzo più ampio e variabile della manodopera. Al centro della soluzione evidenziata sta la contrattazione collettiva, strumento autonomo e partecipato con cui i soggetti del rapporto di lavoro ne stabiliscono le condizioni di svolgimento, in particolare se la determinazione negoziata avviene in quel medesimo livello d'impresa ove se ne richiede l'applicazione.

Inizia così la seconda parte della ricerca, che prende le mosse dalla ricognizione di un sistema caratterizzato dalla contrattualizzazione istituzionalizzata di tutti gli aspetti più importanti del rapporto di lavoro: il terzo capitolo è dedicato allo studio della *betriebliche Mitbestimmung* nell'ordinamento tedesco, ovvero del sistema di codeterminazione delle condizioni di lavoro all'interno dell'impresa ad opera degli accordi tra il datore di lavoro e il *Betriebsrat* (consiglio aziendale). L'intreccio delle fonti nel sistema tedesco costituisce un esempio molto interessante di decentramento normativo, in quanto non solo la legge interagisce con il contratto collettivo, e il

¹² PROIA, 2002, 444 ss.

¹³ Cfr. DEL PUNTA, 2001, 33 ss.

¹⁴ CORAZZA, 2002, 189 ss.; CARABELLI, 2003, 98 s.

contratto nazionale con quello di secondo livello, bensì vi è pure la relazione, non sempre piana, tra la fonte autonoma sindacale e quella autonoma aziendale¹⁵.

Il § 87 BetrVG, norma cardine in materia di codeterminazione, è nato in un'epoca in cui sicuramente non si ponevano i problemi di un uso flessibile e diversificato del lavoro, eppure negli ultimi anni ha fondato l'obbligo di negoziazione di tutte le nuove forme di organizzazione dell'impresa in ottica di bilanciamento contrattato tra la modifica della prestazione a vantaggio del datore e la persistente tutela del dipendente¹⁶. Oltre alla generale funzione di gestione contrattata della flessibilità, gli accordi d'impresa e i contratti collettivi aziendali sono i protagonisti assoluti nei momenti di crisi e difficoltà, laddove la maggior parte delle realtà produttive tedesche ha preferito non ricorrere a licenziamenti collettivi, ma a modulazioni della prestazione (e della retribuzione) che, pur comportando sacrifici per i lavoratori, sono riuscite a salvaguardarne il posto di lavoro¹⁷.

Lo studio dell'ordinamento tedesco, e in particolare delle soluzioni elaborate dalla volontà collettiva sindacale e non, fotografa un sistema che considera molto più vantaggioso mantenere in vita il rapporto di lavoro, eventualmente a condizioni peggiorative, piuttosto che trasferire il problema occupazionale sul mercato: in altre parole, le tutele per il dipendente vengono sì ridotte in momenti difficili, ma restano comunque ancorate all'impresa di riferimento, e tutelate dall'intervento e dalla partecipazione di un soggetto collettivo di rappresentanza dei lavoratori. Ovviamente, come si dirà, anche questo sistema è tutt'altro che perfetto e rischia di prestare il fianco ad abusi e ad un errato utilizzo degli strumenti di codeterminazione messi a disposizione dalla legge e massicciamente usati dalle imprese, tuttavia la Germania pare al momento la più compiuta realizzazione (e dunque il miglior oggetto di indagine) di una strategia di conciliazione tra flessibilità e tutele che si incentri quasi totalmente sul posto di lavoro, volutamente non realizzando quel trasferimento delle tutele "dal lavoro al mercato" propugnato all'opposto dalla *flexicurity* comunitaria¹⁸.

Infine, lo studio riporta lo sguardo sull'ordinamento italiano: senza alcuna pretesa di comparazione in senso stretto, l'indagine è completata con una ricostruzione dell'attuale struttura della contrattazione collettiva aziendale in Italia, alla ricerca dei possibili spazi di flessibilità contrattata e della prevedibile tenuta del sistema. Il punto di partenza è la ricognizione delle principali caratteristiche dell'ordinamento sindacale, che paga la costante inattuazione dell'art. 39, comma 4, Cost. e dunque il permanere della contrattazione collettiva in un alveo privatistico, a meno che non

¹⁵ Per tutti, RICHARDI, 2012, 1070 ss.

¹⁶ WALTERMANN, 1993, 681 ss.

¹⁷ REINECKE, 2008, 28; REINARTZ, 2008, 10 ss.

¹⁸ Cfr. M.T. CARINCI, 2012, 539 ss.

sia la norma dello Stato a rinviare espressamente ad una regolamentazione autonoma che assume per questo i medesimi caratteri della legge.

Proprio da questo dato derivano le complesse questioni circa il rapporto tra i vari livelli di contrattazione e riguardo l'efficacia soggettiva degli accordi stessi, problemi che avevano trovato soluzione "di fatto" nella tradizionale tenuta dell'ordinamento sindacale, ma che paiono ora non più così semplici in seguito alla rottura dell'unità fra le tre maggiori sigle confederali, alle vicende del "caso Fiat", all'intervento "a sorpresa" del legislatore. Le più ampie possibilità di governo della flessibilità da parte della contrattazione collettiva aziendale risiedono infatti al momento in una fonte eteronoma, ovvero in quell'art. 8 l. 148/2011 con cui il legislatore, dopo decenni di astensione, ha disciplinato le questioni più delicate del sistema negoziale: l'efficacia soggettiva del contratto, i rapporti tra i vari livelli, il sistema della derogabilità tra le fonti della disciplina del rapporto di lavoro.

Al momento, non è possibile mettere un punto fermo: l'art. 8, pur rifiutato dalle sigle confederali nuovamente unite, ha trovato alcune limitate applicazioni¹⁹, oltre ad essere di fatto e "retroattivamente" realizzato negli accordi Fiat, con particolare riguardo, per quello che qui interessa, alle forme di riorganizzazione del lavoro. D'altra parte, il sistema autonomo presentato dall'Accordo del 28 giugno 2011, sostanzialmente convalidato dal Protocollo del 31 maggio 2013, conferma la tendenza del sistema a promuovere forme di decentramento controllato, in cui il contratto aziendale, nel rispetto dei vincoli del sistema, possa diventare realmente fonte creata e applicata nell'impresa, efficace e vincolante nei confronti di tutti i lavoratori²⁰: queste tendenze appaiono particolarmente idonee al governo della flessibilità nell'impresa²¹, poiché laddove il contratto nazionale ha avuto una tradizionale funzione di gestione del mercato del lavoro e della flessibilità "esterna" (basti pensare alle clausole di contingentamento), solo la contrattazione aziendale può creare in ogni singola realtà modelli virtuosi di flessibilità "interna", negoziando la conservazione del rapporto con l'impresa in cambio dell'adattabilità della prestazione.

¹⁹ Cfr. PERULLI, 2013, 938 ss.,

²⁰ DE STEFANO - LIEBMAN, 2013, 747 ss.; MARESCA, 2013a, 714 ss.

²¹ Cfr. BORZAGA, 2013, 998 ss.

CAPITOLO I - IL BINOMIO FLESSIBILITA'-SICUREZZA NEL DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO

Sommario: 1. Premessa. 2. Flessibilità e sicurezza: i primi approcci della Comunità Europea. 3. Modelli di flessicurezza. 3.1. Danimarca: flessicurezza per tradizione. 3.2. Le riforme degli anni '90 in Olanda e la nascita della teoria. 4. *Flexicurity* e Strategia Europea per l'Occupazione. 5. La *flexicurity* come unica strategia europea in ambito occupazionale. 6. La *flexicurity* fino ad oggi, tra luci e ombre.

1. Premessa

Il binomio flessibilità-sicurezza come paradigma della tensione sperimentata dal diritto del lavoro non è invenzione recente, né può essere attribuito all'elaborazione isolata di qualche autore o all'evoluzione delle politiche comunitarie.

L'ambiguo statuto del lavoro – merce scambiata sul mercato, ma anche massima espressione della persona umana – ha da sempre generato la necessità di ascrivere ciascuna di queste dimensioni ad un “principio-guida” diverso.

Per questo si può dire che le civiltà industriali abbiano avuto il difficile compito di garantire contemporaneamente la libertà indispensabile allo svolgimento dell'attività d'impresa e la sicurezza, imprescindibile per la protezione dei lavoratori²².

I tempi più recenti, caratterizzati dal passaggio a modelli produttivi via via più snelli, liquidi e mutevoli nel tempo e nello spazio, hanno segnato profondamente anche il lavoro, inteso come fonte di reddito, stabilità, prospettive di vita e ruolo sociale, tanto che oggi ben si può dire che l'occupazione non è più in grado di assicurare automaticamente al lavoratore né la libertà né la sicurezza²³.

La domanda di libertà che proviene dalle imprese, invece, è sempre maggiormente declinata come flessibilità. La competitività e l'autonomia dell'impresa nel determinare i propri obiettivi economici e raggiungerli nel modo più efficiente passano infatti dall' “abilità dell'organizzazione di adattare dimensione, composizione, reattività e costi delle persone, al fine di raggiungere obiettivi organizzativi”²⁴.

²² PERULLI, 2012, 248 ss.

²³ PERULLI, 2012, 255

²⁴ BREWSTER, 2000, 156

2. Flessibilità e sicurezza: i primi approcci della Comunità Europea

Il concetto di flessibilità domina il dibattito della letteratura non solo economico-organizzativa ormai dagli anni '80 (sul punto vedi ampiamente *infra*, cap. II). E' significativo notare che, non appena la nuova parola d'ordine per l'organizzazione del lavoro e l'utilizzo competitivo della forza lavoro diventa "flessibilità", nasce subito la consapevolezza dei pericoli insiti in questo paradigma e la necessità di una sua limitazione.

Le aspettative e le aspirazioni dei Governi, delle imprese e dei lavoratori si presentano divise tra due poli (apparentemente?) contrapposti: da una parte la pressante richiesta di maggiore flessibilità dei mercati del lavoro e dei modelli produttivi d'impresa, dall'altra una domanda, altrettanto forte, di sicurezza per i lavoratori²⁵.

Già nella letteratura economico-organizzativa degli anni '80 la sicurezza viene vista come un necessario contrappeso alla flessibilità dell'utilizzo della manodopera. Un contrappeso, potremmo dire, "interno", ovvero non imposto per ragioni superiori ed esterne di protezione e rispetto dei diritti dei lavoratori, bensì inserito come parte della stessa flessibilità, come indispensabile elemento per creare quella coesione e quel legame tra lavoratori e impresa che solo può stimolare forme virtuose di lavoro qualitativamente superiore, innovazione e ricerca della competitività²⁶.

Anche la dottrina giuridica, nel momento in cui il concetto di flessibilità entra in contatto con l'ordinamento lavoristico, non esita a riconoscere la sicurezza come necessario contraltare e inseparabile compagna della flessibilità, la quale ultima non può trovare applicazione in un sistema neoliberista sottratto all'applicazione degli statuti protettivi del diritto, ma deve inserirsi in una cornice sostenibile improntata alla tutela e al rispetto dei valori fondamentali²⁷.

Il binomio flessibilità-sicurezza entra prepotentemente nell'agenda politica della Comunità Europea verso la metà degli anni '90, all'atto della promulgazione del Libro Verde del 1993 sulle opzioni di politica sociale dell'Unione²⁸. In quell'occasione, la Commissione Europea si pone per la prima volta il problema concreto della flessibilità, evidenziando da una parte come essa sia strutturale necessità delle imprese per rispondere alle sfide del mutamento tecnologico e produttivo, ma dall'altra debba essere debitamente gestita in modo da non compromettere il c.d. *acquis* comunitario in materia sociale.

La Commissione si preoccupa in particolare del giudizio delle parti sociali sulla nozione di flessibilità: "per padroneggiare il processo di continuo mutamento tecnologico e strutturale è

²⁵ WILTHAGEN – TROS, 2004, 167, che parlano di "*flexibility-security nexus*".

²⁶ PIORE – SABEL, 1987, 375 ss.

²⁷ DE LUCA TAMAJO, 2009, 193 s., riassumendo le posizioni che Massimo D'Antona esprimeva nel corso degli anni '90.

²⁸ COM (1993) 551, 17 novembre 1993. *Libro Verde. La politica sociale. Opzioni per l'Unione*. eur-lex.europa.eu.

necessario un concetto di flessibilità nuovo e socialmente accettabile. E' dubbio che un concetto limitato ai salari e alla mobilità risulti accettabile per le parti sociali nelle circostanze attuali. Punti essenziali appaiono le trattative sui diritti di accesso alle opportunità di istruzione e formazione per i lavoratori, la partecipazione dei lavoratori ai processi di cambiamento e iniziative che riconducano le nuove forme contrattuali del mercato del lavoro nell'ambito di standard accettabili di sicurezza sociale. Si tratta di uno sviluppo considerevole del programma delle contrattazioni collettive”²⁹.

In queste poche righe, la Commissione Europea già riassume i tratti salienti di quelle che diventeranno, negli anni successivi, le politiche di *flexicurity*, ovvero di flessibilità del lavoro coniugata (o controbilanciata, o temperata) con la sicurezza dei lavoratori: flessibilità di tipo qualitativo, programmi di apprendimento e formazione, coinvolgimento delle parti sociali, mantenimento di alti livelli di sicurezza.

L'enunciazione più chiara e compiuta del concetto di flessicurezza giunge dalla Commissione Europea nel 1997, in un nuovo Libro Verde³⁰, con cui l'Istituzione prende atto della nascita di un nuovo soggetto imprenditoriale e produttivo, definito “azienda flessibile”. L'azienda flessibile è presentata come il risultato del cambiamento del paradigma di produzione industriale, che non è più il sistema fisso della produzione di massa, ma diventa “un processo flessibile, aperto, di sviluppo organizzativo, un processo che offre nuove opportunità di apprendimento, innovazione, miglioramento e quindi di maggiore produttività”³¹. Questo processo coinvolge tutti i soggetti tradizionali del mercato: le imprese, i mercati, le organizzazioni, le tecniche e le tecnologie, ovviamente le risorse umane. Da quest'ultimo punto di vista, la Commissione afferma che la nuova azienda flessibile crea al suo interno un nuovo tipo di posti di lavoro “detti ‘ad alta fiducia’ (*high trust*) e ‘altamente qualificati’ (*high skill*)”³².

La Commissione prosegue evidenziando i grandi vantaggi che una simile flessibilizzazione del paradigma d'impresa non può che apportare in termini di competitività e produttività, ma non trascura il lato negativo per cui “i cambiamenti determinano fluttuazioni e incertezze. Si deve tener conto in modo equilibrato di diverse esigenze [...] soprattutto, della flessibilità e della sicurezza”³³.

²⁹ COM (1993) 47. Al punto immediatamente successivo, peraltro, la Commissione già pone il problema degli strumenti mediante i quali realizzare concretamente questo tipo di flessibilità nello spazio dell'Unione, affermando che “se da un lato una politica comune del mercato del lavoro a livello dell'Unione non è fattibile né auspicabile, un'eccessiva divergenza tra le condizioni dei mercati del lavoro nazionali sarebbe d'altro canto pericolosa. L'impegno nei confronti di elevate condizioni sociali e della promozione del progresso sociale è parte integrante del nuovo Trattato.” Proprio su questi contrastanti presupposti si fonda peraltro la controversa azione delle Istituzioni comunitarie in materia di lavoro, oscillante tra interventi di *soft* e *hard law*. Cfr. ampiamente IZZI, 2007, 327 ss.

³⁰ COM (1997) 128, 16 aprile 1997. *Partenariato per una nuova organizzazione del lavoro*. eur-lex.europa.eu

³¹ COM (1997) 3

³² *Ibidem*

³³ COM (1997) 5

Il binomio flessibilità-sicurezza diventa così irrinunciabile e inseparabile, tanto a vantaggio delle imprese quanto dei lavoratori. Di più, la Commissione parla di un circolo virtuoso, per cui lavoratori sicuri della stabilità della propria posizione restituiranno all'impresa prestazioni maggiormente flessibili, efficienti e realmente coinvolte negli obiettivi e nella gestione datoriale. D'altra parte, così come la sicurezza va ugualmente a vantaggio delle imprese sotto forma di una manodopera fedele e altamente formata, anche la flessibilità può essere lo strumento con cui i lavoratori ottengono un tipo di occupazione compatibile con la loro vita personale e familiare³⁴.

La Commissione, tuttavia, ritiene che soggetti coinvolti nella ricerca del giusto equilibrio tra flessibilità e sicurezza non debbano essere solo lavoratori e imprenditori, ma che il processo debba avere una rilevanza centrale a livello di politiche pubbliche: “la questione fondamentale per i lavoratori, le imprese, le parti sociali e i decisori politici è di raggiungere il giusto equilibrio tra flessibilità e sicurezza”, per cui proprio “il raggiungimento di questo equilibrio tra flessibilità e sicurezza è al centro del partenariato per una nuova organizzazione del lavoro”³⁵, che non può prescindere da una profonda revisione delle politiche lavorative della Comunità, orientate alla nuova parola d'ordine, flessicurezza.

3. Modelli di flessicurezza

3.1. Danimarca: flessicurezza per tradizione

I discorsi e gli orientamenti della Commissione Europea fin qui riportati si ispirano all'esempio di realtà ben precise: sicuramente la Comunità aveva presenti modelli statuali in cui le politiche pubbliche, con risultati molto positivi, erano intervenute sul mercato del lavoro cercando di incoraggiarne la flessibilità senza penalizzare la dimensione della sicurezza.

Il primo esempio è senza dubbio costituito dalla Danimarca, dove *performance* economiche molto positive³⁶ paiono la diretta conseguenza delle peculiari condizioni del mercato del lavoro, regolamentato tradizionalmente con un originale connubio di libertà e sicurezza.

L'unicità del sistema danese si fa addirittura risalire al 1899, quando datori di lavoro e lavoratori raggiunsero uno storico accordo per cui ai primi veniva lasciata piena libertà nel gestire la manodopera nel quadro dell'organizzazione d'impresa, mentre ai secondi sarebbe stato assicurato

³⁴ Il concetto di sicurezza come strumento di competitività delle imprese, negando dunque una dicotomia tra flessibilità per avvantaggiare la produzione e sicurezza per proteggere i lavoratori, viene continuamente sottolineato dai documenti comunitari. Si veda, a titolo esemplificativo, la Decisione del Consiglio del 22 luglio 2003, n. 578, relativa agli *Orientamenti per le Politiche Occupazionali*. www.eur-lex.europa.eu.

³⁵ COM (1997) 128, 6

³⁶ In particolare, a partire dal 1993 il tasso di disoccupazione del paese è costantemente diminuito, fino a scendere sotto il 5% nel 2000 e addirittura arrivare al 3% nel 2007. I dati provengono dall'Eurostat, epp.eurostat.ec.europa.eu

un alto grado di protezione in tema di orario e condizioni di lavoro, garantito dall'intervento negoziale dei sindacati³⁷.

Da quel momento in poi, le politiche e la regolamentazione del lavoro in Danimarca si sono sempre sviluppate come un sistema essenzialmente liberista, caratterizzato dapprima da una sostanziale libertà per gli imprenditori di assumere e licenziare, con limitate tutele per i lavoratori contro il recesso, e poi da un sempre maggior incoraggiamento di forme di lavoro flessibili e atipiche, garantendo un grande dinamismo dei flussi in entrata nel e in uscita dal mercato del lavoro.

A questo aspetto di elevata flessibilità numerica in entrata e in uscita ha sempre fatto da contropartita un alto livello di sicurezza sociale, attraverso generosi trattamenti economici per i disoccupati in cerca di lavoro. Ad esso si aggiunge la grande attenzione del governo danese per politiche non solo passive, ma anche attive del lavoro: il reinserimento professionale dei lavoratori che si ritrovano nel mercato e cercano una nuova occupazione viene supportato con misure di formazione, aggiornamento e adattamento delle competenze. Questi tre elementi (massima flessibilità numerica, alto livello di sicurezza economica, valorizzazione delle politiche attive) costituiscono il cosiddetto "triangolo d'oro", a cui deve aggiungersi l'alta sindacalizzazione dei lavoratori che, pur non legati stabilmente al singolo posto di lavoro, aderiscono alle associazioni di categoria per attingere prestazioni assistenziali più elevate dai fondi sociali gestite da queste ultime secondo il c.d. "sistema Ghent"³⁸.

L'efficiente combinazione di questi elementi, il diffuso senso di sicurezza tra i lavoratori e la buona produttività delle imprese fanno della Danimarca uno dei paesi più spesso indicati come virtuosi modelli di flessicurezza³⁹, anche se non pochi dubbi sorgono circa l'effettiva esportabilità e riproducibilità di questo modello in altri contesti nazionali⁴⁰.

³⁷ FONTANESI - CAPITINI, 2008, 127 s.; WILTHAGEN - TROS, 2004, 177 s.

³⁸ Cfr. M.T. CARINCI, 2012, 533, che parla di "massima *flexibility* nel rapporto e massima *security* nel mercato".

³⁹ Per doverosi approfondimenti sul tema, si rimanda a BRAUN, 2003, 94 ss.; MADSEN, 2003, 68 ss.

⁴⁰ Si segnala a tal proposito l'opinione di WILTHAGEN, 2005, 262, il quale afferma che, riguardo la Danimarca, non si può parlare di reale *flexicurity* nel senso comunitario del termine, poiché la realizzazione di politiche di temperamento tra flessibilità e sicurezza non è stata deliberata, bensì costituisce uno "stato di cose" connaturato all'ordinamento lavoristico del Paese. Anche per questo motivo, l'esportabilità del modello danese in altri contesti sarebbe particolarmente difficile, in quanto le condizioni che hanno condotto a questo equilibrio tra flessibilità e sicurezza dipenderebbero da fattori endogeni e culturali più che da singoli interventi di riforma. Cfr. anche M.T. CARINCI, 2012, 534 s., che, identificando alcuni fattori peculiari del caso danese (elevato gettito dalla tassazione sul lavoro, predisposizione culturale al buon uso delle pratiche assistenziali, spirito collaborativo delle rappresentanze di datori e lavoratori), afferma che sarebbe auspicabile un'esportazione della ricetta danese della "*security*", mentre apparirebbe molto più rischiosa, al di fuori del suo contesto, la riproduzione del lato "*flexibility*".

3.2. Le riforme degli anni '90 in Olanda e la nascita della teoria

Tuttavia, l'esempio a cui l'Europa ha più spesso guardato, per varie ragioni che si cercherà di chiarire, è quello dei Paesi Bassi. Del resto, proprio nei Paesi Bassi nasce il termine *flexicurity*, nel quadro della profonda stagione di riforme del lavoro avvenute a partire dal 1995. Il termine non viene usato direttamente dagli organismi ufficiali, che continuano a tenere distinti, seppur costantemente accostati, i due termini di flessibilità e sicurezza, ma da un noto consulente scientifico del Governo, il sociologo Hans Adriaansens⁴¹.

L'idea di fondo che sostiene il nuovo concetto è quella di “combinare o addirittura riconciliare e (ri)bilanciare la (necessità di) maggiore flessibilità sul mercato del lavoro da una parte e di sicurezza (sociale e occupazionale) dall'altra”⁴². I principali ambiti chiamati in causa sono inizialmente il problema della compresenza sul nuovo mercato di lavoratori stabili accanto a lavoratori “atipici”, nonché la necessità di garantire ad ognuno le giuste tutele senza penalizzare il dinamismo economico-produttivo da una parte e i diritti sindacali e di partecipazione dall'altra. Le prime proposte per raggiungere quello che viene da subito definito un “gioco a somma positiva” (*win-win outcome*) si incentrano su un elemento ben preciso: spostare le tutele dal tradizionale alveo del rapporto di lavoro alla nuova dimensione del mercato del lavoro⁴³.

Le radici teoriche di questa proposta, per quanto riguarda il caso olandese, si possono trovare già al principio degli anni '80, in una fase in cui un alto e preoccupante tasso di disoccupazione si univa ad un periodo di profondo discredito per il tradizionale sistema concertativo, con la crisi del dialogo tra il Governo e i due principali organismi consultivi in materia di lavoro⁴⁴. Questa problematica fase di stallo terminò allorché venne raggiunto un accordo, col rivitalizzato metodo concertativo, in materia di salari. I salari vennero sostanzialmente ridotti, e le imprese vennero sgravate di parte dei costi ad essi legati, con l'impegno però ad usare quelle risorse per politiche di innovazione industriale, revisione dell'organizzazione del lavoro nel senso della maggior efficienza e flessibilità, creazione di nuovi posti di lavoro per i giovani e opportunità di formazione professionale per i dipendenti⁴⁵.

⁴¹ Nel suo memorandum del dicembre 1995, infatti, il Ministro del Lavoro e degli Affari Sociali Ad Melkert parla di “flessibilità e sicurezza” e non ancora di una crasi tra i due termini, nonostante la necessità di un contemperamento tra due concetti, divenuti ormai inseparabili, per me l'intero dossier. Cfr. WILTHAGEN – TROS, 2004, 173

⁴² WILTHAGEN, 1998, 1

⁴³ WILTHAGEN, 1998, 2

⁴⁴ Questi due organismi sono la Fondazione per il Lavoro, un'organizzazione privata che riunisce rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro, e il Consiglio Socio-Economico, un'istituzione pubblica in cui siedono anche rappresentanti del Governo. Entrambi i corpi hanno un ruolo fondamentale per quanto riguarda le politiche in materia di lavoro, in particolare quelle salariali. Cfr. WILTHAGEN, 1998, 2 s.

⁴⁵ WILTHAGEN, 1998, 2 ss.; BOVENBERG – WILTHAGEN, 2008, 330 ss.

La scelta del Governo e delle parti sociali, di fronte ad un momento di crisi, fu dunque quella di valorizzare l'aspetto dell'occupazione/occupabilità piuttosto che quello dei salari, e di negoziare la sicurezza di una maggior disponibilità di posti di lavoro con la flessibilità retributiva e contrattuale⁴⁶.

La vera svolta nelle politiche del lavoro olandesi giunge però nel 1994, con l'insediamento del Governo presieduto da Wim Kok, il cui celebre motto "Jobs! Jobs! Jobs!"⁴⁷ non lasciava dubbi circa l'indispensabilità della creazione continua di nuovi posti di lavoro, soluzione considerata molto più efficace e positiva di qualunque misura di sicurezza sociale o sostegno al reddito⁴⁸. Dal punto di vista politico, lo scopo delle riforme fu quello di riallocare le risorse (intese anche come bagaglio di tutele), in modo da distribuirle in modo più equo ed efficiente tra coloro che già ne disponevano e coloro che invece non riuscivano ad accedervi, perché non sufficientemente protetti da forme contrattuali atipiche⁴⁹. Luogo ideale per ristabilire questo equilibrio nelle tutele venne considerato non il rapporto di lavoro, posizione acquisita e relativamente rigida, quanto piuttosto il mercato del lavoro, caratterizzato da flussi in entrata e in uscita, da lavoratori che vi permangono per un tempo più o meno lungo, in attesa di una nuova occupazione.

Questo approccio si riallaccia chiaramente alla teoria dei c.d. *transitional labour markets*, che evidenzia come nella società moderna il posto di lavoro e il concetto stesso di lavoro subordinato non siano più in grado di assicurare quella stabilità e quell'apparato di certezze – certezza del reddito, delle prospettive di vita, dello sviluppo di carriera – a cui tradizionalmente erano associati⁵⁰. Ecco dunque che l'ormai impossibile garanzia della stabilità nella permanenza del posto di lavoro viene necessariamente sostituita da un altro tipo di garanzia: quella per cui "meccanismi sociali istituzionalizzati" saranno "in grado di accompagnare e sostenere i lavoratori durante tutto il loro percorso lavorativo, evitando che nel passaggio da uno stato di occupazione ad un altro, il lavoratore cada in una situazione di povertà, veda svalutate le proprie competenze professionali, si avvii verso un progressivo percorso che lo conduca alla esclusione della società attiva"⁵¹.

L'elemento di profonda innovazione che questa teoria porta con sé è l'idea, inedita per i tradizionali sistemi protettivi degli ordinamenti lavoristici europei, che oggetto di tutela sia non il posto di

⁴⁶ WILTHAGEN, 1998, 5

⁴⁷ Questo sarà anche il celebre titolo del Rapporto che la *task force* presieduta dallo stesso Kok presenterà al Consiglio Europeo nel 2003. Cfr. *infra* § 4 e LO FARO, 2008, 8.

⁴⁸ Cfr. ZAPPALÀ, 2011, 110 s.

⁴⁹ WILTHAGEN, 1998, 13, riportando le posizioni del Governo allora in carica

⁵⁰ Il punto di riferimento della teoria è l'opera di Günther Schmid, citata sia da WILTHAGEN, 1998, 1 e 21 s. sia da ZAPPALÀ, 2011, 108. Per quanto riguarda il termine "transizionale", il riferimento non è necessariamente al passaggio da un'occupazione ad un'altra, bensì anche alla transizione dal percorso educativo a quello lavorativo, dalla disoccupazione all'occupazione e viceversa, da contratti "tipici" ad "atipici" e viceversa.

⁵¹ ZAPPALÀ, 2011, 108

lavoro occupato da un soggetto, bensì il lavoratore stesso, inteso come persona che ben potrà, senza per questo ricevere danni o svantaggi, migrare da una posizione ad un'altra, permanendo anche per determinati periodi nel mercato del lavoro. Il dichiarato obiettivo di questa strategia è quello di raggiungere l'occupazione totale, eliminando la disoccupazione non attraverso l'iper-stabilità dei posti di lavoro, bensì mediante la garanzia della continua disponibilità di nuove posizioni verso cui il lavoratore potrà migrare.

Spostare il focus dalla tutela del posto di lavoro e della stabilità del lavoratore in quel posto di lavoro alla protezione del lavoratore mobile sul mercato del lavoro presuppone in realtà un apparato più complesso di tutele, in cui tutti gli attori sociali, pubblici e privati, collettivi e individuali, devono coordinare la propria azione per renderla mirata ed efficace⁵².

Cos'ha dunque la *flexicurity* di più e di diverso rispetto alla teoria dei *transitional labour markets*? Contrariamente ad alcune posizioni che si consolideranno negli anni successivi (cfr. *infra*, § 5), la prima definizione di *flexicurity* si presenta come una rilettura qualitativa della teoria dei *transitional labour markets*, accusata di un'eccessiva insistenza su aspetti puramente quantitativi: “mentre il concetto di ‘piena occupazione’ non qualifica la natura dell'occupazione stessa” scrive Wilthagen “il concetto di flessicurezza lo fa. Piena occupazione non è un sinonimo di inclusione sociale, dato che i lavoratori potrebbero ritrovarsi in situazioni precarie ed insicure, persino esclusi da altre importanti sfere della società e della vita sociale”⁵³. L'idea che sta alla base della flessicurezza, dunque, è quella di dare ai lavoratori qualcosa di più della certezza di una qualsivoglia occupazione e della riduzione al minimo dei periodi di inattività nelle transizioni da uno stato ad un altro: la *flexicurity* dovrebbe essere invece il sostrato di un corretto operare dei meccanismi dei *transitional labour markets*. In altre parole, un contesto di flessicurezza da una parte dovrebbe garantire ai lavoratori la certezza della salvaguardia della loro professionalità, della qualità del loro lavoro e del contenuto delle loro mansioni nonostante le transizioni attraverso il mercato, dall'altra è chiamata ad assicurare alle imprese la necessaria flessibilità nell'organizzazione produttiva e della manodopera⁵⁴.

Nelle ulteriori elaborazioni teoriche degli studiosi olandesi⁵⁵ si distinguono due diversi concetti di *flexicurity*: come strategia e come stato di cose. Lo “stato di cose flessicuro” è la fotografia di un

⁵² ZAPPALÀ, 2011, 108

⁵³ WILTHAGEN, 1998, 21

⁵⁴ WILTHAGEN, 1998, 22

⁵⁵ Il *Research Institute for Flexicurity, Labour Market Dynamics and Social Cohesion at Tilburg University* (ReflecT), presieduto proprio da Ton Wilthagen e di cui fanno parte molti esperti di lavoro europei che hanno dedicato i propri studi al tema della flessicurezza, è ormai da anni il punto di riferimento per la ricerca politico-scientifica nel campo. D'altra parte, lo stesso Ton Wilthagen è stato relatore del *European Expert Group on Flexicurity*, istituito dalla Commissione Europea nel 2006. Cfr. CARUSO – MASSIMIANI, 2007, 463.

sistema in cui si possano contemporaneamente riscontrare un elevato grado di flessibilità⁵⁶, capace di adattare la manodopera alle mutevoli esigenze della produttività, dell'impresa e del mercato, e un alto livello di sicurezza, idoneo a facilitare le progressioni di carriera, ad incoraggiare la formazione e la professionalità e a proteggere i lavoratori più svantaggiati, nel rispetto dei meccanismi transizionali del mercato⁵⁷.

Ben più interessante appare però la compiuta elaborazione della definizione di *flexicurity* come strategia politica “che cerca, sincronicamente e apertamente [*deliberately*], da una parte di stimolare la flessibilità dei mercati del lavoro, dell'organizzazione del lavoro e delle relazioni di lavoro, dall'altra di promuovere la sicurezza – sicurezza sociale e occupazionale – in particolare per i gruppi più deboli, dentro e fuori il mercato del lavoro”⁵⁸.

I due aspetti della strategia che devono essere evidenziati riguardano il metodo mediante il quale il bilanciamento tra flessibilità e sicurezza deve essere raggiunto: con la contemporanea realizzazione di politiche su entrambi i versanti e con l'utilizzo di strumenti in senso lato concertativi. Il concetto di “sincronizzazione” tra gli interventi in materia di flessibilità e quelli che riguardano la sicurezza dovrebbe fugare il timore di una strategia politica in cui le tutele siano stabilite “all'inseguimento” continuo delle innovazioni, per cercare di limitarne gli effetti negativi man mano che questi si verificano. Non esiste, invece, nessuna anteriorità logica o cronologica della flessibilità rispetto alla sicurezza, per cui non si può parlare di flessicurezza a fronte di misure puramente deregolative, solo in un secondo e successivo momento controbilanciate da interventi a scopo protettivo⁵⁹.

Per quanto riguarda invece il secondo termine con cui viene definito il metodo, il riferimento è al “*deliberative approach*”, cioè a modalità di realizzazione delle politiche che richiedano e valorizzino il consenso degli attori coinvolti: il primo interlocutore viene individuato nelle parti sociali e nelle rappresentanze collettive di lavoratori e imprenditori, ma non si escludono altre forme di dialogo sociale, che implicino tra l'altro la partecipazione di altri *stakeholders*, pubblici o privati, individuali o collettivi, presenti nel mercato o l'utilizzo di mezzi molto vari, come incentivi economici e politiche fiscali⁶⁰.

⁵⁶ Il riferimento esplicito è alla flessibilità numerica, funzionale e retributiva, anche se non appare chiaro, ai fini della definizione di un sistema come “flessicuro”, se questi tipi di flessibilità debbano ricorrere in modo necessariamente congiunto oppure indifferentemente alternativo tra loro.

⁵⁷ WILTHAGEN – TROS, 2004, 170

⁵⁸ WILTHAGEN – TROS, 2004, 169. La medesima definizione verrà sostanzialmente ripresa anche nel rapporto finale del già citato *European Group on Flexicurity*. Sulle differenze tra la definizione scientifica e quella operativa, cfr. CARUSO – MASSIMIANI, 2007, 463 ss.

⁵⁹ CARUSO – MASSIMIANI, 2007, 464. WILTHAGEN – TROS, 2004, 170 affermano infatti che non possa definirsi flessicurezza l'intervento che si limiti a dare “protezione sociale a lavoratori flessibili”.

⁶⁰ WILTHAGEN – TROS, 2004, 169 s.; CARUSO – MASSIMIANI, 2007, 464 s.

Resta ancora da indagare la domanda più difficile: come definire efficacemente la flessicurezza senza dare un significato certo delle due dimensioni che la compongono? La posizione adottata nei documenti sul tema propone di individuare quattro possibili significati del termine flessibilità, a cui si accostano quattro distinti significati del termine sicurezza.

Per quanto riguarda la flessibilità, esiste prima di tutto quella numerica-esterna, intesa come la facoltà dell'impresa di adattare la quantità della propria forza lavoro alle necessità produttive attraverso assunzioni e licenziamenti; la sua corrispondente è quella numerica-interna, in cui la quantità di lavoro presente nell'impresa viene modificata mantenendo in vita il rapporto di lavoro, ma mutandone le caratteristiche orarie. C'è poi la flessibilità funzionale, in cui ad essere aggiustato è il contenuto del contratto di lavoro a livello di mansioni e ruolo, affinché il medesimo lavoratore possa essere utile all'impresa in modo vario e versatile; infine c'è la flessibilità salariale, che implica la possibilità di adattare le retribuzioni sulla base dei mutamenti organizzativi e produttivi dell'azienda⁶¹.

Per quanto riguarda invece la dimensione della sicurezza, il primo significato è quello, più tradizionale, della cosiddetta *job security*, vale a dire la sicurezza di mantenere la stabilità del proprio impiego, la continuità della propria posizione di lavoro. Con un approccio quasi opposto e contrastante, la seconda dimensione richiamata è quella della *employment security*, intendendo per tale la sicurezza non dello specifico posto di lavoro, ma dell'occupazione, la garanzia che il lavoratore rimarrà impegnato in un'attività produttiva e non uscirà dal mercato del lavoro. La terza dimensione è quella della *income security*, cioè sicurezza del reddito, non solo attraverso la continuità dell'occupazione, ma anche tramite politiche pubbliche di sostegno economico per i periodi di contrazione o assenza della retribuzione (per questo motivo, si parla anche di *social security*). Infine, in una dimensione parzialmente diversa, troviamo l'accezione di sicurezza come *combination security*, ovvero garanzia che il lavoratore potrà conciliare la propria occupazione con le altre sfere della vita, con esigenze e doveri familiari o personali⁶².

Nell'elaborazione scientifica della teoria, che fin qui si è seguita passo passo nel suo sviluppo, la combinazione e l'intersecarsi tra i diversi tipi di flessibilità e i diversi tipi di sicurezza dovrebbe portare all'individuazione dei vari tipi di compromesso, e di vero e proprio scambio (*trade-off*) che possono instaurarsi tra varie forme di flessibilità e varie forme di sicurezza. Una politica o una strategia di bilanciamento tra flessibilità e sicurezza è flessicurezza solo se lo scambio tra le due

⁶¹ WILTHAGEN – TROS, 2004, 170; WILTHAGEN, 2005, 256; cfr. IZZI, 2007, 337 ss.

⁶² WILTHAGEN – TROS, 2004, 171; WILTHAGEN, 2005, 257; cfr. ZAPPALÀ, 2011, 105

dimensioni di presenta come un “gioco a somma positiva”, in cui cioè tutte le parti, pur dovendo rinunciare a qualcosa, guadagnano più di quanto hanno perso⁶³.

4. Flexicurity e Strategia Europea per l’Occupazione

E’ dunque a questo complesso di innovazioni legislative e di elaborazioni teoriche che l’Unione Europea guarda con crescente interesse sul finire degli anni ’90, proprio quando il Trattato di Amsterdam inserisce nel Trattato Comunitario il Titolo VIII (artt. 125-130)⁶⁴, dedicato all’occupazione. Il Trattato di Amsterdam, firmato dagli allora quindici Stati membri il 2 ottobre 1997, era destinato ad entrare in vigore soltanto due anni più tardi, nel 1999.

Tuttavia, già il 20-21 novembre 1997, il Consiglio europeo straordinario sull’occupazione svoltosi a Lussemburgo consentì “in pratica, di applicare in anticipo, sin dal 1998, le disposizioni del futuro articolo 128 del trattato relative al coordinamento delle politiche degli Stati membri in materia di occupazione”⁶⁵. L’art. 128 TCE (oggi art. 148 TFUE) prevede per la prima volta un intervento dell’Unione nei temi del lavoro, precisamente incaricando il Consiglio, su proposta della Commissione e sentito il Parlamento, di elaborare ogni anno da una parte una valutazione della situazione occupazionale del territorio comunitario, dall’altra di formulare linee guida e orientamenti in materia di lavoro, che gli Stati membri dovranno seguire nell’elaborazione di interventi e politiche future.

Infatti, il Titolo IX si apre con la pregnante dichiarazione dell’art. 145, nel quale si afferma che “gli Stati membri e l’Unione, in base al presente titolo, si adoperano per sviluppare una strategia coordinata a favore dell’occupazione, e in particolare a favore della promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici, al fine di realizzare gli obiettivi di cui all’articolo 3 del trattato sull’Unione europea”. L’idea del “coordinamento”, dunque di metodi di intervento *soft* che coordinino mezzi di tipo diverso verso obiettivi comuni (essenzialmente “un livello di occupazione elevato”, come specificato nell’art. 147), viene ripresa anche nei successivi artt. 146 e 147: da una parte si rimarca l’aspetto della centralità del tema dell’occupazione, che dunque deve essere dotato di rilevanza comunitaria e non può rimanere esterno al campo di azione dell’Unione; dall’altra, si ribadisce che

⁶³ WILTHAGEN, 2005, 256 s., dove le diverse strategie di *flexicurity* vengono inoltre distinte sulla base di tre fattori: il livello in cui sono implementate (nazionale, regionale, locale o aziendale); gli attori coinvolti (strutture politiche a vari livelli territoriali, parti sociali, singolo imprenditore e singolo lavoratore); il *locus* ordinamentale in cui tali strategie sono contenute (legge, accordi collettivi, buone pratiche di risorse umane, contratti individuali di lavoro).

⁶⁴ Oggi si tratta del Titolo IX, e degli articoli 145-150. D’ora in poi, il riferimento sarà alla numerazione attuale, contenuta nella versione consolidata del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea. www.eur-lex.europa.eu

⁶⁵ Così si esprimono con soddisfazione, nel paragrafo dedicato all’occupazione, le conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo tenutosi a Lussemburgo il 12 e 13 dicembre 1997. www.consilium.europa.eu

attori fondamentali di queste azioni, finalizzate ad obiettivi condivisi, non possono che essere gli Stati membri, nel pieno esercizio della propria libertà e delle proprie competenze.

Il metodo di coordinamento viene infatti definito “aperto”, per evidenziare come resti essenziale la libertà degli Stati membri nel definire le politiche concrete volte al raggiungimento degli scopi generali del Trattato (occupazione, solidarietà, inclusione sociale) e come solo un processo decisionale pienamente condiviso, in cui in sostanza produttori e destinatari delle regole coincidano, può portare a risultati positivi in un campo particolare e delicato come quello dell’occupazione⁶⁶.

Concretamente, il Consiglio Straordinario di Lussemburgo, dopo aver riconosciuto l’assoluta centralità del tema dell’occupazione, rilevante dal punto vista economico, sociale e politico, detta gli orientamenti da seguire per il successivo anno 1998, concentrandoli in quattro pilastri fondamentali: occupabilità, imprenditorialità, adattabilità e pari opportunità⁶⁷. Nasce così la Strategia Europea per l’Occupazione (SEO), composta da un’articolata architettura di linee guida che gli Stati membri dovranno tenere costantemente presenti nelle loro future azioni.

Negli anni immediatamente successivi alle potenti spinte dichiarate a Lussemburgo, in realtà, non troppo è stato fatto dagli Stati membri nel segno di un coordinamento attivo all’ombra dei quattro pilastri della SEO. Nonostante questo, la competenza comunitaria in materia di occupazione e il metodo aperto di coordinamento proposto dalla SEO vengono ribaditi, ed anzi dotati di ancora più centrale rilevanza, al momento del lancio della cosiddetta Strategia di Lisbona, dal nome della città in cui il 23 e 24 marzo del 2000 si riunì il Consiglio Europeo. In quell’occasione, l’Unione Europea proclamò il proprio ambizioso obiettivo da raggiungere nel corso del decennio successivo: “diventare l’economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale”⁶⁸.

Per raggiungere questo obiettivo, viene presentata una strategia globale e articolata, che coinvolga lo sviluppo tecnologico, il dinamismo del mercato interno, la creazione di una società della

⁶⁶ Cfr. IZZI, 2007, 328 s.

⁶⁷ Brevemente, rientrano nel primo pilastro dell’occupabilità la soluzione del problema della disoccupazione, soprattutto giovanile, la promozione di politiche attive piuttosto che passive del lavoro, l’utilizzo di metodi decisionali partecipativi e concertati, e la facilitazione delle transizioni da percorsi educativi al mondo del lavoro; fanno parte del pilastro dell’imprenditorialità le misure volte a favorire l’avvio e la gestione delle imprese, con conseguente creazione di nuovi posti di lavoro, e quelle che intervengono con agevolazioni e aiuti in materia fiscale; l’adattabilità riguarda sia le imprese sia i lavoratori, nell’ottica di incoraggiare le trasformazioni, produttive e organizzative, che portino a maggiori livelli, qualitativi e quantitativi, di competitività; infine, il pilastro delle pari opportunità si propone di affrontare il problema della discriminazione di genere, favorire la conciliazione tra vita lavorativa e vita personale-familiare, promuovere il problema dell’inserimento e del reinserimento nel mondo del lavoro di gruppi svantaggiati, come le donne gravate da carichi di cura e assistenza e i disabili. Cfr. le Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo Straordinario sull’Occupazione di Lussemburgo, 20-21 novembre 1997. www.consilium.europa.eu

⁶⁸ Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Lisbona, 23-24 marzo 2000. www.europarl.europa.eu

conoscenza, la piena coesione economica e, ovviamente, la “modernizzazione del modello sociale europeo, investendo nelle persone e costruendo uno stato sociale attivo”.

A questo riguardo, il Consiglio richiama il pilastro dell’adattabilità della SEO, declinandolo però, pur non esplicitamente, in chiave di flessicurezza. Da una parte, infatti, si indica la necessità di creare posti di lavoro migliori e più numerosi, mediante la valorizzazione di programmi di istruzione e formazione continua e soprattutto degli strumenti di flessibilità e adattabilità messi a disposizione delle imprese. Dall’altra, si dà primaria rilevanza ad una protezione sociale moderna e dinamica, che privilegi le politiche attive e impedisca in ogni modo l’emarginazione di soggetti, soprattutto se appartenenti ai gruppi più deboli, rispetto ai flussi del mercato del lavoro.

I giudizi sul rapporto tra SEO/*flexicurity* e Strategia di Lisbona non sono concordi: secondo alcuni, l’insistenza del Consiglio sulla dimensione qualitativa dell’occupazione ha portato prepotentemente in primo piano il concetto di flessicurezza, annoverata, sulla scorta della sua connotazione iniziale di indicatore non meramente quantitativo dell’adattabilità della forza lavoro (di cui si è detto *supra*, § 3.2), tra le componenti essenziali della qualità del lavoro⁶⁹.

Altre opinioni tendono invece a svalutare l’impatto della Strategia di Lisbona non solo sullo sviluppo della *flexicurity*, ma anche sul processo complessivo di creazione di un’Europa sociale. Proprio questo stallo, protrattosi per quasi un decennio, avrebbe portato l’Unione, nella figura del Consiglio, ad avviare un processo di revisione della SEO, tanto a livello di coordinamento comunitario quanto di interventi dei singoli Stati membri⁷⁰.

Vi è poi anche chi vede nella *flexicurity* una sorta di “cavallo di Troia” della Strategia di Lisbona, che avrebbe così tentato di collocare il tema della sicurezza e dell’inclusione sociale all’interno del Titolo IX del Trattato, caratterizzato dall’assenza di strumenti di *hard law* e anche dal necessario coordinamento con (o addirittura chiara subordinazione a) gli obiettivi economici più che sociali dell’Unione e le situazioni economiche interne degli Stati membri più che la missione generale del processo di integrazione europea (art. 146 TFUE)⁷¹.

In ogni caso, resta il dato di fatto per cui il Consiglio, negli orientamenti del 2003, abbandona i quattro pilastri della SEO, almeno nella loro formulazione originaria, e presenta una diversa articolazione delle direttive in materia di occupazione e inclusione sociale con riguardo all’aspetto del lavoro, pur confermando l’obiettivo di Lisbona di creare “posti di lavoro maggiori e migliori” attraverso la formazione, il dinamismo del mercato, l’adattabilità della forza lavoro, la lotta all’esclusione e, elemento che qui compare per la prima volta in questi termini, “allentando gli

⁶⁹ IZZI, 2007, 333 ss.

⁷⁰ ZAPPALÀ, 2011, 110

⁷¹ ALES, 2007, 524

elementi eccessivamente restrittivi che incidono sulle dinamiche del mercato del lavoro, rispettando nel contempo i ruoli delle parti sociali conformemente alla prassi nazionale”⁷².

Gli “elementi eccessivamente restrittivi” che ostacolerebbero il dinamismo del mercato del lavoro non sono altro se non le cosiddette *Employment Protection Legislation* (EPL), termine con cui l’Organizzazione per lo Sviluppo e la Cooperazione Economica indica tutte quelle politiche occupazionali eccessivamente protettive, che, per tutelare determinate posizioni, finiscono per introdurre nel mercato del lavoro rigidità tali da impedirne il corretto funzionamento e quindi, in ultima istanza, tradursi in una diminuzione delle tutele, soprattutto per i gruppi più deboli e marginali⁷³. L’OCSE ha elaborato un indice specifico per valutare il grado di EPL nei vari ordinamenti, utilizzando l’aggregazione di varie caratteristiche che possono riscontrarsi in ogni singolo paese, con riguardo alla regolamentazione dei contratti tipici e atipici, alla normativa di protezione contro il recesso, alle discipline di inserimento. In realtà, questo indicatore non è affatto comunemente accettato, perché accusato di incomprensioni e interpretazioni errate delle singole realtà nazionali, nonché di prestare eccessiva attenzione agli aspetti economici, senza tenere in debito conto il complessivo assetto dell’ordinamento giuslavoristico (comprensivo anche di accordi collettivi, prassi e strutture non evidenti) in paesi molto diversi tra loro⁷⁴.

Adottando, per la prima volta nel Consiglio di Bruxelles, questa visione *mainstream* e non suffragata da chiare evidenze empiriche correlate agli effetti sulla disoccupazione, per cui “l’EPL costituisce il problema del mercato del lavoro, la cui soluzione richiede una riduzione delle tutele”⁷⁵, l’Unione Europea sbilancia pericolosamente la strategia di contemperamento e sincronia tra flessibilità e sicurezza verso il primo dei due poli.

Del resto, proprio nelle Conclusioni di questo Consiglio, al Punto 44, viene lanciata la proposta di costituire una *task force* europea per l’occupazione, sotto la guida del già menzionato Wim Kok, ex Primo Ministro olandese, “per svolgere un esame approfondito e indipendente delle principali sfide politiche connesse all’occupazione e per individuare le misure pratiche di riforma che possano produrre gli effetti più diretti e immediati sulla capacità degli Stati membri di attuare la strategia europea riveduta per l’occupazione e di raggiungerne gli scopi e gli obiettivi”.

Le Istituzioni comunitarie paiono dunque dare per scontata la necessità di una nuova spinta nelle strategie degli Stati membri legate all’occupazione, che ben può essere raggiunta su suggerimento di una commissione di esperti legata ai protagonisti del “miracolo” olandese della *flexicurity*.

⁷²Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Bruxelles, 20-21 marzo 2003, punto 43. www.consilium.europa.eu

⁷³ Cfr., tra tutti, L. ZOPPOLI, 2007, 5 ss.

⁷⁴ L. ZOPPOLI, 2008, 1914 s.

⁷⁵ PERULLI, 2012, 258

Il prodotto dell'operato biennale della *Taskforce*⁷⁶ restituisce una nuova nozione di flessicurezza, come strategia all'insegna della deregolamentazione e della lotta alle rigidità che un'eccessiva protezione dei lavoratori (o di alcuni di essi) necessariamente porta con sé. La flessibilità viene declinata essenzialmente come aggiustamento dei contratti standard, considerati poco attrattivi per le imprese perché eccessivamente monolitici e ormai obsoleti. La sicurezza, d'altra parte, pare aver perso le quadridimensionalità delle teorizzazioni iniziali (cfr. *supra* § 3.2), per spostarsi chiaramente sul versante della *employment* e non più della *job security*, con la rinuncia alla garanzia della stabilità nel posto di lavoro al fine di guadagnare il dinamismo di un'occupabilità continua, mediante lo spostamento (totale?) delle tutele dal rapporto al mercato⁷⁷.

5. La *flexicurity* come unica strategia europea in ambito occupazionale

Il concetto di *flexicurity* è così diventato assolutamente dominante nel panorama comunitario prima ed europeo poi, e si atteggia a faro irrinunciabile di qualunque intervento in materia di occupazione. Nel 2006, la Commissione adotta il Libro Verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo", allo scopo di lanciare una consultazione pubblica che evidenziasse quali strade debba seguire il diritto del lavoro contemporaneo al fine di divenire efficiente mezzo per gli obiettivi della Strategia di Lisbona. Quale sia la cornice generale del dibattito è chiaro fin da subito: "I mercati del lavoro europei debbono raccogliere la sfida consistente nel conciliare una maggiore flessibilità con la necessità di massimizzare la sicurezza per tutti"⁷⁸, in una parola, *flexicurity*.

La flessicurezza viene continuamente nominata nel documento, e descritta come strategia di reale modernizzazione del mercato del lavoro perché capace di ridurre la segmentazione, di garantire percorsi di carriera ad alta professionalità mediante la formazione continua, di mantenere la maggior parte della popolazione nell'alveo dell'occupazione, di favorire la produttività e la competitività delle imprese mediante l'adattabilità della forza lavoro e di facilitare le transizioni da una situazione, occupazionale o no, all'altra.

Come nelle intenzioni della Commissione, il Libro Verde ha sortito l'effetto sperato di suscitare un ampio e vivace dibattito: sono pervenute più di 450 risposte da tutti gli attori interessati, dai Governi alle amministrazioni locali, ai Parlamenti, alle parti sociali, nonché da ONG, singole imprese, studiosi, esperti e anche privati cittadini.

⁷⁶ Il Gruppo di Alto Livello presieduto da Wim Kok ha stilato due rapporti: *Jobs, jobs, jobs. Creating more employment in Europe* nel 2003 e *Facing the challenge. The Lisbon Strategy for growth and occupation* nel 2004, entrambi disponibili sul sito ec.europa.eu

⁷⁷ ZAPPALÀ, 2011, 110 s.

⁷⁸ Pag. 3. Testo presente su www.eur-lex.europa.eu

In generale, si nota una dicotomia piuttosto radicale tra le posizioni dei lavoratori e delle loro rappresentanze e quella delle imprese, singole e collettivamente organizzate: i primi infatti mettono in guardia contro la tentazione di considerare il contratto di lavoro tradizionale (intendendo per lo più la forma standard di rapporto a tempo pieno e indeterminato) uno strumento ormai obsoleto e superato, poiché questa posizione ideologica potrebbe portare a indebiti sacrifici delle tutele dei lavoratori. D'altra parte, le imprese tendono a incoraggiare forme di alleggerimento della normativa lavoristica in senso liberista, affermando che un'eccessiva rigidità nella gestione della forza lavoro, in particolare per quanto riguarda le possibilità di aggiustamento alla domanda del mercato e ai livelli produttivi, sortisce l'effetto di paralizzare non solo la competitività delle imprese, ma anche l'assunzione di nuovi lavoratori⁷⁹.

Questa opposizione, piuttosto manifesta, tra le istanze dei lavoratori e quelle dei datori di lavoro può probabilmente ascrivere allo status troppo incerto che la Commissione Europea ha dato al termine flessibilità nei suoi documenti successivi al 2000. Da una parte, infatti, i Rapporti Kok propongono una visione eccessivamente ideologica della modernizzazione, sovrapponendo quasi totalmente il concetto di flessibilità a quello di deregolazione e lotta alle EPL⁸⁰; dall'altra, il Libro Verde pare restituire una visione della flessibilità pensata a favore dell'impresa e non del lavoratore. Se consideriamo infatti la seconda come la partecipazione diretta del dipendente all'innovazione operata nella realtà produttiva di cui fa parte, e la prima invece come semplice libertà dell'imprenditore di servirsi dell'adattabilità della forza lavoro (a livello interno ed esterno) per fare fronte alle necessità dell'impresa, i documenti comunitari paiono propendere più per la seconda. Non è estraneo infatti all'opinione pubblica, nonché a quella di gruppi di studiosi, il sospetto che la flessibilità promossa dal Libro Verde sia essenzialmente la riduzione delle tutele nel rapporto di lavoro, con immediati vantaggi economici e competitivi per le imprese, compensata da alcuni aggiustamenti nelle politiche previdenziali e assistenziali a favore di chi si trova al di fuori di un'occupazione ma all'interno del mercato⁸¹.

Nonostante queste non irrilevanti criticità, la Commissione Europea ha adottato una Comunicazione dal titolo "Verso principi comuni di flessicurezza. Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla

⁷⁹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Risultati della consultazione pubblica sul Libro verde della Commissione "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo". ec.europa.eu

⁸⁰ ZAPPALÀ, 2011, 111 s.

⁸¹ M.G. GAROFALO, 2007, 137 s.; 143. Si segnala inoltre la risposta del Parlamento Europeo che, tra le altre cose, ha evidenziato l'indispensabilità di una chiara definizione di lavoratore subordinato/lavoro dipendente, con lo scopo di ancorarvi l'apparato protettivo proprio di questo status. Posizione, questa, probabilmente non del tutto coerente con lo scopo dichiarato della strategia di flessicurezza di espungere le tutele dalla dimensione del rapporto (e dunque anche dalla qualificazione del rapporto stesso) per trasferirle nel mercato.

flessibilità e alla sicurezza”⁸², che può essere considerata la più compiuta elaborazione della *flexicurity* a livello di politica comunitaria.

La Commissione Europea afferma la necessità di politiche di flessicurezza ai fini del raggiungimento degli obiettivi della Strategia di Lisbona⁸³ che, a parere di alcuni, nonostante l’insistenza su aspetti di tipo qualitativo, impone standard e prevede risultati essenzialmente quantitativi, come l’aumento della percentuale degli occupati, la diminuzione del tasso di disoccupazione, l’incremento della presenza delle donne e degli anziani nel mercato del lavoro⁸⁴.

Le politiche a cui mira la Commissione devono affrontare “contemporaneamente aspetti quali la flessibilità dei mercati del lavoro, dell’organizzazione del lavoro e delle relazioni di lavoro nonché la sicurezza – intesa quale sicurezza dell’occupazione e sicurezza sociale. La flessicurezza intende assicurare che i cittadini dell’UE possano beneficiare di un livello elevato di sicurezza occupazionale, vale a dire della possibilità di trovare agevolmente un lavoro in ogni fase della loro vita attiva e di avere buone prospettive di sviluppo della carriera in un contesto economico in rapido cambiamento”⁸⁵.

Come si vede, la nozione di sicurezza è ormai definitivamente trasferita sul mercato, nella forma di quella *employment security* che da una parte lascia aperto il dubbio di voler correggere le sfasature del mercato scaricando eccessivamente il peso del lavoro sulla fiscalità pubblica, e dall’altra non dà alcuna garanzia immediata circa la reale costituzione di un apparato efficace di politiche attive e non meramente passive⁸⁶.

Nella Comunicazione, la Commissione individua e descrive il concetto di flessicurezza attraverso quattro componenti politiche che, integrate tra loro, dovrebbero restituire la completezza della strategia. Prima di tutto, si parla di “forme contrattuali flessibili e affidabili”, che siano tali tanto per il datore di lavoro quanto per i lavoratori, attuali e potenziali, senza segmentazioni e differenziazione delle tutele che penalizzino i c.d. *outsiders* con forme di rapporto dequalificate e prive di protezione. In secondo luogo, il richiamo è alle “strategie integrate di apprendimento lungo tutto l’arco della vita”, vera misura di punta per bilanciare flessibilità e sicurezza, capace, nelle intenzioni delle Istituzioni comunitarie, di fungere da reale misura di adattabilità e di coinvolgimento attivo del lavoratore nelle transizioni del mercato. La terza componente richiamata è quella di “efficaci politiche attive del mercato del lavoro”, che permettano rapidi incontri tra

⁸² COM (2007) 359 del 27 giugno 2007. eur-lex.europa.eu

⁸³ Si noti che WILTHAGEN, 1998, 23, aveva affermato che la *flexicurity* poteva essere considerata, a seconda dei casi, un mezzo per raggiungere fini ulteriori oppure un obiettivo in se stessa. Nel secondo caso, la *flexicurity* ben poteva essere utilizzata come mezzo per raggiungere lo scopo di tutelare il lavoratore nelle transizioni occupazionali.

⁸⁴ IZZI, 2007, 333

⁸⁵ Pag. 4

⁸⁶ M.G. GAROFALO, 2007, 139 ss.

domanda e offerta, facilitino le transizioni e aiutino i lavoratori nell'inserimento e reinserimento nel mondo occupazionale. Infine, il riferimento è a “moderni sistemi di sicurezza sociale”, comprendendo in essi sia un solido apparato di prestazioni previdenziali e assistenziali (sussidi, pensioni, ma anche sostegno al reddito in caso di riduzione dell'orario di lavoro per esigenze familiari e personali) sia uno sviluppo di politiche che incoraggino l'occupazione e la mobilità sul mercato⁸⁷.

Una sorta di quinta componente della *flexicurity*, anche se collocata sul piano del metodo e non del contenuto delle politiche, è il dialogo sociale, in quanto la Commissione insiste sull'importanza del raggiungimento degli obiettivi presentati mediante un efficace e proficuo “partenariato” tra tutti gli attori coinvolti (con il coinvolgimento dei c.d. *stakeholders*, al di là della semplice dimensione della contrattazione collettiva tra rappresentanze di lavoratori e datori di lavoro)⁸⁸.

Nonostante la Commissione presenti, nella sezione dedicata ai veri e propri principi comuni di flessicurezza, un approccio ampio e vario, pare che alcuni punti fermi debbano considerarsi ormai acquisiti, in senso pericolosamente ideologico, dalla Commissione stessa⁸⁹. Viene infatti dichiarato, a livello di principio comune a tutti gli Stati membri, che il vero problema è la netta separazione tra *insiders* e *outsiders*, soggetti ormai distantissimi nel livello di tutele loro rispettivamente accordato, gli uni irrigiditi in regimi di iperstabilità, gli altri sforniti di qualunque garanzia. Subito dopo, la Comunicazione parla, senza troppi eufemismi, di “una sufficiente libertà di assumere e licenziare”, assecondata come strumento di dinamismo del mercato del lavoro in quanto bilanciata da “transizioni sicure da un lavoro all'altro”⁹⁰. Questa posizione, probabilmente legittima in materia di politica economica⁹¹, non può tuttavia, in quanto tale, essere giustificata in materia sociale, laddove lo scopo dell'azione comunitaria non è quello di intervenire sulla regolamentazione, ma quello di promuovere livelli minimi di tutela dei diritti⁹².

6. La *flexicurity* fino ad oggi, tra luci e ombre

Dubbi del tenore appena richiamato non tardano del resto ad emergere all'interno della medesima Unione: il 14 dicembre 2007, il Consiglio Europeo di Bruxelles approva l'accordo sui principi comuni di flessicurezza raggiunto all'interno del Consiglio EPSCO (*Employment, Social Policy*,

⁸⁷ Pag. 5 s.

⁸⁸ Pag. 9 e pag. 11, punto 7.

⁸⁹ Cfr. quello che M.G. GAROFALO, 2007, 135, definisce “un errore di metodo: assolutizzare alcune tendenze della realtà ed ignorarne altre”, con la “tendenza a esaltare le magnifiche sorti e progressive di un mercato deregolato”.

⁹⁰ Pag. 10, punti 4 e 5

⁹¹ Anche se, come già si è accennato, la corrispondenza sul piano empirico tra deregolazione del lavoro e aumento dei tassi di occupazione non è mai stata provata in senso pieno e univoco. Cfr. L. ZOPPOLI, 2008, 1911 ss.

⁹² ZAPPALÀ, 2012, 4

Health and Consumer Affairs, Occupazione, politica sociale, salute e consumatori) il 5-6 dicembre, compiacendosi per i risultati positivi raggiunti e invitando gli Stati membri a “prenderne buona nota nella messa a punto e nell'attuazione di politiche nazionali orientate alla flessicurezza”⁹³.

Il testo approvato, frutto quindi delle riflessioni del Consiglio EPSCO, non è identico a quello della Comunicazione della Commissione. Infatti, nonostante le dichiarazioni di piena condivisione, di rallegramento per l'importanza della strategia formulata, e di fiducia nei confronti del suo successo, al momento di (ri)formulare gli otto principi comuni di flessicurezza, una modifica non può passare inosservata. I principi vengono infatti ripresi, anche se con parole e fraseggio diversi, in modo sostanzialmente immutato, fatta eccezione per il numero 5, in cui la citata dicitura “sufficiente libertà di assumere e licenziare” viene sostituita da una più blanda “sufficiente flessibilità contrattuale”, lasciando intatto il resto del discorso⁹⁴.

Questo mutamento deve essere probabilmente attribuito alle pressioni provenienti da varie parti, in particolare dagli attori sociali, volte a riequilibrare le posizioni di lavoratori e imprese, laddove le seconde erano sembrate eccessivamente favorite dalla costruzione del concetto di *flexicurity* restituito dalla Commissione⁹⁵.

La dichiarazione del Consiglio, d'altra parte, raccoglie anche le osservazioni, in realtà piuttosto allarmate, che il Parlamento Europeo il 29 novembre 2007 aveva formulato riguardo la Comunicazione della Commissione⁹⁶. In questa occasione, il Parlamento definisce la nozione di *flexicurity* restituita dalla Commissione “eccessivamente sbilanciata da una parte” (Punto 5), perché non tiene realmente in conto i costi (anche sociali) e gli effetti avversi della sua implementazione; inoltre non dà sufficienti risposte alle preoccupazioni dei molti lavoratori che vedono nella flessibilità una precarizzazione delle loro prospettive di vita.

E' dunque proprio il Parlamento ad invitare il Consiglio ad adottare “un apparato più equilibrato di principi comuni di flessicurezza”, che creino sì “forme contrattuali flessibili e affidabili” e “eliminino la segmentazione del mercato del lavoro”, ma attraverso strategie di maggiore stabilizzazione e di formazione di una forza lavoro competente, professionalizzata e di alto profilo (Punto 17). I riferimenti alla flessibilità nel recesso scompaiono (resta invece quello alla “flessibilità nell'assumere”), così come si nota una netta valorizzazione degli aspetti di sicurezza e di

⁹³ Conclusioni della Presidenza, punto 49. www.consilium.europa.eu

⁹⁴ Conclusioni del Consiglio EPSCO. Verso principi comuni di flessicurezza. 6 dicembre 2007, 6. MASSIMIANI, 2008a.

⁹⁵ MASSIMIANI, 2008b, 11 s.

⁹⁶ European Parliament Resolution of 29 November 2007 on Common Principles of Flexicurity (2007/2209(INI)). MASSIMIANI, 2008a.

adattabilità intesa come creazione di manodopera di alto livello, rispetto a quelli di flessibilità in senso stretto, che il Parlamento tende a minimizzare⁹⁷.

Le perplessità e i veri e propri timori circa l'effettiva attitudine protettiva-promozionale della *flexicurity* non sono dunque assenti nemmeno all'interno delle stesse Istituzioni comunitarie, che adottano visioni molto differenti tra loro⁹⁸. Questo non ha tuttavia impedito la piena sopravvivenza, almeno a livello di documenti europei, della *flexicurity* come strategia occupazionale di punta nelle politiche comunitarie. Nel 2010, la Comunicazione della Commissione "Europa 2020", adottata con l'intento di rispondere alle sfide della crisi economica globale e di avviare l'Unione Europea verso il pieno raggiungimento di una "crescita intelligente, sostenibile e inclusiva"⁹⁹, propone l'iniziativa faro "un'agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro". Il primo obiettivo, tanto per l'Unione quanto per i singoli Stati membri, è quello di "definire e attuare, insieme alle parti sociali europee, la seconda fase del programma "flessicurezza", per trovare il modo di gestire meglio le transizioni economiche, lottare contro la disoccupazione e innalzare i tassi di attività"¹⁰⁰. Gli obiettivi successivi, del resto, riprendono e specificano l'agenda tradizionale della *flexicurity*: formazione continua, lotta alla segmentazione nel mercato del lavoro, efficace revisione dei sistemi di sicurezza sociale, facilitazione delle transizioni sul mercato¹⁰¹.

Devono quindi, ancora oggi, considerarsi pienamente attuali e confermati i "percorsi di flessicurezza" proposti dalla Commissione nel 2007, che, con un approccio "*one size does not fit all*"¹⁰² aveva individuato quattro diverse strade percorribili dagli Stati membri, a seconda delle condizioni interne di partenza e della situazione delle loro strutture politiche e socio-economiche.

Il primo percorso mira ad affrontare la segmentazione contrattuale, e si rivolge soprattutto a quegli Stati che soffrono i problemi di un mercato del lavoro a due livelli, dicotomizzato tra *insider* iperprotetti e *outsider* sforniti della maggior parte delle tutele oltre che di uno status giuridico ben definito. Il secondo guarda invece alla dimensione interna all'impresa, che in determinati paesi viene considerata eccessivamente rigida per cui, pur godendo di alti livelli di protezione, i lavoratori

⁹⁷ Cfr. ZAPPALÀ, 2011, 113. Si può dire, a tal proposito, che "rimane sotterraneo un giudizio negativo nei confronti dell'impostazione proveniente dalla Commissione", GOTTARDI, 2007, 481

⁹⁸ Si segnala, a tal proposito, anche la Conferenza di Lisbona del 13-14 settembre 2007, in occasione della quale i Ministri degli Stati membri raggiunsero posizioni comuni sulle sfide chiave della flessicurezza. Nel corso dell'incontro, venne affermata la cosiddetta "dimensione sociale della *flexicurity*", fatta di inclusione e di complementarità tra i concetti di *employment security* e *job security*. Inoltre, i Paesi concordarono nel ritenere parte integrante della strategia il coinvolgimento delle parti sociali nel processo decisionale e la partecipazione di vari *stakeholder* all'implementazione della strategia. Cfr. MASSIMIANI, 2008b, 12 ss.

⁹⁹ COM (2010) 2020 del 3 marzo 2010. ec.europa.eu

¹⁰⁰ Pag. 18

¹⁰¹ Cfr. L. ZOPPOLI, 2012, 3 ss.

¹⁰² BOVENBERG – WILTHAGEN, 2008, 2

occupati vedono penalizzati gli aspetti della formazione, dell'aggiornamento delle loro competenze, del dinamismo della loro professionalità e delle opportunità di transizione da un lavoro ad un altro.

Il terzo percorso si rivolge specificamente ai gruppi più deboli ed emarginati nel mercato del lavoro, come le donne, i giovani, gli anziani, i disabili e i lavoratori migranti, laddove programmi di formazione e innalzamento delle competenze per questi lavoratori dovrebbero portarli all'inserimento nel mercato con profili professionali appetibili per le imprese. Infine, l'ultimo percorso contempla il problema dell'economia informale e dei soggetti non occupati che ricevono prestazioni di assistenza sociale: nei paesi afflitti da questo tipo di fenomeni, un potenziamento delle forme contrattuali flessibili, accanto alla creazione di uno statuto protettivo loro dedicato, dovrebbe reinserire molti lavoratori sommersi nel mercato formale, e d'altra parte permettere agli inoccupati sostenuti dalla previdenza pubblica di guadagnare con maggiore facilità una forma di occupazione¹⁰³.

I dubbi su questi percorsi riprendono un discorso già accennato: l'effettiva possibilità della sincronizzazione, dell'intervento congiunto e non bifasico delle riforme volte alla flessibilità e di quelle orientate alla sicurezza. La sincronizzazione delle politiche di flessibilità e sicurezza, come detto (cfr. *supra*, § 3.2), è, nell'iniziale elaborazione di Wilthagen elemento centrale e fondamentale perché si possa parlare di *flexicurity*. Nelle politiche comunitarie, tuttavia, pare costantemente lasciato sullo sfondo, con la totale assenza di efficaci strumenti che garantiscano, a fronte delle auspiccate riforme in senso deregolativo promosse dagli Stati membri, il mantenimento del livello di sicurezza ancorato al modello sociale europeo¹⁰⁴.

Del resto, non è difficile notare come in tutti i quattro percorsi di flessicurezza la stessa Commissione ammetta lo "scaglionamento" delle riforme: prima la flessibilità-deregolazione, poi un aggiustamento in senso di ri-regolativo all'insegna della sicurezza. La lotta alla segmentazione contrattuale inizia con l'abbassamento delle tutele per gli *insider*, e solo in un secondo momento si provvede a inserire sufficienti correttivi nel mercato del lavoro; la flessicurezza all'interno dell'impresa postula in realtà un allentamento delle rigidità che trattengono i lavoratori nell'impresa stessa; l'inserimento dei gruppi svantaggiati viene promosso con la creazione di forme contrattuali attraenti per le imprese, che convincano all'assunzione di soggetti di basso profilo professionale, mentre le misure di formazione arriveranno in un secondo momento; infine, la tutela dei lavoratori

¹⁰³ COM (2007) 359. Allegato I. Percorsi di flessicurezza. Pagg. 15 ss. Cfr. BOVENBERG – WILTHAGEN, 2008, 3 ss.

¹⁰⁴ ZAPPALÀ, 2012, 28

sommersi o disoccupati verrebbe innanzitutto facilitata dalla riduzione delle garanzie per quelli stabili¹⁰⁵.

Un quadro d'insieme non proprio cristallino, che ha spinto qualcuno a parlare senza mezze misure di una "ipocrisia", di un "patto leonino di modernizzazione" che ha sostituito prepotentemente il patto sociale con un "ricatto sociale"¹⁰⁶. Il ricatto sarebbe quello perpetrato dalle imprese, sostenute dalle Istituzioni comunitarie più attente agli aspetti economici che a quelli sociali dell'integrazione europea, ai danni degli Stati, per cui le prime, per non delocalizzare le proprie attività produttive in paesi terzi (soprattutto i paesi c.d. emergenti, dove la legislazione sul lavoro è ancora ben lontana dagli standard protettivi europei), chiedono ai secondi un alleggerimento delle tutele del rapporto di lavoro (i cui costi gravano sul singolo datore di lavoro) per trasferirle sul mercato (le cui politiche gravano, in linea di massima, sulla fiscalità pubblica)¹⁰⁷.

A parte queste critiche radicali alla strategia, restano forti dubbi circa l'effettiva capacità delle politiche di flessicurezza di garantire, tanto nel mercato quanto nel rapporto di lavoro, una flessibilità di tipo qualitativo, che quindi sia già in se stessa "sicura".

La dimensione della qualità della flessibilità appare infatti costantemente in secondo piano nelle politiche comunitarie: basti pensare che nella costruzione dell'indice di misurazione del grado di flessicurezza presente in ogni ordinamento, uno degli indicatori (positivi) di flessibilità è la percentuale dei contratti a termine stipulati, senza considerare che questo tipo di rapporto può essere una via verso la stabilizzazione oppure un legame inestinguibile con la precarietà¹⁰⁸.

Del resto, il propendere della SEO verso obiettivi marcatamente quantitativi, già evidenziato dalla Strategia di Lisbona, ha trovato piena conferma in quel citato rapporto Kok che stimola alla creazione di quanti più posti di lavoro possibili, soprattutto nel settore dei servizi, perché in fondo anche un lavoro a basso contenuto professionale (e a basso reddito) sortisce l'effetto positivo di includere la persona nel mercato ed innalzare il tasso occupazionale¹⁰⁹. Una simile visione potrebbe dare buoni risultati, probabilmente, se ci fosse (ma non c'è) perfetta sincronia e anzi rafforzamento reciproco tra le due dimensioni di sviluppo dell'Unione Europea: quella economica e quella sociale, entrambe dal canto loro già divise tra l'attaccamento ai valori tradizionali e la spinta verso la modernità¹¹⁰.

¹⁰⁵ ZAPPALÀ, 2011, 115 ss.

¹⁰⁶ ALES, 2007, 526 ss.

¹⁰⁷ ALES, 2007, 527

¹⁰⁸ IZZI, 2007, 343; sulla costruzione degli indicatori e degli indici di misurazione della flessicurezza cfr. WILTHAGEN, 2005, 260 ss.

¹⁰⁹ Cfr. MASSIMIANI, 2008b, 15 ss.; LO FARO, 2008, 7 ss.

¹¹⁰ GALANTINO, 2008, 602

D'altra parte, lo spostamento del fulcro delle tutele dal rapporto al mercato del lavoro rischia di lasciare da parte la connotazione soggettiva del posto di lavoro, intrinsecamente qualitativa perché legata alla persona con le sue caratteristiche individuali. In altre parole, la tutela (solo) sul mercato si estrinseca in modo essenzialmente quantitativo (oltre che marcatamente assistenzialistico): prestazioni di sostegno al reddito, reinserimento tramite la moltiplicazione oggettiva delle tipologie contrattuali flessibili, mentre la tutela (anche) nel rapporto resta sempre legata alla persona, alla sua professionalità e ad una considerazione soggettiva, e dunque qualitativa, di essa¹¹¹.

Negli ultimi anni, soprattutto a causa della crisi economico-finanziaria e dei suoi riflessi sul mercato del lavoro di tutti i Paesi europei, diversi studiosi hanno evidenziato l'intrinseca flessicurezza insita, inaspettatamente, nelle forme contrattuali più stabili, capaci di assicurare al datore di lavoro l'utilizzo qualitativamente flessibile del dipendente nel lungo periodo, e al lavoratore la sicurezza necessaria senza dover accedere a prestazioni (più o meno efficaci, ma sempre in senso lato assistenzialistiche), presenti sul mercato¹¹².

In conclusione, la parabola della flessicurezza non deve necessariamente considerarsi esaurita¹¹³, anche se è necessario rivedere profondamente il concetto, nato probabilmente da pretese ideologiche non in linea con la realtà dei fatti e dei meccanismi esistenti¹¹⁴.

Da una parte, infatti, è necessario analizzare attentamente cosa significhi flessibilità e quale sia il reale impatto della flessibilizzazione sugli istituti tradizionali del diritto del lavoro; dall'altra, è indispensabile rinunciare al presupposto ideologico del "totale trasferimento delle tutele dal rapporto al mercato" per valutare i benefici di una strategia di realizzazione della flessibilità sicura nel singolo posto di lavoro. Queste tematiche costituiscono l'oggetto dei capitoli che seguono.

¹¹¹ A. ZOPPOLI, 2007, 539

¹¹² AUER, 2011, 53 s., che inoltre riporta dati a dimostrazione della miglior risposta alla crisi dei sistemi di flessicurezza che privilegiano entrambe le dimensioni all'interno del posto di lavoro rispetto a quelli che affidano i meccanismi di bilanciamento totalmente al mercato.

¹¹³ Cfr. sul punto M.T. CARINCI, 2012, 527, che definisce la *flexicurity*, declinata nell'ampio senso prevalente nell'elaborazione attuale, "una prospettiva, una lente attraverso la quale esaminare diversi modelli regolativi".

¹¹⁴ ZAPPALÀ, 2012, 22 s.

CAPITOLO II - FLESSIBILITA' ORGANIZZATIVA E TRASFORMAZIONI DEL LAVORO NELL'IMPRESA

Sommario: 1. Premessa. Dal Fordismo al post-Fordismo: come cambia il paradigma organizzativo. 2. Trasformazioni organizzative e prestazione di lavoro: mansioni e professionalità nell'impresa snella. 2.1. La disciplina della mansioni: determinazione dell'oggetto del contratto e tutela della professionalità del lavoratore. 2.1.1. Lo *ius variandi* del datore di lavoro: natura e limiti. 2.1.2. Il criterio dell'equivalenza come limite allo *ius variandi*. 2.2. Mansioni e professionalità nell'impresa flessibile. 2.2.1. Tendenze evolutive del concetto di mansioni. 2.2.2. La professionalità del lavoratore tra competenze soggettive e bagaglio formativo. 2.3. La crisi del sistema tradizionale di determinazione delle mansioni e di tutela della professionalità. 3. Essenza e natura del lavoro nell'impresa flessibile: cosa accade alla subordinazione? 3.1. L'essenza del lavoro nell'impresa: teorie sulla subordinazione. 3.1.1. (segue) Subordinazione, organizzazione d'impresa e potere direttivo del datore di lavoro. 3.2. La subordinazione nell'impresa flessibile, tra modulazioni e alternative. 3.2.1. La collaborazione del dipendente come adattabilità ai mutamenti dell'impresa. 3.2.2. La flessibilità del lavoro come strumento di competitività dell'impresa. 3.2.3. Flessibilità organizzativa e lavoratori "atipici". 3.2.4. Flessibilità, costi della subordinazione ed esternalizzazioni. 4. Qualche provvisoria conclusione: sull'unitarietà e irrinunciabilità del concetto di subordinazione.

1. Premessa. Dal Fordismo al post-Fordismo: come cambia il paradigma organizzativo.

I cambiamenti nell'organizzazione del lavoro rientrano nel più ampio spettro dei mutamenti organizzativi affrontati dalle imprese nel passaggio dal c.d. paradigma "fordista" a quello "post-fordista".

Il primo, che ha a lungo egemonizzato le strutture del capitalismo moderno, concepiva l'organizzazione come un sistema basato sulla piena razionalità tecnica e strumentale. Si tratta del modello organizzativo indagato da Weber, con particolare attenzione alla sua manifestazione nell'apparato amministrativo e burocratico, progettato e realizzato da Taylor, nell'organizzazione del lavoro, da Ford, nell'organizzazione dell'impresa, da Fayol nella determinazione dei principi amministrativi¹.

Tale paradigma organizzativo è da collocarsi in una precisa fase storica dello sviluppo del capitalismo: esso costituisce in effetti una manifestazione concreta del secondo ciclo storico delle

¹ BORGHI, 2002, 29; BONAZZI, 2008, 29 ss. Si precisa fin d'ora che Taylorismo e Fordismo non sono affatto sinonimi e richiamano due realtà del tutto distinte, anche se indubbiamente collegate: in questo lavoro, i due termini possono però talora essere sovrapposti. In breve, comunque, il termine "Taylorismo" fa riferimento ai principi dell'organizzazione del lavoro proposti e attuati da Frederick Winslow Taylor, il "Fordismo", invece, descrive la struttura industriale e produttiva posta in essere da Henry Ford e perfezionata da Alfred Sloan. Per ulteriori approfondimenti sul punto, cfr. GRANDORI, 1995, 416 ss.

società industriali, fondato su una regolazione sociale intensiva, successivo a quello fondato su una regolazione sociale estensiva (fino alla prima guerra mondiale), e precedente a quello attuale, basato su una regolazione sociale frammentata o flessibile e che si tende a far iniziare con la crisi petrolifera degli anni settanta. Nel rapporto fra organizzazione e lavoro, tale concezione si identifica con il modello industriale statunitense affermatosi nel secondo dopoguerra e basato sulla produzione in grande scala di prodotti standardizzati (Fordismo) associato all'organizzazione del lavoro di tipo taylorista (organizzazione scientifica del lavoro) che consiste in una rigida divisione fra progettazione ed esecuzione, nella scomposizione del lavoro in atti elementari e nella identificazione di una *one best way* relativa alla loro corretta realizzazione².

Per quanto riguarda nello specifico la regolazione dello sforzo lavorativo, il Fordismo si delinea come un modello organizzativo basato sulla separazione del lavoro dal lavoratore, attraverso l'invenzione del lavoro come forma oggettivata e indipendente da colui che la realizza. L'oggettivazione del lavoro viene compiuta tramite l'identificazione e la precisa descrizione, dal punto di vista del contenuto, della durata e delle modalità di svolgimento di una sequenza di operazioni, con la conseguenza che la parte organizzativa e di concetto del lavoro viene svolta separatamente da figure professionali a tale compito specificatamente deputate. Il posto di lavoro si identifica così con la sequenza delle operazioni da svolgere, in vista delle quali il dipendente viene istruito in modo da "saper fare", senza che gli venga fornita alcuna competenza più ampia circa l'organizzazione del lavoro nel suo complesso³.

Per quanto riguarda il sistema salariale proprio del modello di produzione fordista, si può innanzitutto identificare una chiara e netta separazione tra coloro che lavorano regolarmente e gli altri soggetti, completamente o parzialmente inattivi, da escludere dal mercato del lavoro o da integrare secondo modalità specificatamente regolate. Inoltre, la caratteristica che dota di significato l'intero sistema è la possibilità per il lavoratore, attraverso la mediazione del salario, di accedere e partecipare come utente al consumo della produzione di massa, alla cui realizzazione egli stesso contribuisce, nonché, attraverso il proprio status di lavoratore, di fruire dei beni sociali quali l'istruzione, l'assistenza sanitaria, la copertura pensionistica, la cui organizzazione ed erogazione sono progettate in funzione del sostegno e della riproduzione di questa stessa figura di lavoratore⁴.

Quando il modello taylor-fordista è entrato in crisi, si è assistito al graduale emergere di un diverso paradigma organizzativo, chiamato per convenzione post-fordista. Il post-Fordismo può essere considerato sia un paradigma del tutto nuovo, diverso, che nasce da una cesura rispetto al passato,

² Cfr. F. CARINCI, 1985, 204 s.; BONAZZI, 2008, 42 ss.

³ BORGHI, 2002, 29 s.; FERLUGA, 2012, 9 s.

⁴ CASTEL, 1995, 325 ss.

sia, nel segno della continuità, un modello di Taylorismo avanzato, una ridefinizione del modello fordista nato in seguito alla ricerca di una maggiore competitività sul mercato⁵. Il post-Fordismo non sarebbe dunque qualcosa d'altro rispetto al Fordismo, quanto piuttosto un suo superamento, in cui la tradizionale unità del lavoro si frantuma in una varietà di lavori diversi l'uno dall'altro per le loro caratteristiche materiali, spaziali e temporali⁶.

L'inizio del post-Fordismo si può far coincidere con il primo shock petrolifero, avvenuto nel 1973, anche se i primi segnali di crisi erano comparsi già in precedenza nell'industria automobilistica, nel momento in cui la domanda dei consumatori e la competizione con i concorrenti sono apparse sempre meno gestibili con gli strumenti tradizionali della produzione di massa. Con una domanda sempre più personalizzata ed esigente, le economie di scala della *mass production* si mostrano rigide e non più vantaggiose, poiché la variabilità quantitativa della domanda e la diversificazione qualitativa dell'offerta richiedono risposte nuove.

All'impresa sono richieste flessibilità, reattività e versatilità. La necessità di rispondere ad ogni oscillazione del mercato pone infatti all'organizzazione produttiva ineludibili bisogni di flessibilità operativa costringendola a farsi leggera, agile e snella. Incertezza, mobilità, rischio e opportunità sono concetti che possono descrivere la società odierna caratterizzata da un capitalismo flessibile e da un' "economia della velocità"⁷. Sul piano del lavoro, le condizioni di stabilità lavorative sono sostituite da una maggior instabilità e precarietà dei lavoratori e/o, a seconda delle situazioni, da maggiori opportunità di iniziativa e da spazi di autonomia prima insperati. Il termine flessibilità sembra assumere accezioni ambivalenti e contraddittorie: negative, se si associa la flessibilità al concetto di precarietà, positive se per flessibilità si intende la potenziale autonomia del lavoratore⁸.

A prescindere da qualunque giudizio di valore, le due forme di flessibilità identificate dalla letteratura organizzativa sono quella funzionale e quella numerica, anche se non sempre appare facile tracciare confini netti tra le due fattispecie. Con il termine "flessibilità funzionale" si intende indicare l'abilità di dispiegare e collocare particolari sezioni della forza lavoro su un ampio spettro di attività, in risposta alla variabilità della domanda o a specifiche necessità. Per raggiungere tale tipo di flessibilità è necessario che i lavoratori ricevano un'adeguata formazione, per questo il riferimento corre spesso a pratiche di lavoro quali il *team working*, l'*empowerment*, il *multi-skilling*⁹.

⁵ DALL'AGATA, 2002, 43 s.; BORGHI, 2002, 33, afferma del resto che ogni tentativo volto a leggere in modo dicotomico e radicalmente alternativo le evoluzioni della realtà non può che risultare fallace e limitato.

⁶ BONAZZI, 2008, 160 ss. ACCORNERO, 2001, 305 s. afferma che il post-Taylorismo, come dice il termine stesso, è semplicemente ciò che è giunto in un momento posteriore rispetto al successo e declino del Taylorismo.

⁷ GALANTINO, 1985, 323 ss.; REGINI, 1997, 38 ss.; SPAGNUOLO-VIGORITA, 1997, 3 ss.; ACCORNERO, 2001, 305 s.

⁸ Cfr. BERTON-RICHIARDI-SACCHI, 2009, 29 ss, che definiscono i concetti di sicurezza, flessibilità e precarietà, nonché i possibili collegamenti e raccordi tra loro.

⁹ ATKINSON, 1996, 20 ss.; GALANTINO, 1995, 7 ss.; DALL'AGATA, 2002, 47 ss.

Con “flessibilità numerica” si intende invece far riferimento un approccio quantitativo all'utilizzo della forza lavoro. Si basa sul principio di legare la dimensione della forza lavoro ai livelli quantitativi della domanda, con un'ottica di breve termine. L'utilizzo di lavoratori atipici è uno strumento cardine di questo tipo di flessibilità, poiché la pressione esercitata da fluttuazioni di breve termine della domanda, difficilmente prevedibili, e dalla concorrenza sul mercato rendono il ricorso a tale modello di flessibilità efficiente ed efficace, con la conseguente liberazione dell'organizzazione dal vincolo di una forza lavoro a costo fisso. Esternalizzare attività organizzative è, quindi, il principale fattore di miglioramento dell'efficienza attraverso la flessibilità numerica¹⁰.

Preme tuttavia precisare che, come in qualunque ambito della realtà, una dicotomia così netta tra il superato modello fordista e il post-Fordismo ora in auge non descrive i fatti nella loro ovvia complessità, poiché, a detta di parte della letteratura organizzativa, il Taylorismo non può considerarsi completamente superato o del tutto inidoneo alle attuali necessità delle imprese; se, infatti, si considerano gli aspetti organizzativi di una configurazione a massima specializzazione e programmazione, non si può affermare che essa sia scomparsa o che non sia ancora efficiente in qualche circostanza¹¹.

2. Trasformazioni organizzative e prestazione di lavoro: mansioni e professionalità nell'impresa snella.

Di fronte ad un mondo produttivo in così radicale trasformazione non sono pochi i mutamenti che interessano il mondo del lavoro, toccandolo in alcuni dei suoi aspetti fondamentali¹².

Innanzitutto, si è riscontrata l'evoluzione di quello che può essere considerato, a livello “pre-giuridico”, il ruolo fondamentale del lavoratore: a fronte della macchina, protagonista della produzione fordista, al cui servizio il lavoratore poneva le proprie energie, il fattore umano parrebbe aver ora riguadagnato la propria centralità¹³. Una produzione tanto snella e dinamica, infatti, non

¹⁰ BREWSTER, 2000, 103 ss., che, pur dando conto della complessità che il termine flessibilità assume in diversi contesti e a vari livelli, si concentra sulla descrizione della flessibilità come strumento di gestione dei modelli di organizzazione delle risorse umane volti alla maggior efficienza e competitività sul mercato; PERULLI, 2002, 345 ss.

¹¹ GRANDORI, 1995, 420 ss.

¹² GALANTINO, 1985, 324 s.; ACCORNERO, 2001, 303 afferma che i cambiamenti in atto nel lavoro paiono generare “più paure che speranze”, poiché sembrano preludere ad un tramonto di quello che è stato definito “il diritto del secolo” ventesimo.

¹³ Cfr., tra i tanti, BONAZZI, 2008, 97 ss.; GALANTINO, 1995, 7 ss.; SPAGNUOLO-VIGORITA, 1997, 19 ss.

potrebbe essere affidata alla rigidità di una macchina progettata a priori, ma dovrebbe essere messa nelle mani di persone pensanti, capaci di controllare, mantenere e indirizzare la flessibilità stessa¹⁴. Con buona approssimazione, si è affermato (cfr. *supra*, § 1) che lo scopo ultimo del modello di produzione taylorista fosse quello di limitare al minimo i fattori di imprevedibilità, rendendo progettabile a priori l'intera organizzazione e raggiungendo in tal modo la piena efficienza. Standardizzando ogni aspetto ed ogni momento della giornata lavorativa dell'“operaio di prim'ordine” sarebbe stato possibile eliminare i margini di incertezza e le possibilità di dispersione di energie lavorative, che dovevano invece essere indirizzate con precisione su un unico oggetto: la mansione, scomposta in compiti elementari muniti di istruzioni dettagliate per la loro esecuzione¹⁵. Proprio sulla mansione, sulla sua definizione e sui suoi confini incide quello che è stato individuato come uno dei maggiori strappi del paradigma post-taylorista rispetto al passato: in un mondo produttivo flessibile e multiforme, anche la mansione può diventare liquida e mutevole, difficile da afferrare e circoscrivere nella sua interezza. Tramontata la possibilità taylorista di scomporre le mansioni in compiti, articolati a loro volta in istruzioni precise ed elementari, anche l'oggetto del contratto di lavoro rischia di soffrire di un'eccessiva indeterminatezza.

2.1. La disciplina della mansioni: determinazione dell'oggetto del contratto e tutela della professionalità del lavoratore.

Il significato che della mansione viene tradizionalmente restituito dalla dottrina fatica a non essere collegato al contesto di produzione taylorista in cui le fonti normative di riferimento sono state create. La mansione viene infatti definita come “il ‘compito’, l'unità elementare e indivisibile in cui è scomponibile il ‘posto’, o meglio la ‘posizione’ attribuita al lavoratore nell'ambito dell'organizzazione aziendale”¹⁶.

Del resto, l'art. 2103 c.c. richiede chiaramente di individuare i modelli di prestazione articolati intorno alla mansione con riferimento alla realtà concreta ed ambientale: infatti, il legislatore avrebbe volutamente creato una norma suscettibile di essere integrata da usi interpretativi, *ex art.*

¹⁴ Basti pensare, a livello iconico, al *jidoka*, la possibilità dell'addetto alla catena di montaggio Toyota di “fermare la linea” non appena si presenti un problema non risolvibile dall'addetto stesso, cfr. WOMACK – JONES – ROOS, 1995, 65. Cfr. anche ACCORNERO, 2001, 321 ss.; R. PESSI, 2003, 592; SIGNORINI, 1995, 65, che parla di una riscoperta del ruolo determinante delle risorse umane per assicurare la qualità della produzione d'impresa e per questo descrive un capovolgimento del paradigma che riporta la primo posto le persone e solo in posizione subordinata l'apporto delle macchine.

¹⁵ Cfr. TAYLOR, 1903, 78 ss.

¹⁶ GIUGNI, 1975, 546

1368, comma 2, c.c.¹⁷, e questi usi altro non sarebbero se non le “figure professionali forgiate sul mercato del lavoro esterno all’impresa”¹⁸.

Il concetto di mansione, proprio perché volto ad indicare il contenuto materiale della prestazione, e dunque l’attività concretamente svolta dal prestatore di lavoro, non può che subire la medesima indeterminatezza di quest’ultima¹⁹: per questo, come detto, l’idea tradizionale della mansione appare collegata ad un modello ben preciso di organizzazione, presente nella realtà dei fatti, vale a dire l’impresa ford-taylorista di dimensioni medio-grandi, organizzata in senso accentrato e piramidale, in cui ogni lavoratore ricopre il proprio posto in un sistema gerarchico definito, che suddivide i compiti tra i dipendenti assegnandoli a seconda della posizione occupata²⁰.

In questo modo, la mansione diventa l’oggetto stesso del contratto di lavoro, poiché quest’ultimo consiste “nello svolgimento di una attività che, nel linguaggio normativo, (art. 2103 c.c., novellato dall’art. 13 L. 20 maggio 1970, n. 300), viene designata con il termine ‘mansioni’ [queste ultime] fungono da criterio di determinazione qualitativa della prestazione e tramite esse viene delimitata gran parte dell’area del debito del lavoratore nei confronti del datore di lavoro”²¹.

Tale profilo essenziale del concetto di mansioni, capace di delimitare l’area del debito del prestatore di lavoro, non sarebbe una caratteristica genetica dell’art. 2103 c.c., bensì dovrebbe essere visto come conseguenza della novella introdotta dall’art. 13 l. n. 300/1970, che ha affiancato all’aspetto statico delle mansioni quello “dinamico dell’organizzazione del lavoro”, vale a dire la mobilità introaziendale²².

Il testo originale dell’art. 2103 affermava che “Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per cui è stato assunto. Tuttavia, se non è convenuto diversamente, l’imprenditore può in relazione alle esigenze dell’impresa, adibire il prestatore di lavoro ad una mansione diversa, purché essa non importi una diminuzione nella retribuzione o un mutamento sostanziale nella posizione di lui”. La previgente legge poneva dunque, oltre all’aspetto retributivo, due limiti distinti all’esercizio del potere modificativo delle mansioni da parte del datore di lavoro: la posizione sostanziale del

¹⁷ GIUGNI, 1963, 115

¹⁸ PISANI, 1988, 2; tuttavia CESTER, 1991, 153, rileva la natura assolutamente contrattuale delle mansioni attribuite al lavoratore, che non potranno essere identificate con riferimenti ad aspetti esterni al rapporto di lavoro (il titolo di studio del dipendente, le sue attitudini), i quali tutt’al più potranno fungere da criteri suppletivi-integrativi nell’identificazione della mansione stessa.

¹⁹ GIUGNI, 1963, 6 ss. L’Autore afferma peraltro che il concetto di mansioni, dotato di un senso “tecnico” dalla scienza economico-organizzativa, assume significato giuridico soltanto nel momento in cui viene dedotto in un rapporto di lavoro subordinato, e dunque soltanto allorché quella determinata attività viene prestata con inserimento nell’organizzazione del datore di lavoro e dietro corrispettivo.

²⁰ Cfr. GRANDI, 1986, 255

²¹ PISANI, 1988, 1; pienamente conforme GRANDI, 1986, 256, il quale afferma inoltre che proprio l’assegnazione delle mansioni, e dunque la delimitazione dell’area del debito con determinazione dell’oggetto, fa sì che il lavoratore entri, tramite il rapporto di lavoro, all’interno dell’organizzazione dell’impresa.

²² GHERA, 1984, 392

lavoratore, attinente al rapporto di lavoro stesso, e le esigenze dell'impresa, elemento esterno, in sé e per sé, alla prestazione dedotta in contratto²³.

L'art. 13 l. 300/1970 interviene sul testo dell'art. 2103 c.c., vietando qualunque modifica delle mansioni effettivamente svolte dal lavoratore, tranne un mutamento *in melius* con adibizione a mansioni superiori o uno spostamento verso “mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione”.

Il nuovo art. 2103 determina, in via diretta anche se implicita, l'oggetto del contratto di lavoro, nel momento in cui definisce le mansioni esigibili non semplicemente come quelle per cui il prestatore “è stato assunto” ma come quelle “effettivamente svolte”. Questa disposizione, collegata al comma 2 del medesimo articolo, che sanziona con la nullità ogni patto contrario²⁴, ha dunque l'effetto di sottrarre all'arbitrio del datore di lavoro (o ad un accordo frutto però dell'incontro di due volontà troppo diverse in termini di potere) la determinazione delle mansioni esigibili con una statuizione astratta al momento dell'assunzione. Spostando il baricentro della valutazione sulla concretezza delle mansioni svolte al momento dell'assunzione e nelle fasi successive, si assiste alla sostituzione del criterio consensualistico con quello di effettività, rivolto ad una funzione di maggior garanzia nei confronti del lavoratore, la cui volontà appare spesso troppo debole per poter realmente incidere sul contenuto del contratto²⁵: in questo modo, invece, l'oggetto dell'obbligazione viene inserito e dimensionato all'interno delle mansioni effettivamente svolte nell'impresa.

Non tutti concordano però con questa ricostruzione e affermano, al contrario, che il riferimento alle mansioni effettive non indebolirebbe il fondamento contrattual-consensualistico, ma fungerebbe da mero indicatore per risolvere l'eventuale conflitto tra le mansioni formalmente assegnate e quelle invece effettivamente svolte. Soltanto in questo senso, con la necessaria prevalenza delle seconde sulle prime in caso di discrepanza tra le une e le altre, il principio dell'effettività assurgerebbe a criterio unico di determinazione dell'oggetto del contratto²⁶.

L'identificazione in concreto delle mansioni, tuttavia, non è un problema di facile risoluzione, qualunque opzione interpretativa si adotti: innanzitutto, dato il permanere, nel testo dell'art. 2103

²³ GIUGNI, 1963, 289; CESTER, 1991, 151 s.; SUPPIEJ, 1975, 335, afferma che, da un'interpretazione completa del vecchio testo dell'art. 2103 c.c., si potessero enucleare quattro limiti allo *ius variandi* del datore di lavoro: sussistenza di specifiche esigenze dell'impresa, corresponsione della retribuzione più elevata tra quelle rispettivamente previste per le mansioni vecchie e nuove, affinità delle nuove mansioni alle precedenti e infine temporaneità dello spostamento.

²⁴ Cfr. FRENI-GIUGNI, 1971, 52 s.; ASSANTI-PERA, 1972, 154 s.; ROMAGNOLI, 1972, 190 s.; SUPPIEJ, 1975, 365 ss.

²⁵ GHERA, 1984, 393; ASSANTI-PERA, 1972, 140 s. evidenzia come l'art. 13 comporti, dal punto di vista della tecnica normativa di riforma dell'art. 2103 c.c., un'integrale sostituzione della previgente disciplina con quella nuova.

²⁶ GRANDI, 1986, 260 s.; CESTER, 1991, 153; GIUGNI, 1975, 554 rileva che, tuttavia, il riferimento alle mansioni effettivamente svolte potrebbe spesso indicare soltanto una frazione di tutti i compiti che il lavoratore, in base alla sua posizione contrattuale-organizzativa, è chiamato a svolgere; in giurisprudenza, Cass. 15 giugno 2012, n. 9866, in Massimario di Giustizia Civile, 2012, 6, 802.

c.c., del riferimento alle mansioni “per le quali [il lavoratore] è stato assunto”, la cosa più ovvia parrebbe riferirsi al contenuto del contratto di lavoro o della lettera di assunzione, e tuttavia nella pratica molto spesso le mansioni non sono menzionate in questi documenti, che portano invece soltanto il generico riferimento alla qualifica e al livello di inquadramento contrattuali²⁷.

Appare dunque indispensabile un’opera di ricostruzione della reale volontà delle parti, in cui l’utilizzo di nozioni tecniche e dei termini propri delle qualifiche professionali altro non è se non un rimando a massime di esperienza, a figure che esistono nella realtà del mercato del lavoro e dell’impresa. Di più: il mercato del lavoro scolpirebbe, per sua stessa natura e attraverso propri meccanismi di funzionamento, una serie di figure professionali tipiche, ciascuna distinta dalle proprie capacità e collocata in un proprio “settore”²⁸.

Questo riferimento a modelli concreti esistenti all’esterno dell’impresa e del rapporto di lavoro ha però fatto sorgere non pochi dubbi, dati dall’indeterminatezza della qualifica professionale e dalla sua eccessiva estensione concettuale in via astratta. Infatti, poiché, come detto, la qualifica del lavoratore si riferisce ad un contesto esterno all’impresa, quello del mercato del lavoro, necessariamente il riferimento cade su una platea ampia di compiti concreti²⁹: il lavoratore che sul mercato³⁰ viene qualificato con l’attribuzione di un profilo, nella concretezza dell’organizzazione aziendale può svolgere una serie molto estesa di compiti, a seconda dei posti presenti nell’impresa.

Per questo un appiglio più preciso e puntuale per la concreta identificazione delle mansioni svolte è stato rinvenuto nel referente endoaziendale piuttosto che esoaziendale, nel ruolo che il lavoratore svolge all’interno dell’impresa, intendendosi per tale la concretizzazione del modello di prestazione nel posto di lavoro, comprendente, all’interno dell’organizzazione, tutto il complesso di attività che fa capo al singolo dipendente in quella specifica realtà produttiva, e a cui le parti hanno con ogni probabilità inteso richiamarsi al momento della determinazione dell’oggetto del contratto³¹.

2.1.1. Lo *ius variandi* del datore di lavoro: natura e limiti.

L’art. 2103 c.c. riveste, in tema di mansioni, una fondamentale funzione di garanzia, ovvero quella di delimitazione dell’ambito del legittimo esercizio dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro. Per *ius variandi* si intende, in generale, il potere del datore di lavoro di modificare l’oggetto del

²⁷ PISANI, 1988, 2; GIUGNI, 1975, 554; ASSANTI-PERA, 1972, 143

²⁸ GIUGNI, 1963, 117 ss.

²⁹ LISO, 1982, 166 s.; SUPPIEJ, 1975, 338 s. ribadisce la contrattualità delle mansioni lavorative, che sorgono nell’incontro di volontà tra le parti senza necessità di riferimenti esterni.

³⁰ Il riferimento è qui alla qualifica dei lavoratori così come risultante dall’interazione tra l’inquadramento legale *ex art.* 2095 c.c. e la fondamentale opera di classificazione e attribuzione di livello/categoria svolta dalla contrattazione collettiva. Cfr. ampiamente F. CARINCI, 1987, 32 ss.; GRANDI, 1986, 264 ss.

³¹ PISANI, 1988, 3

contratto, adibendo il lavoratore a mansioni diverse rispetto a quelle per le quali era stato assunto³². Autorevole dottrina antecedente alla riforma introdotta dall'art. 13 St. lav. aveva concordemente identificato lo *ius variandi* come un diritto potestativo del datore di lavoro, a fronte di una soggezione del lavoratore, soggetto passivo al quale nessuna collaborazione era richiesta per il prodursi degli effetti modificativi nella propria sfera giuridica³³. Questo tipo di diritto non sarebbe stato tuttavia identificabile con il potere direttivo (cui pure poteva considerarsi accostabile), in quanto estraneo e antecedente alla subordinazione: in altre parole, lo *ius variandi* deriverebbe sì dal contratto di lavoro, ma inciderebbe sugli effetti e non sulla struttura di questo, collocandosi in un momento anteriore rispetto all'obbligazione di lavorare³⁴.

La riforma introdotta dall'art. 13 ha parzialmente modificato questo quadro, in quanto, come detto, da una parte è stato espunto il riferimento alle esigenze dell'impresa, dall'altro la materia della modificazione delle mansioni di assunzione è stata completamente sottratta alla libera disponibilità e volontà negoziale della parti. In seguito alla modifica legislativa, una tesi minoritaria ha assunto la posizione estrema di affermare che l'art. 13 St. lav. avrebbe addirittura soppresso ed eliminato lo *ius variandi* del datore di lavoro, da una parte perché altrimenti troppo esigue sarebbero apparse le innovazioni introdotte dalla riforma, dall'altra in virtù di una piena e rinnovata affermazione del principio consensualistico³⁵. Infatti, dato il fondamento contrattualistico dell'obbligazione di lavoro, qualunque modificazione dovrebbe trovare la propria fonte in un accordo delle parti: non solo dunque le progressioni di carriera, ma anche lo spostamento orizzontale verso mansioni pur equivalenti, ma comunque diverse³⁶. Altra interpretazione restrittiva della riforma introdotta dall'art. 13 affermò che uno *ius variandi* fosse sì sussistente in capo al datore di lavoro, ma solo in quanto la modifica delle mansioni fosse orientata all'arricchimento e al miglioramento delle

³² Cfr. GIUGNI, 1963, 229 ss. Lo *ius variandi*, peraltro, non è una figura propria dei soli contratti di lavoro subordinato, in quanto ben può riscontrarsi in altri tipi di contratti, come il trasporto e l'appalto. Costituisce tuttavia un'eccezione nell'ambito dei contratti d'opera, in quanto proprio soltanto del rapporto di lavoro subordinato. FERRANTE, 2004, 71 s. afferma che il mutamento delle mansioni, incidendo sull'oggetto del contratto, costituisce una modifica sul piano del negozio e non soltanto della sua esecuzione.

³³ GIUGNI, 1963, 279 ss.

³⁴ PERSIANI, 1966, 195 s., il quale respinge la teoria dell'obbligazione di lavoro come obbligazione alternativa, che fonderebbe il potere del creditore/imprenditore di scegliere quale tra le prestazioni dovute il debitore/lavoratore debba eseguire. Infatti, anche se molteplici possono essere le obbligazioni/mansioni utili di volta in volta all'interno dell'impresa, permane l'unicità oggettiva del risultato utile atteso dal creditore. IVI, 186.

³⁵ SUPPIEJ, 1982, 307 ss.; cfr. ASSANTI-PERA, 1972, 148, ove si afferma la ridotta variabilità delle mansioni all'interno del criterio di equivalenza rispetto a quanto accadeva nella vigenza del principio di "non mutamento della posizione sostanziale".

³⁶ GRANDI, 1986, 262 s.

competenze e del bagaglio professionale del lavoratore, in una prospettiva di sviluppo della carriera³⁷.

Queste tesi, orientate ad un forte garantismo, vengono però decisamente respinte da altra dottrina, che definisce lo *ius variandi* come aspetto fondamentale e imprescindibile del potere organizzativo dell'imprenditore³⁸. La stessa esistenza di un'organizzazione del lavoro altrui in cui i compiti sono suddivisi tra una pluralità di soggetti non può che postulare la necessità di un potere come quello conformativo espresso nel mutamento delle mansioni; l'art. 13, dunque, non avrebbe certo abolito questo potere, ma l'avrebbe soltanto normalizzato, limitato in funzione della tutela della persona del lavoratore e della garanzia della professionalità da lui acquisita³⁹.

Novità reale e rilevante introdotta dall'art. 13 è la sostanziale soppressione del carattere obbligatoriamente temporaneo dell'adibizione del lavoratore a mansioni diverse; nella vigenza del vecchio art. 2103, infatti, il riferimento alla "posizione sostanziale" del lavoratore permetteva soltanto mutamenti temporanei delle mansioni, in quanto un'adibizione permanente ad altri compiti avrebbe senza dubbio comportato un cambiamento essenziale della posizione del dipendente⁴⁰. Il nuovo art. 13 abolisce questo limite, e accomuna nella sua disciplina unitaria tutte le ipotesi di mutamento delle mansioni, prima distinte sulla base delle loro caratteristiche, ammettendo per la prima volta anche una modifica permanente delle mansioni in via unilaterale da parte del datore di lavoro, poiché, purché sia rispettato il limite dell'equivalenza delle mansioni, anche il mutamento definitivo deve ritenersi ammissibile⁴¹. In realtà, sussiste in dottrina un atteggiamento di sfavore, o perlomeno di "sospetto" nei confronti delle modifiche permanenti delle mansioni del lavoratore, che, si è affermato, non possono essere accomunate e assimilate ai mutamenti semplicemente transitori e temporanei delle mansioni stesse. Per questo, in caso di mutamenti definitivi che comportino l'adibizione a mansioni, seppur equivalenti a livello di qualifica e inquadramento, eccessivamente differenti da quelle precedentemente svolte, con conseguente impossibilità per il lavoratore di utilizzare il bagaglio professionale acquisito e posseduto, dovrebbe essere richiesto il consenso del dipendente⁴².

³⁷ ROMAGNOLI, 1972, 174 ss.; *contra* GIUGNI, 1975, 556, il quale argomenta che il mutamento delle mansioni, in base alla lettera della legge, deve essere compreso tutto nell'oggetto del contratto e nell'esercizio del potere direttivo, e nessuna norma orienta né l'uno né l'altro all'obbligatorio perseguimento di uno specifico interesse.

³⁸ ASSANTI-PERA, 1972, 146 s.; DELL'OLIO, 1986, 508 ss.

³⁹ GHERA, 1984, 394.; PERSIANI, 1971, 16. Della stessa opinione, pur nella vigenza del vecchio art. 2103 c.c., anche GIUGNI, 1963, 230, il quale afferma che, data la natura costitutivamente mutevole dell'impresa, dell'organizzazione del lavoro e dei fenomeni sociali a questi collegati, non sarebbe stato possibile non prevedere forme di trasformazione della divisione dei compiti e di mutamento delle strutture di ripartizione del lavoro.

⁴⁰ GIUGNI, 1963, 332 s.

⁴¹ PISANI, 1988, 5; CESTER, 1991, 154 s.

⁴² Cfr. LISO, 1982, 171; 176

Secondo altra dottrina, interpretazioni volte a differenziare diverse ipotesi di mutamento delle mansioni, al ricorrere delle quali diversi sarebbero i presupposti di legittimità, contrastano con lo scopo stesso della riforma introdotta dall'art. 13, che, invece, mira proprio a unificare tutte le ipotesi di mobilità endoaziendale in modo da sottrarle nel loro complesso alla disponibilità negoziale delle parti⁴³: tra le varie forme di mobilità rientrerebbero dunque, ormai senza distinzione sul piano normativo, tanto quelle bilaterali quanto le unilaterali⁴⁴.

Una certa dose di incertezza, dal punto di vista delle tutele fornite al lavoratore, sussiste invece per quanto attiene al c.d. *ius variandi* interno. Con questo termine si intende la definizione, da parte del datore di lavoro, delle concrete mansioni esigibili all'interno dell'organizzazione dell'impresa, puntualizzate nell'alveo della classificazione contrattuale di riferimento⁴⁵. La dicitura non sarebbe in realtà nemmeno pienamente corretta, poiché in questo caso non si tratterebbe affatto di uno *ius variandi*, bensì del semplice esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro, che impartisce ai dipendenti gli ordini necessari perché le loro prestazioni siano utilmente inserite nell'organizzazione dell'impresa⁴⁶. La questione non appare tuttavia così piana laddove si tratti di mansioni polivalenti o promiscue, vale a dire mansioni così ampie e variegate da risultare difficilmente ascrivibili ad una figura professionale unitaria. L'attribuzione di tali mansioni deve considerarsi pienamente legittima⁴⁷, benché si sia sostenuto che anche la polivalenza delle mansioni attribuite al momento dell'assunzione incontri un limite, posto dall'art. 13 alla volontà negoziale delle parti⁴⁸. Per evitare, infatti, che un sovradimensionamento del potere direttivo dell'imprenditore nasconda in realtà l'indiscriminato esercizio di uno *ius variandi* sottratto al vaglio del giudizio di equivalenza, in tanto sarà lecita la previsione di mansioni polivalenti o promiscue, appartenenti a livelli professionali diversi tra loro, in quanto "la prestazione lavorativa globale convenuta abbia una sua tipicità nell'ambito della organizzazione produttiva, costituisca cioè riflesso del dato

⁴³ PISANI, 1988, 7

⁴⁴ Per una confutazione delle posizioni appena esposte cfr. SUPPIEJ, 1975, 348 ss.; GHERA, 1984, 393

⁴⁵ ROMAGNOLI, 1972, 176 s., con giudizio molto negativo sulla configurazione di tale potere che, sottratto al vaglio del giudizio di equivalenza, creerebbe una pericolosa "possibilità di fuga" dal rigido sistema di garanzia delle mansioni e della professionalità.

⁴⁶ GIUGNI, 1963, 231 s.

⁴⁷ GHERA, 1984, 394; *contra* PERSIANI, 1971, 15, il quale afferma che la legittima attribuzione delle mansioni all'interno della qualifica deve comunque rispettare il criterio e i limiti dell'equivalenza; in questo vero e proprio equivoco cade anche recentemente la Cassazione, con pericolosi esiti di limitazione della flessibilità all'interno dell'impresa, cfr. BORZAGA, 2007, 682 ss.

⁴⁸ DE LUCA TAMAJO-MAZZOTTA, 2013, 512; PISANI, 1988, 3; in giurisprudenza, cfr. la recente Cass. 21 giugno 2013, n. 15736, in *Guida al Diritto*, 2013, 33, 52

collettivo della organizzazione, così come conformato eventualmente anche dalla contrattazione collettiva”⁴⁹.

2.1.2. Il criterio dell’equivalenza come limite allo *ius variandi*.

La disciplina della mobilità endoaziendale, realizzata tramite l’esercizio dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro, si ispira ad una logica marcatamente protettiva, ma anche di bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco: da una parte, infatti, si ritiene che le trasformazioni interne all’impresa siano non solo lecite, ma molto spesso essenziali per mantenerne la competitività e adattare la struttura alle necessità del mercato e della domanda, dall’altra, però, si teme che mutamenti indiscriminati della posizione del lavoratore possano danneggiare la professionalità acquisita e il bagaglio posseduto⁵⁰.

Come già detto, la novità più rilevante introdotta dall’art. 13 St. Lav. è la soppressione, nel testo dell’art. 2103, del doppio ordine di limiti - esigenze dell’impresa e posizione sostanziale del lavoratore - per ricondurre l’intero sistema della mobilità endoaziendale ad un unitario vaglio di legittimità: il giudizio di equivalenza tra le mansioni⁵¹.

Una nozione minima e imprescindibile di equivalenza accomuna sotto un unico denominatore (quello della necessità di tutela del lavoratore) tutte le ipotesi di mutamento delle mansioni: l’esercizio del potere direttivo (c.d. *ius variandi* interno), lo *ius variandi* vero e proprio, con effetti temporanei o definitivi, nonché i patti modificativi delle mansioni del lavoratore. Questo minimo contenuto protettivo del vaglio di equivalenza può essere definito come il mero giudizio in negativo “di non peggioramento della situazione del lavoratore”⁵².

Dato per scontato questo contenuto minimo, il giudizio di equivalenza si arricchisce necessariamente, in una sorta di sistema di cerchi concentrici progressivamente più estesi, man

⁴⁹ LISO, 1982, 149; BROLLO, 2007, 1521, presenta anche la possibilità che la previsione contrattuale di mansioni eccessivamente promiscue o polyvalenti risulti in frode alla legge, perché volta ad aggirare la funzione garantista e di controllo del principio di equivalenza.

⁵⁰ GRANDI, 1986, 254

⁵¹ ASSANTI-PERA, 1972, 148; PISANI, 1988, 7. E’ interessante notare come invece, nella vigenza del vecchio testo dell’art. 2103 c.c., GIUGNI, 1963, 329 s. definisse “visibilmente erronee” le opinioni “che ritengono il limite di esigibilità delle diverse mansioni richieste segnato dall’equivalenza, o almeno dal non minor valore delle stesse”, poiché dalla garanzia di non diminuzione retributiva prevista dalla legge non si poteva far certo discendere un divieto di mutare il valore, sostanziale e non economico, della prestazione richiesta al lavoratore.

⁵² LISO, 1982, 175. Secondo GRANDI, 1986, 262, la distinzione tra modifiche interne, che dunque non comportano l’esercizio, da parte del datore di lavoro, di un vero *ius variandi*, e modifiche esterne, sottoposte al limite dell’equivalenza tra mansioni precedenti e successive, si basa sui confini dell’inquadramento e della qualifica contrattuale. In altre parole, l’adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ma ricomprese nella medesima qualifica contrattuale, si configura come normale variabilità dei compiti richiesti di volta in volta dall’organizzazione, e dunque come esercizio del potere direttivo.

mano che le diverse situazioni di mobilità richiedono una tutela più intensa del bene protetto dall'art. 13 St. Lav. e di conseguenza dal nuovo art. 2103 c.c.: la professionalità del lavoratore⁵³.

Il giudizio di equivalenza non viene inteso e definito in modo univoco, in quanto diversi possono essere i parametri in base ai quali, appunto, compiere la valutazione. Si è parlato, a tal proposito, di un concetto di equivalenza generico (o oggettivo), che sarebbe quello basato sul mero inquadramento professionale: utilizzando questo criterio, si identificherebbero le mansioni inferiori, quelle cui non può essere adibito il lavoratore, che coincidono con tutte quelle rientranti in un livello di inquadramento contrattuale più basso rispetto a quello delle mansioni effettivamente svolte⁵⁴.

Tuttavia, il criterio del livello di inquadramento non può considerarsi sufficiente ad esaurire il giudizio di equivalenza delle mansioni, in quanto ancora non costituisce idonea garanzia della salvaguardia del bagaglio professionale del dipendente. Per questo si parla di un'ulteriore nozione di equivalenza, definita "specificata" (o soggettiva), che, al di là del precedente concetto di "affinità" delle mansioni⁵⁵, si riferisce "all'area professionale, e cioè a quell'area, più o meno circoscritta, alla quale sono riconducibili una serie di compiti differenti, il cui svolgimento richiede un determinato insieme di conoscenze teoriche e di capacità pratiche"⁵⁶.

Il criterio dell'equivalenza è stato inoltre interpretato anche come criterio di identificazione delle mansioni esigibili, per cui il lavoratore sarebbe tenuto all'esecuzione non solo delle mansioni specifiche per cui è stato assunto, ma anche di tutte quelle ad esse equivalenti di cui l'organizzazione dell'impresa dovesse di volta in volta necessitare⁵⁷. Siffatta impostazione viene però rifiutata da chi ritiene che, in questo modo, si amplierebbe eccessivamente l'ambito dell'obbligazione e dunque la posizione debitoria del lavoratore: una smisurata elasticità del campo di definizione dell'oggetto del contratto farebbe infatti venire meno quella certezza delle mansioni su cui si fonda la funzione protettiva propria del criterio di equivalenza⁵⁸. Tuttavia, è stato ulteriormente argomentato sul punto che, nella vigenza del nuovo art. 2103, in ogni caso il datore di

⁵³ GIUGNI, 1975, 548; cfr. GHERA, 1984, 397, il quale sostiene però la necessità di una differenziazione, già a livello normativo, della nozione di equivalenza, al fine di graduarne confini e intensità in relazione alle situazioni, molto diverse, in cui può verificarsi il mutamento delle mansioni del lavoratore. FRENI-GIUGNI, 1971, 52, afferma che, già nella vigenza del vecchio art. 2103 c.c., si poteva considerare il riferimento alla "posizione sostanziale" come garanzia della "posizione professionale" del lavoratore all'interno dell'impresa. Cfr. anche BORZAGA, 2007, 673 s.

⁵⁴ GHERA, 1984, 395; BORZAGA, 2007, 671 s.; per la rilevanza del livello retributivo in relazione al criterio dell'equivalenza cfr. ASSANTI-PERA, 1972, 143 s.

⁵⁵ Cfr. GIUGNI, 1963, 335 ss., che, nella vigenza del vecchio art. 2103 c.c., utilizzava il criterio dell'affinità per definire la "posizione sostanziale" del lavoratore.

⁵⁶ LISO, 1982, 179; FRENI-GIUGNI, 1971, 52 s. Cfr. Cass. 11 settembre 2013, n. 20829, per la conferma della necessità di valutare in concreto l'equivalenza delle mansioni con riferimento al contenuto professionale e non al mero livello di qualifica o inquadramento.

⁵⁷ Cfr. MENGONI, 1987, 45

⁵⁸ LISO, 1982, 154 s.; FERRANTE, 2004, 78

lavoro sarebbe autorizzato ad adibire il lavoratore a mansioni equivalenti a quelle dell'assunzione, esercitando legittimamente lo *ius variandi* e dunque ampliando l'area delle mansioni esigibili⁵⁹.

Quest'ultima argomentazione è stata però tacciata di fraintendimento del concetto di equivalenza: esso, infatti, non dovrebbe servire a circoscrivere l'area delle mansioni esigibili, perché non è questa la funzione che la legge attribuisce. Il concetto di equivalenza dovrebbe invece soltanto essere utilizzato nella sua propria funzione protettiva, al fine di tutelare il lavoratore dal demansionamento e dall'indebito sacrificio del suo bagaglio professionale; non si può dunque usare l'equivalenza per creare un tipo di prestazione fluida e mutevole sempre esigibile da parte del datore di lavoro, poiché lo scopo di questo criterio è unicamente quello di fondare la giustificazione e la legittimità del mutamento di mansioni che dovesse essere richiesto al lavoratore dall'imprenditore⁶⁰. Inoltre, proprio perché il centro della funzione protettiva del concetto di equivalenza risiede nella tutela della professionalità, bisogna affermare che "l'equivalenza delle mansioni rappresenta il criterio di identificazione non della prestazione ma della professionalità del lavoratore"⁶¹.

Come però debba realmente compiersi il giudizio di equivalenza, e in base a quale criterio alcune mansioni possono ritenersi equivalenti ed altre no, non è argomento su cui la dottrina concorda: da una parte si sostiene che l'equivalenza delle mansioni vada valutata essenzialmente sulla base del livello di inquadramento contrattuale, per cui il sistema delle qualifiche proposto dai contratti collettivi sarebbe l'ancoraggio fondamentale di qualunque giudizio volto a porre mansioni diverse su un piano di inferiorità/superiorità⁶². Altra opinione interpreta il significato di "equivalenti" come paragonabili, di valore comparabile, anche se ovviamente non "uguali", lettura, quest'ultima, che vanificherebbe totalmente la portata della norma di legge; di conseguenza, questa corrispondenza tra tipi di mansioni andrebbe al di là dell'elemento della qualifica contrattuale⁶³, e riguarderebbe invece la concreta affinità tra le mansioni da ultimo effettivamente svolte e quelle di successiva adibizione. Ferma restando dunque la garanzia della parità retributiva, che perderebbe del resto il

⁵⁹ PISANI, 1988, 6. Si segnala inoltre GRANDI, 1986, 260, il quale afferma che esigibile è non solo la mansione, ma anche tutti gli obblighi accessori al corretto e completo svolgimento di essa, pur se non menzionati nel contratto.

⁶⁰ GHERA, 1984, 394

⁶¹ GHERA, 1984, 394; GIUGNI, 1975, 555; la recente Cass. 15 gennaio 2014, n. 687, afferma che il concetto di equivalenza non può rivestire alcuna rilevanza giustificativa del mutamento di mansioni laddove le nuove siano completamente svuotate del precedente contenuto professionale.

⁶² LISO, 1982, 178 s. Questo criterio deve tuttavia ritenersi almeno in parte temperato da alcune valutazioni ulteriori, per cui le mansioni descritte dalla declaratoria contrattuale sono sempre e comunque collegate ad una posizione professionale, che riveste carattere oggettivo e non soggettivo, in quanto relativa ad una posizione presente nell'organizzazione di impresa e non alla personalità del lavoratore. IVI, 182

⁶³ I due criteri non sono però realmente così distanti, e anzi potrebbero apparire tra loro collegati o conciliabili, nel momento in cui sempre più i contratti collettivi tendono a modellare l'inquadramento sulla base delle mansioni concretamente pattuite al momento dell'assunzione e materialmente svolte. Cfr. GRANDI, 1986, 257

proprio significato qualora l'unica mobilità ammessa fosse all'interno del medesimo livello di inquadramento e dunque salariale, il lavoratore potrà essere adibito a mansioni anche inferiori a livello di qualifica, purché paragonabili a quelle svolte⁶⁴.

E' stato inoltre evidenziato come il giudizio di equivalenza, incentrato sulla professionalità del lavoratore, aspetto di carattere necessariamente soggettivo, sia difficilmente traducibile in indicatori di tipo oggettivo, come la natura e l'utilizzabilità del bagaglio professionale, la posizione nell'organizzazione, la fruibilità di conoscenze pregresse nel caso di svolgimento di nuove mansioni⁶⁵; da un punto di vista pratico, poi, non si può trascurare come il riferimento alle mansioni pattuite al momento dell'assunzione ed effettivamente svolte sia molto più puntuale, e quindi più agevolmente comparabile, rispetto al coacervo di mansioni contenute nelle declaratorie contrattuali⁶⁶.

Quanto alla giurisprudenza, il significato dell'"equivalenza delle mansioni" è stato definito secondo due orientamenti principali, entrambi sotto la lente della professionalità del lavoratore. Il punto focale è quello dell'utilizzo del bagaglio professionale, oggetto della tutela di cui all'art. 2103 c.c., con una concezione dell'equivalenza che può atteggiarsi in senso "statico" oppure "dinamico"⁶⁷.

Nel primo caso, sussiste una forte limitazione dello *ius variandi* del datore di lavoro, in quanto "il giudizio di equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedentemente affidate al lavoratore richiede [...] una verifica formale sulla ricomprensione in astratto delle nuove mansioni nella categoria di inquadramento del lavoratore, una verifica sostanziale sull'aderenza in concreto delle nuove mansioni alla specifica competenza del dipendente e sull'idoneità delle mansioni stesse a salvaguardare il livello professionale del medesimo"⁶⁸. Come dire, dunque, che, anche a parità di inquadramento professionale, non si può parlare di reale equivalenza delle mansioni se il bagaglio professionale del lavoratore non risulta interamente e perfettamente dispiegato tanto nelle vecchie quanto nelle nuove.

⁶⁴ PERSIANI, 1971, 16 s., raccogliendo l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale compiuta, sotto la vigenza del vecchio art. 2103 c.c., sul concetto di "affinità" delle mansioni, del quale sostiene una forte vicinanza con la nozione di "equivalenza", ponendosi dunque il testo *ante* e *post* riforma in una linea di sostanziale continuità.

⁶⁵ GRANDI, 1986, 265 ss., il quale da una parte esalta il ruolo fondamentale della contrattazione collettiva, strumento sufficientemente flessibile e vicino alla realtà dell'impresa per tradurre efficacemente gli aspetti della soggettività del lavoratore in parametri oggettivi di valutazione; dall'altra, però, ammette che, anche a fronte dell'opera collettiva, sussisteranno sempre spazi di valutazione libera e necessariamente elastica di concetti vaghi e relativi come il "non sottoutilizzo del bagaglio professionale", che non possono essere totalmente ricompresi nelle maglie del sistema di inquadramento contrattuale.

⁶⁶ PERSIANI, 1971, 17; GARILLI-BELLAVISTA, 1990, 177 s.

⁶⁷ BROLLO, 2007, 1523 ss.; CORTI, 2011, 135 s.

⁶⁸ Cass. 8 ottobre 2007, n. 21025, in *Guida al diritto*, 2007, 46, 76; più recentemente, Cass. 8 giugno 2009, n. 13173, in *Ragiusan*, 2009, 303-304, 300

Una posizione meno restrittiva parla invece di un'equivalenza più ampia e fluida, intesa come situazione in cui il lavoratore, pur svolgendo mansioni diverse da quelle precedenti, non vede sprecato il proprio bagaglio professionale, che ben potrà essere utilizzato anche nella nuova posizione. Questo orientamento segue, in buona sostanza, l'importante decisione con cui le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno dichiarato la legittimità di “meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale [che prevedano], con apposita clausola, la fungibilità funzionale tra le mansioni per sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica”⁶⁹.

Questa sentenza si riferisce esplicitamente al caso di una rotazione delle mansioni (anche non strettamente equivalenti, appunto) avvenuta sulla base di un accordo collettivo, e quindi può essere letta nel senso di una valorizzazione del ruolo delle parti sociali, che, vista la posizione costitutivamente garantista dei diritti del lavoratore che sono chiamate a ricoprire, hanno poteri che all'individuo invece non spettano⁷⁰. Cosicché, mentre un patto di tale tenore concluso tra datore di lavoro e lavoratore sarebbe nullo *ex art. 2103, comma 2, c.c.*, un accordo assistito dal sindacato è, nel giudizio della Suprema Corte, perfettamente valido, purché non postuli “un'indiscriminata fungibilità di mansioni che esprimano in concreto una diversa professionalità”; oltre a questo aspetto, tuttavia, non si può tacere l'apertura della Cassazione, che, quasi richiamando le teorie della *job rotation*⁷¹, ammette la possibilità che, nella nuova impresa flessibile, la professionalità del lavoratore sia arricchita e non impoverita dal mutamento, anche significativo, di mansioni.

Inoltre, è opportuno segnalare la presenza, nei ragionamenti dei giudici, di ulteriori elementi per così dire “trasversali” che, anche se privi di una funzione realmente descrittiva, entrano a far parte della valutazione delle mansioni ai fini di stabilirne la reciproca equivalenza. Nell'impresa flessibile, che valorizza le capacità di autonomia e autogestione del singolo lavoratore, si tende ad affermare che, per valutare l'equivalenza delle mansioni, non ci si possa arrestare alla considerazione astratta dei livelli di inquadramento, e nemmeno del contenuto concreto delle mansioni, ma sia necessario accertare in concreto il grado di autonomia e discrezionalità con cui il

⁶⁹ Cass. S.U. 24 novembre 2006, n. 25033, in *ADL*, 2007, 3, 669, nt. BORZAGA. Cfr. BROLLO, 2007, 1526. Si richiama, a titolo di mero collegamento, poiché le situazioni non possono considerarsi tra loro paragonabili, la teoria per cui ogni mutamento di mansioni, per essere legittimo, deve essere funzionalizzato al miglioramento del bagaglio professionale del lavoratore, cfr. ROMAGNOLI, 1972, 180 s.

⁷⁰ Cfr. PASSALACQUA, 2005, 51 ss.; FERRARO, 1981, 179, che parla di una sottrazione “ideologica” delle modifiche delle condizioni di lavoro che interessino più lavoratori tanto alla disponibilità del singolo quanto alla disciplina legale, per rientrare unicamente nella materia dell'autonomia collettiva. Si noti però che la Suprema Corte ha in più occasioni dichiarato che il divieto di cui all'art. 2103, comma 2, c.c., si applica tanto alle pattuizioni individuali quanto a quelle collettive, nel senso che anche la contrattazione collettiva, nell'accorpore più mansioni all'interno del medesimo livello di inquadramento, deve rispettare i principi di tutela e valorizzazione della professionalità del lavoratore. Cfr. BORZAGA, 2007, 679 s.

⁷¹ Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, 2009, 207

dipendente è autorizzato a svolgere quelle mansioni⁷². In pratica due mansioni, pur inquadrate al medesimo livello, potrebbero rivelarsi non comparabili in un giudizio di equivalenza, perché svolte con gradi di autonomia e discrezionalità troppo diversi per poter essere paragonate dal punto di vista della concreta posizione del dipendente all'interno della gerarchia aziendale.

2.2 Mansioni e professionalità nell'impresa flessibile.

2.2.1. Tendenze evolutive del concetto di mansioni.

Il quadro fin qui delineato riflette un sistema fortemente protettivo della professionalità dei lavoratori, inserito in un contesto produttivo relativamente florido, dove le mansioni risultavano circoscritte da massime di esperienza piuttosto stabili nel tempo e i compiti dei lavoratori consolidati in modelli di riferimento che tendevano a mutare lentamente⁷³.

Tuttavia, non si può negare che, anche nel precedente modello di produzione ford-taylorista, alla staticità dell'inquadramento professionale corrispondeva una stridente dinamicità della professionalità del lavoratore, insuscettibile di essere stabilmente incasellata in una qualifica predefinita⁷⁴. Proprio per questo la già richiamata nozione dinamica dell'equivalenza professionale aveva spinto dottrina e giurisprudenza a considerare mansioni equivalenti non più solo quelle collegate al bagaglio professionale già acquisito dal lavoratore, e dunque espresso nella prestazione effettivamente svolta all'interno dell'organizzazione dell'impresa, bensì anche quelle “già programmate o programmabili in partenza sulla base del patrimonio di nozioni e di esperienza già posseduto dal lavoratore, e in funzione di un suo arricchimento”⁷⁵.

E' emersa così progressivamente la consapevolezza che, in una società industriale che accelera continuamente i propri mutamenti, un'interpretazione eccessivamente rigida dell'art. 2103, garantendo una tutela soltanto difensiva della professionalità del lavoratore come patrimonio acquisito e non come possibilità di ampliarlo, avrebbe in ultima istanza danneggiato i soggetti che invece si intendeva proteggere⁷⁶.

⁷² Trib. Milano, 17 giugno 2009, n. 2593, *dejure.giuffre.it*

⁷³ GIAMMARIA, 1997, 15

⁷⁴ GRANDI, 1986, 257 s.; GUARRIELLO, 2000, 287

⁷⁵ MENGONI, 1987, 45; GIUGNI, 1975, 553. Del resto, proprio questo sarebbe lo scopo del passaggio all'inquadramento contrattuale unico che, abolendo la distinzione tra mansioni operaie ed impiegatizie, avrebbe dovuto valorizzare la capacità professionale potenziale più che attuale e il complessivo bagaglio di competenze, culturali e tecniche, che il dipendente avrebbe potuto sviluppare nel corso della sua carriera nell'impresa. Sul punto cfr. ampiamente F. CARINCI, 1987, 14 ss.

⁷⁶ MENGONI, 1987, 46 s.; cfr. però FRENI-GIUGNI, 1971, 54 s., ove il riferimento dell'art. 13 al criterio di equivalenza delle mansioni viene visto come un incoraggiamento, da parte del legislatore, a processi di estensione e ampliamento della mansione tramite lo sviluppo di capacità professionali polivalenti, al fine di rendere sempre impiegabile il lavoratore e versatile il suo bagaglio di competenze.

Del resto, nel modello produttivo post-fordista, proprio i processi di mobilità vengono sempre più accelerati e incoraggiati come strumento di competitività delle imprese⁷⁷, che, come continuamente adattano e innovano le proprie strutture produttive, così aggiornano le competenze dei dipendenti, modificano i loro profili professionali, cercano di renderli figure flessibili e versatili, pronte a inserirsi nei percorsi di innovazione, tecnologica e organizzativa, creati dall'organizzazione stessa. La natura dell'attività lavorativa, ormai rivolta al trattamento di informazioni più che alla creazione di prodotti e incentrata sulle risorse immateriali più che su quelle materiali, crea il cosiddetto *knowledge worker*, il lavoratore della conoscenza, che più che "saper fare" sa gestire processi e flussi di dati⁷⁸, rendendo molto difficile afferrare il tipo di professionalità posseduta (o acquisita, o prospettabile) e identificare la mansione concretamente svolta.

Ormai dagli anni '80, infatti, si constata come le nuove tecnologie abbiano portato al tramonto definitivo di alcune figure da sempre tipiche del panorama professionale (e dunque anche del sistema di inquadramento contrattuale), e abbiano comportato il completo mutamento del contenuto della mansione propria di altre. In questo panorama, una tutela soltanto difensiva dell'equivalenza delle mansioni rischia di imprigionare il lavoratore in compiti sempre identici a se stessi e ormai obsoleti, fino al momento della loro scomparsa dall'ambito delle mansioni richieste dall'impresa. Le professionalità, acquisite ma anche potenziali in senso tradizionale, sono rapidamente superate dalla continua introduzione di nuove metodologie di lavoro; l'art. 2103 c.c. rischia così di diventare una norma del tutto inoperante dal punto di vista della tutela del dipendente, e di non sortire altro effetto se non quello di soffocare le possibilità di sviluppo delle competenze del lavoratore⁷⁹.

Da questo *impasse* si potrebbe uscire accogliendo l'interpretazione del criterio di equivalenza delle mansioni introdotto dall'art. 13 St. Lav. non come divieto per il datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni che non implicino il mantenimento della medesima professionalità, bensì come obbligo di mutare le mansioni del lavoratore in modo da garantire la permanenza di una professionalità del medesimo valore. In altre parole, il giudizio di equivalenza non avrebbe ad oggetto le mansioni in quanto tali, bensì il livello di professionalità, indipendentemente dal suo specifico contenuto, attribuito a quelle determinate mansioni⁸⁰. Sarebbe dunque possibile, senza per

⁷⁷ GRANDI, 1986, 252, sostiene che la fenomenologia empirica dei mutamenti di mansione interni all'impresa è divenuta talmente varia e vasta da aver esorbitato l'ambito di una nozione di "mobilità endoaziendale" che si vorrebbe unitaria al fine di accomunare tutte le diverse accezioni concrete rientranti in quest'ambito.

⁷⁸ Cfr., tra tutti, GALANTINO, 1995, 2 ss.; PEDRAZZOLI, 1998, 55 ss.; MAZZOTTA, 1990, 2 ss. afferma che l'informazione è diventata autonomo centro di produzione di ricchezza, portando così il lavoro ad un allontanamento fisico-materiale dall'impresa e dal potere di controllo del datore.

⁷⁹ PISANI, 1988, 8; CORAZZA, 2004, 57 ss. nota come il lavoratore non possa più legarsi ad una precisa posizione nell'impresa, anche perché le posizioni non paiono più descritte dalla loro esistente materialità, bensì da più labili concetti di organizzazione della conoscenza e gestione delle informazioni.

⁸⁰ GRANDI, 1986, 264; ICHINO, 2003, 317 ss.

questo vanificare la portata e il tenore dell'art. 2103 c.c., adibire il lavoratore a mansioni completamente diverse da quelle effettivamente svolte, purché esse implicino lo spiegamento del medesimo livello di professionalità. In questo modo, si accetta anche il sacrificio (in ipotesi, totale) del contenuto del bagaglio professionale precedentemente utilizzato, purché il nuovo bagaglio sia di pari valore professionale e a patto che il datore di lavoro si faccia carico della formazione necessaria ad aggiornare le competenze del lavoratore, adattandole al mutato oggetto dell'obbligazione⁸¹.

Tuttavia, la nuova veste dell'impresa post-fordista, snella e mutevole, e dei lavoratori in essa inseriti, versatili e continuamente chiamati a modificare le proprie prestazioni per rimanere al passo con le innovazioni organizzative, ha condotto a ripensare in termini diversi anche il contenuto e il significato professionale attribuito alle diverse mansioni. L'oggetto della tutela non dovrebbe più essere il "saper fare" che il dipendente ha maturato e acquisito nel suo concreto lavorare all'interno dell'impresa, bensì l'intera estensione, polivalente e polifunzionale, di tutto ciò che il lavoratore potrebbe saper fare, delle competenze e delle potenzialità che svilupperebbe se fosse adibito a mansioni anche molto diverse. Cadrebbe dunque il riferimento ad una figura professionale, seppur in grado di svolgere diversi ordini di mansioni, unitaria, costruita sulle competenze acquisite con lo svolgimento dei compiti assegnati, e sorgerebbe invece un'ampia nozione di capacità professionale potenziale, che il lavoratore possiede in virtù della sua preparazione di base, della sua formazione culturale, della sua conoscenza tecnica⁸².

Parrebbe quasi di scorgere una reviviscenza della nozione, contenuta nel testo previgente dell'art. 2103 c.c., di "posizione sostanziale del lavoratore", in cui il riferimento, più che alle mansioni concretamente svolte, si attestava sulle attitudini e sulle capacità del dipendente, sulla sua funzione interna all'impresa, in un senso ben più ampio rispetto a quello di posizione nell'impresa proprio della scienza organizzativa⁸³. In altre parole, immaginando di dimensionare l'oggetto del contratto di lavoro in termini di "profondità" ed "estensione", dove con la prima si intende il grado di specificità circoscritta della mansione e con la seconda invece l'ampiezza superficiale della stessa, si potrebbe dire con buona approssimazione che il modello di produzione taylor-fordista assegna ai propri lavoratori compiti molto profondi e poco estesi (al limite uno solo), mentre l'impresa *lean* tende a diversificare il contenuto dell'obbligazione, "assottigliandone" la profondità e "stirandone" l'estensione⁸⁴. In questo modo, la stessa definizione di "mansione" potrebbe apparire tanto dilatata da risultare superata perché inutile e non più rappresentativa dello stato delle cose: al suo posto,

⁸¹ D. GAROFALO, 2004, 344 ss; PISANI, 1988, 9

⁸² GALANTINO, 1985, 335 s.; BIANCHI D'URSO, 1987, 126; GUARRIELLO, 2000, 285

⁸³ Cfr. GIUGNI, 1963, 327 s. Di passaggio "dalla mansione alla funzione" nei nuovi modelli di organizzazione post-taylorista parla esplicitamente CARABELLI, 2003, 72

⁸⁴ CARABELLI, 2003, 75

sembra appunto che l'impresa snella sia più interessata a quella che può essere la funzione del lavoratore, il suo saper fare, la sua competenza, con il “progressivo superamento di quello [del modello] taylorista della separazione tra funzioni e mansioni, fra ruoli di comando e ruoli esecutivi”⁸⁵.

Insieme al concetto di “funzione”, e quasi contrapposto alla mansione, emerge così progressivamente la più ampia nozione del “ruolo”, dotato di una connotazione più globale e qualitativa, che tiene conto della polivalenza che la mansione può assumere nel mutato quadro dell'innovazione tecnologica. Con il concetto di ruolo ci si riferisce all'apporto professionale complessivo che il lavoratore può fornire all'impresa con il suo essere, il suo bagaglio di competenze, la sua capacità di gestire informazioni e processi, con una particolare attenzione ai “momenti funzionali e relazionali del compito lavorativo”⁸⁶.

Appare più che ovvio, infine, che l'ampliamento e la liquidità della mansione portano con sé anche l'effetto, tutt'altro che irrilevante, di ridurre l'ambito di ciò che viene definito esercizio dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro, poiché, come detto *supra* (§ 2.1.1), tale viene definito soltanto il mutamento che alteri significativamente il complesso dei compiti attribuiti al lavoratore al momento dell'assunzione, mentre la semplice scelta, da parte del datore di lavoro, delle attività, tra quelle oggetto del contratto, che il lavoratore deve svolgere in concreto, costituisce mero esercizio del potere direttivo da parte dell'imprenditore. Come più volte sottolineato, se il mutamento delle mansioni deve essere sottoposto al vaglio del giudizio di equivalenza in senso stretto, l'esercizio del potere direttivo non è vincolato ad una simile valutazione, con il risultato che l'ampliamento della mansione moltiplicherà i casi in cui l'assegnazione di compiti, anche vari e diversi tra loro, al medesimo lavoratore, sarà qualificata come esercizio del potere direttivo e non come mutamento di mansioni, e sfuggirà dunque in molti casi ad una efficace possibilità di controllo della sua giustificazione e legittimità⁸⁷.

2.2.2. La professionalità del lavoratore tra competenze soggettive e bagaglio formativo.

Come fin dal principio ricordato ed evidenziato, la disciplina delle mansioni e delle conseguenti qualifiche dei lavoratori ha uno scopo primario ben preciso: tutelare la loro professionalità

⁸⁵ PEDRAZZOLI, 1998, 55

⁸⁶ PISANI, 1988, 1; FERLUGA, 2012, 20

⁸⁷ Cfr. GARILLI-BELLAVISTA, 1990, 168 s.

dall'indebito detrimento causato da un indiscriminato potere del datore di lavoro di muovere il dipendente all'interno dell'organizzazione d'impresa⁸⁸.

Tuttavia, il passaggio dal paradigma di impresa taylor-fordista alla produzione snella ha inciso anche sulla nozione di professionalità del lavoratore. Come noto, uno dei tratti fondamentali della produzione fordista era la “produzione di massa”, ovvero la creazione di grandi quantitativi di prodotti tutti perfettamente identici tra loro, da mettere a disposizione del più vasto pubblico possibile⁸⁹. Era chiaro, dunque, che questo tipo di impresa tendeva a valorizzare, anche nell'organizzazione del lavoro, la quantità più che la qualità della prestazione. Questo non significa affatto che l'impresa ford-taylorista non avesse interesse per la qualità professionale del lavoratore⁹⁰, tuttavia si può dire che la professionalità promossa e tutelata dall'impresa era quella, di tipo oggettivo e quantitativo, acquisita aumentando la perizia e l'efficienza nel rapido e corretto svolgimento delle mansioni e seguendo con precisione le istruzioni ricevute. La professionalità del lavoratore si presentava dunque come uno specifico “saper fare”, concentrato su una mansione parcellizzata e via via meglio assorbita dall'abilità tecnica del dipendente⁹¹.

La nuova professionalità promossa e tutelata nell'impresa *lean* è, al contrario, quella che sa gestire la multiforme dinamicità dell'organizzazione snella. L'impresa post-fordista è globale, despazializzata, non mira ad eliminare il caos ma a gestirlo con razionalità, incontra sempre nuovi problemi e necessita di sempre nuove relazioni e comunicazioni per risolverli e garantire la propria sopravvivenza⁹².

Si è parlato, a questo proposito, di *knowledge workers*⁹³, lavoratori della conoscenza, e di professionalità *competence oriented*, volta a sviluppare una competenza generale di gestione (*management*) di situazioni nuove e problemi non suscettibili di essere previsti e quindi elaborati a

⁸⁸ FERRANTE, 2004, 65 s. afferma, corrispettivamente, che il ruolo della professionalità è esattamente quello di impedire una piena fungibilità dei lavoratori e di elevare il concetto di prestazione nell'impresa, in modo che non coincida con la mera messa a disposizione delle energie psico-fisiche dei dipendenti.

⁸⁹ Per un singolare approfondimento dell'intento filantropico sotteso all'implementazione di questi sistemi produttivi da parte di Henry Ford cfr. WOMACK – JONES – ROOS, 1990, 43 s.

⁹⁰ Illuminanti sono, al contrario, alcune pagine dell'opera di Taylor, dedicate alla descrizione dell'arduo compito di reperire e formare “lavoratori di prim'ordine”, “perché il lavoro da eseguire era tale che soltanto un uomo di prim'ordine era in grado di farlo” e coloro che riuscivano ad adattarsi ai nuovi ritmi e modi di lavoro “erano naturalmente contenti”, trovandosi “di fronte ad una nuova situazione semplicissima e lineare: 'Sono un lavoratore di prim'ordine o no?' Ognuno era convinto che, per essere un lavoratore di prim'ordine, doveva eseguire nel miglior modo possibile tutto quello che aveva da fare; in cambio voleva essere retribuito il 60% in più di quanto era stato pagato nel passato.” TAYLOR, 1903, 35 s.

⁹¹ D. GAROFALO, 2004, 346 s.

⁹² GUARRIELLO, 2000, 4 ss.

⁹³ Cfr. PEDRAZZOLI, 1998, 57, che acutamente nota come la definizione di questi *knowledge workers*, così come emersa dal passaggio storico da un vecchio ad un nuovo paradigma di organizzazione della produzione e del lavoro, risponda molto più alle caratteristiche tradizionalmente proprie del lavoro autonomo che a quelle associate al lavoro dipendente, e presenti vistose incongruenze con il modulo tipico della subordinazione.

priori, mediante istruzioni di massima e controlli sulla loro corretta esecuzione. In linea di principio, l'impresa non cerca più un lavoratore che sappia svolgere questa o quella mansione specifica, e nemmeno ha interesse ad individuare con precisione un'area professionale di riferimento: le principali attitudini richieste al lavoratore prendono ora il nome di *problem solving*, ovvero capacità di trovare rapide ed efficienti soluzioni ai problemi che possono di volta in volta presentarsi, e di *information managing*, gestione delle informazioni e dei dati, vere materie prime dell'impresa snella⁹⁴. La professionalità privilegiata non può più identificarsi con un "saper fare", ma è "ad esempio, la capacità di assumere, cercare, trasmettere e utilizzare informazioni; l'impegno nel proprio lavoro e la verifica dei risultati; il grado di autonomia decisionale e le capacità relazionali; le conoscenze, la disponibilità alla loro trasmissione e all'aggiornamento; la polivalenza/polifunzionalità in condizioni di sicurezza"⁹⁵.

La mansione diventa ruolo, più che cornice della prestazione esigibile, ormai vera descrizione di ciò che il lavoratore è e quindi potrebbe saper gestire e risolvere in un contesto in continua trasformazione: la professionalità diventa non solo dinamica, ma anche soggettiva, attiene al patrimonio del singolo lavoratore, alla sua formazione passata, alle sue esperienze anche esterne all'impresa, a quanto lui già possiede e potrà verosimilmente mettere al servizio dell'organizzazione datoriale⁹⁶.

A fronte di significati così diversi della professionalità, anche le tecniche di tutela di essa appaiono mutevoli nel tempo. Nel tradizionale contesto taylor-fordista, come visto, la tutela della professionalità appare di tipo statico e "difensivo", volta a garantire la conservazione delle abilità specifiche del lavoratore. L'intera architettura dell'art. 2103 c.c., tanto più dopo la riforma del 1970, delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, nonché delle soluzioni adottate dall'autonomia collettiva, aveva lo scopo di lasciare perfettamente intatta la professionalità acquisita ed utilizzata dal lavoratore, perché non venisse indebitamente lesa da abusi del datore di lavoro nell'esercizio dei propri poteri organizzativi⁹⁷. La professionalità, attraverso un chiaro ancoraggio alle mansioni svolte e alla posizione ricoperta nell'impresa, era dotata di una sua materialità e concretezza, e dunque ben poteva essere difesa come un bene su cui il lavoratore vantasse un diritto paraproprietario⁹⁸. Nell'impresa snella, invece, muta addirittura il termine lessicale di riferimento: più che di professionalità, si preferisce parlare di competenze, il "sapere come fare" che potrà essere

⁹⁴ Cfr. PELLACANI, 1995, 118 s.

⁹⁵ MAGNANI, 2004, 175

⁹⁶ GALANTINO, 1985, 327 s.; CARABELLI, 2003, 70

⁹⁷ SCARPELLI, 1997, 276 s.; PELLACANI, 1995, 118 ss.

⁹⁸ Cfr. F. CARINCI, 1985, 227 s.; GRANDI, 1986, 259, che riporta, in senso critico, le teorie della c.d. *ownership of the job*

utilizzato in varie occasioni e vari contesti, senza essere ancorato alla specifica abilità nello svolgimento di un compito⁹⁹.

La tutela statica predisposta dall'art. 2103 c.c., con il rigido ancoraggio al principio di equivalenza, rischia dunque di divenire inadatta ad una professionalità che, più che di protezione, appare bisognosa di promozione. Lo stesso concetto di equivalenza non solo, come detto *supra*, rischia di perdere il proprio ancoraggio concreto, in quanto mansioni ampie e liquide sono sempre più difficili da paragonare l'una all'altra in termini di superiorità/inferiorità/parità, ma presenta anche il pericolo di non valutare debitamente quelli che sono gli elementi che, nell'impresa snella, realmente distinguono l'una dall'altra le posizioni del lavoratore nell'impresa¹⁰⁰; questi elementi dovrebbero sostituire ad un apprezzamento quantitativo della prestazione di lavoro uno marcatamente qualitativo, che, appunto, valutasse le competenze del lavoratore, tenesse conto della sua attitudine all'utilizzo delle proprie capacità in modo versatile e anche della sua abilità di sviluppare ulteriormente il proprio bagaglio professionale-culturale¹⁰¹.

Tuttavia, il problema della definizione e della difesa della professionalità va di pari passo con il nodo della sua valutazione: l'operato del lavoratore, infatti, non può più essere misurato in modo esatto, con un mero giudizio "quantitativo" sull'obiettivo finale della prestazione, che può essere semplicemente raggiunto o non raggiunto¹⁰², perché la stessa valutazione della prestazione del dipendente diventa infatti valutazione delle sue competenze e del modo in cui questi sa dispiegarle; il lavoratore flessibile partecipa direttamente dell'organizzazione dell'impresa in cui è inserito, le direttive provenienti dal datore di lavoro e dai gradi superiori della gerarchia aziendale sono via via meno pregnanti e tendono a costituire una cornice all'interno della quale il lavoratore deve gestirsi e operare per obiettivi, scegliendo con un buon margine di libertà le strade da seguire¹⁰³.

⁹⁹ FERLUGA, 2012, 88 s. Questo "sapere come fare", tuttavia, non deve essere inteso in senso teorico-astratto, contrapposto al "saper fare" concreto dell'impresa fordista: al lavoratore viene infatti richiesto di possedere un bagaglio di competenze teorico-culturali, nonché, congiuntamente, la capacità di saperle usare e dispiegare nel caso concreto, traducendole in attitudini materiali alla risoluzione dei problemi e alla gestione dei processi interni all'impresa.

¹⁰⁰ BIANCHI D'URSO, 1987, 128 s., che nota come, nel nuovo modello di impresa, posizioni inferiori dal punto di vista del livello di inquadramento ben potrebbero corrispondere ad una maggiore centralità ed importanza del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa, e viceversa.

¹⁰¹ SCARPELLI, 1997, 277 ss. Tuttavia, già LISO, 1982, 183, afferma che nel giudizio di equivalenza possono e devono rientrare anche considerazioni relative alla "concatenazione" delle mansioni, precedenti e successive, dal punto di vista della posizione reale ricoperta all'interno dell'impresa. Così, anche a prescindere dall'inquadramento e dal contenuto delle mansioni, non potrebbero considerarsi inferiori quelle che si presentino come sviluppo delle altre precedentemente svolte, dal punto di vista della creazione di nuovi tipi di professionalità maggiormente aderenti all'assetto tecnologico-organizzativo dell'impresa.

¹⁰² Cfr. il sistema di valutazione della produzione di ciascun operaio, e dunque il fondamento del giudizio sull'operato e sulla professionalità di questi, progettato da TAYLOR, 1903, 33: "Al mattino ogni lavoratore riceveva un talloncino di carta che lo informava in dettaglio sull'esatta quantità di lavoro eseguita il giorno prima e sull'importo di guadagno" [...] "dovunque era possibile, ciascun operaio misurava da sé la sua produzione."

¹⁰³ VISCOMI, 1997a, 221 ss.; PELLACANI, 1995, 119 s.

La valutazione della prestazione del lavoratore, nel nuovo contesto post-tayloristico, tiene conto dell'effettiva adattabilità dello stesso alle mutevoli esigenze dell'impresa, della sua abilità nel trovare di volta in volta le *best practices* del caso, della qualità della sua risposta alla richiesta di “un impegno di cooperazione ed una continua disponibilità a rispondere adeguatamente agli stimoli esterni ed alle variabili esigenze dell'organizzazione”¹⁰⁴. Un tale tipo di valutazione non può dunque prescindere da quella del capitale formativo del lavoratore stesso, costruito dall'impresa a partire dal patrimonio personale del singolo. Emerge qui una frizione non indifferente nel sistema: se è vero che le mansioni del lavoratore nella nuova organizzazione post-taylorista sono sempre più caratterizzate dalla centralità dell'elemento cognitivo, ma al contempo fluide e mutevoli, significa che il lavoratore deve essere continuamente fornito di un solido apparato conoscitivo per gestire i nuovi problemi, il quale però, sottoposto a rapida obsolescenza, rischia di diventare superato, inutile ed inservibile con una rapidità sconcertante¹⁰⁵.

2.3. La crisi del sistema tradizionale di determinazione delle mansioni e di tutela della professionalità.

L'idea di mansione, così come tradizionalmente intesa, apparirebbe dunque ormai obsoleta, e, d'altra parte, la professionalità non può più considerarsi la perizia tecnica, specifica e specializzata, con cui il lavoratore la compie; così, anche il problema della classificazione dei lavoratori, disancorandosi dalla mansione, deve necessariamente legarsi alla nuova idea di ruolo, di competenza, di capacità dinamica e soggettiva di risolvere i problemi dell'impresa, di gestire relazioni e informazioni¹⁰⁶.

La nuova organizzazione del lavoro pare infatti molto lontana dai sistemi di definizione delle mansioni, e quindi di qualifica e inquadramento, tradizionali. Se Taylor, all'inizio del Novecento, aveva cercato di parcellizzare il più possibile i compiti degli operai, arrivando a definire una mansione che altro non era se non la scomposizione in compiti elementari delle funzionalità necessarie all'organizzazione dell'impresa¹⁰⁷, l'avvento del post-fordismo ha ricomposto la

¹⁰⁴ VISCOMI, 1997b, 154

¹⁰⁵ GALANTINO, 1985, 341 s. che paventa una nuova forma di alienazione del lavoratore, quella dall'eccessiva complessità e rapidità di miriadi di processi informativi in continuo mutamento e trasformazione; D. GAROFALO, 2004, 349 ss.; GUARRIELLO, 2000, 68 ss.; 282 s.

¹⁰⁶ GUARRIELLO, 2000, 1 ss.; MAGNANI, 2004, 176; GARILLI-BELLAVISTA, 1990, 170 s.

¹⁰⁷ Cfr. TAYLOR, 1903, in particolare 78 ss., 89: “ogni operaio deve abbandonare i suoi metodi personali di lavoro per adattarsi a molti schemi nuovi e abituarsi a ricevere ed applicare le istruzioni riguardanti i dettagli, grandi e piccoli, che in passato erano lasciati al suo criterio individuale”; 133: “[l'operaio] munito di una scheda di istruzioni chiaramente compilata [...] che prescriva: 'dovete impiegare il tale utensile ed il talaltro, mettere la cinghia sul tale gradino della puleggia ed adottare sulla macchina questo avanzamento: così facendo eseguirete il lavoro in questo tempo'.”

prestazione di lavoro, mirando alla formazione di un dipendente polivalente e versatile, capace di estendere la propria opera ben al di là dello svolgimento di un singolo compito o di pochi compiti predefiniti; la necessità di integrazione tra i vari processi di cui vive l'impresa postula anche una necessaria permeabilità delle differenti aree professionali attive al suo interno, che devono interagire e collegarsi per raggiungere la massima efficienza nella gestione di flussi e informazioni¹⁰⁸.

All'interno della produzione snella, molti elementi oggettivi che prima fondavano la distinzione tra una mansione ed un'altra sono venuti a mancare, nel senso che hanno perso di quella centralità che conferiva loro un'effettiva capacità qualificatoria. Mansioni prima rigidamente distinte possono invece fondersi, perché la funzione del lavoratore all'interno dell'impresa non può più limitarsi ad un numero limitato di esse e deve invece estendersi su un ampio spettro di possibilità. D'altra parte, al lavoratore può essere richiesto di ruotare su più mansioni differenti, anche appartenenti a livelli di inquadramento diversi, perché è solo dall'integrazione dello svolgimento di questi diversi compiti che verranno restituite la complessità e la completezza della funzione del dipendente nell'impresa¹⁰⁹.

Per quanto riguarda poi lo stesso inquadramento legale, quello restituito dal sistema degli artt. 2095 e 2086 c.c.¹¹⁰, l'organizzazione post-fordista tende ad appiattirsi e a far perdere di significato buona parte delle tradizionali distinzioni: così, la categoria dei "dirigenti" non sembra più perfettamente coincidente con la nozione organizzativa del *manager*, che si distingue più per il grado di autonomia di cui goda nella gestione dei processi affidatigli dall'impresa che per la sua effettiva posizione in una gerarchia aziendale sempre più orizzontale¹¹¹. E, d'altra parte, il grado di responsabilizzazione e di partecipazione dei lavoratori alle sorti dell'impresa tende generalmente ad aumentare, con un loro coinvolgimento personale e mutevole a seconda delle situazioni, sempre più lontano dalla struttura piramidale dell'organizzazione fordista¹¹².

L'inadeguatezza e l'eccessiva staticità del sistema di inquadramento dei lavoratori non sono una constatazione recente¹¹³, tuttavia fenomeni come quelli appena descritti, uniti al continuo emergere, trasformarsi e scomparire di figure professionali sempre più lontane dagli schemi dei decenni

¹⁰⁸ Cfr. GARILLI-BELLAVISTA, 1990, 169; FERLUGA, 2012, 13 ss.

¹⁰⁹ Cfr. SCARPELLI, 1997, 285 ss., laddove vengono anche presentati riferimenti ai primi contratti collettivi che, rendendosi conto delle forti pressioni a cui i nuovi modelli organizzativi e produttivi sottoponevano i tradizionali sistemi di inquadramento professionale, hanno ridotto i livelli creando qualifiche dalle maglie più larghe e dalle declaratorie più ampie.

¹¹⁰ Per il quale si rimanda, tra tutti, a GIUGNI, 1963, 24 ss.; MENGONI, 1987, 47 ss.

¹¹¹ GALANTINO, 1985, 329; PELLACANI, 1995, 122 ss.

¹¹² MAGNANI, 2004, 168

¹¹³ Cfr. CARINCI, 1985, 226 s.; GRANDI, 1986, 259

passati sembrano ormai aver decretato l'obsolescenza delle classificazioni tradizionali¹¹⁴. Poiché tuttavia non si può prescindere da una qualche forma di inquadramento dei lavoratori, anche al livello minimo di “caratteristiche o descrizione sommaria del lavoro”¹¹⁵, la soluzione migliore è parsa quella di “flessibilizzare” anche la classificazione stessa, richiamando una nozione concreta ed adattabile di inquadramento del nuovo lavoratore, dinamico e polivalente.

Già in base alla dottrina consolidata, del resto, l'inquadramento legale, e in una certa misura anche quello opera della contrattazione collettiva, avrebbero avuto una funzione più descrittiva che prescrittiva, essendo volti a fotografare la situazione dell'impresa nel momento storico considerato più che ad introdurre un tipo di classificazione predeterminato dall'esterno¹¹⁶. Dunque, se l'inquadramento del lavoratore dipende dalla realtà concreta e contingente in cui quella classificazione viene compiuta, il dato storico che ci viene restituito dal momento presente è appunto quello di un'impresa snella e flessibile, in cui la mansione è diventata una funzione e il lavoratore polivalente adempie al suo compito con “un insieme di atti comunicativi e di conseguenza relazionali”¹¹⁷.

I pericoli di questa totale flessibilizzazione dell'intera architettura delle mansioni, che non ha risparmiato gli aspetti della professionalità, della valutazione della prestazione e dell'inquadramento non sono pochi. Probabilmente, l'ottimismo con cui è stato salutato l'avvento della nuova società dell'informazione, la nascita di un lavoratore autonomo e responsabilizzato, partecipe dell'organizzazione dell'impresa e padrone dei processi su cui avrebbe acquistato sempre maggior controllo, è stato eccessivo¹¹⁸.

Alcune voci della dottrina hanno addirittura affermato che l'avvento della nuova flessibilità e la permeabilizzazione dei confini tra una mansione e un'altra, la cui identificazione appare sempre più svalutata nel moderno contesto post-taylorista, avrebbero creato una serie di contratti di lavoro gravati da nullità *ex art. 1346 c.c.* per indeterminabilità del loro oggetto. Il passaggio dalla nozione di professionalità a quella di competenze, infatti, vorrebbe far entrare nella prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio la gestione non solo di tutte le situazioni prevedibili come attinenti al ruolo

¹¹⁴ PISANI, 1988, 2

¹¹⁵ Così, come nota CARABELLI, 2003, 73, si esprime in modo “minimalista” il d. lgs. 152/1997 in materia di obblighi di comunicazione del datore di lavoro al lavoratore a seguito dell'assunzione.

¹¹⁶ Cfr. GRANDI, 1986, 255, che parla del “forte grado di convenzionalità storica che sorregge questo modello organizzativo”, descrivendo in sostanza una struttura statica, articolata su livelli di competenza rigidamente distinti tra loro sulla base della concreta e immutabile rilevanza delle mansioni svolte dai lavoratori inquadrati in ciascuno di essi.

¹¹⁷ MARAZZI, 1997, 43

¹¹⁸ Cfr. BALLESTRERO, 1987, 289 ss.; CARUSO, 2005, 201, che parla della flessibilità come di una sorta di “formula magica”; PERULLI, 2002, 403, afferma che la decantata modernizzazione del lavoro, invece di condurre a positivi processi di individualizzazione e adattamento alla persona, rischia di portare a precarizzazione ed impoverimento della prestazione stessa.

ricoperto nell'impresa, ma anche, e soprattutto, di quelle imprevedibili. Questa enorme dilatazione dell'ambito dell'obbligazione (e dunque anche dell'obbligo di diligenza), accompagnata dall'allargamento delle maglie qualificatorie dei contratti collettivi, porterebbe l'oggetto del contratto di lavoro ad una tale estensione e generalità da risultare indeterminato e anche indeterminabile, dato che le parti non hanno possibilità (e forse nemmeno interesse) a dettagliare le caratteristiche di un'attitudine al lavoro che si vuole versatile e polifunzionale¹¹⁹. Nel passato tale impostazione, pur presente in dottrina e giurisprudenza, era già stata confutata, con la considerazione che l'oggetto del contratto di lavoro, ovvero la prestazione specificata nelle mansioni di esecuzione, era sicuramente già determinata (e non meramente determinabile) nel contratto, che doveva però essere interpretato secondo la volontà delle parti, e dunque con il necessario riferimento da una parte a modelli sociali di lavoratore "tipico" già esistenti nella realtà, dall'altra ai comportamenti di debitore e creditore, con particolare riguardo all'opera di conformazione compiuta dal datore di lavoro¹²⁰. Tuttavia nel contesto attuale i parametri presentati dalla dottrina tradizionale, ovvero il riferimento a figure idealtipiche di posizione professionale, alla funzione nell'impresa e all'inquadramento contenuto nei contratti collettivi, appaiono, come poco sopra tratteggiato, ancoraggi sempre meno solidi per limitare entro una sicura cornice di riferimento il potere di conformazione del datore di lavoro.

Per quanto riguarda l'inquadramento, infatti, si assiste ad una tendenza, seppur non rapida, alla riduzione dei livelli contrattuali; le mansioni vengono accorpate per restituire l'idea della funzione, più che dei compiti specifici, che il lavoratore svolge all'interno dell'impresa; la classificazione allarga le sue maglie, le declaratorie diventano necessariamente generiche e radunano al proprio interno mansioni e figure professionali molto diverse tra loro, anche a livello di contenuto della prestazione¹²¹. A questo punto, ammettendo che il potere di specificazione del datore di lavoro, che al momento dell'assunzione e in concomitanza con la dichiarazione di volontà delle parti individua concretamente e rende esigibili le prestazioni che dovranno essere svolte dal prestatore per adempiere all'obbligazione di lavorare, abbia come limite proprio l'inquadramento contrattuale e l'ambito tipico-empirico delle mansioni, l'uno e l'altro individuati dal contratto di lavoro¹²², il

¹¹⁹ Cfr. GUARRIELLO, 2000, 240 s.; SCARPELLI, 1997, 268

¹²⁰ GIUGNI, 1963, 103 ss., che evidenzia la profonda differenza nell'interpretazione della volontà delle parti a seconda che l'oggetto del contratto sia determinato oppure indeterminato ma determinabile.

¹²¹ GUARRIELLO, 2002, 283 s.; FERLUGA, 2012, 31 ss., che però nota come queste tendenze siano proprie soltanto di alcuni e non di tutti i contratti collettivi. Molti restano infatti ancorati ai sistemi di inquadramento tradizionali e, di rinnovo in rinnovo, non mutano sostanzialmente la struttura dei livelli, delle qualifiche, delle declaratorie e delle descrizioni delle mansioni. SCARPELLI, 1997, 271 ss., ugualmente evidenzia la cautela e il sospetto con cui le parti sociali hanno affrontato il tema della obsolescenza dei tradizionali sistemi contrattuali di inquadramento e qualifica.

¹²² Cfr. R. PESSI, 1989, 53 s., che accoglie e sviluppa le riflessioni di Giugni sopra riportate.

quadro restituito dai nuovi modelli flessibili di produzione e organizzazione dell'impresa non è più così chiaro. Né le figure professionali, identificate come poli di competenze ampie e orientate alla massima versatilità, né le mansioni, progressivamente erose dal predominante concetto di funzione, né l'inquadramento contrattuale, allargato e assottigliato di pari passo con la gerarchia dell'impresa, paiono degli argini sufficientemente forti per contenere un esercizio dilatato del potere di conformazione del datore di lavoro. Sembra dunque che, in un contesto produttivo di rinnovata fluidità, l'unico strumento realmente in grado di definire "cosa il lavoratore debba fare, quando e come" sia il potere direttivo del datore di lavoro, "volto personificato" delle esigenze dell'organizzazione stessa: un potere direttivo che peraltro, dovendo esercitarsi, per sua stessa definizione, sull'interesse dei compiti svolti dal lavoratore, aumenterà di estensione di pari passo con la dilatazione delle funzioni del nuovo dipendente flessibile¹²³.

In altre parole, se da una parte il lavoratore post-taylorista dovrebbe godere di un'ampia e inedita dose di autonomia, dovrebbe essere responsabilizzato alla gestione personale dei processi in cui è coinvolto e dovrebbe essere semplicemente "coordinato" al raggiungimento dell'obiettivo, dall'altra emerge il rischio di una variazione soltanto qualitativa e non quantitativa del controllo cui il dipendente è sottoposto nell'impresa¹²⁴: del resto, un lavoratore sgravato, almeno in senso parziale, del peso del potere direttivo dell'imprenditore, sarà necessariamente sottoposto a controlli maggiori e più penetranti sul corretto raggiungimento degli obiettivi dell'organizzazione, che anch'egli è chiamato a condividere, e proprio l'ampiezza e la versatilità dei compiti svolti estenderanno anche l'area di questi controlli¹²⁵.

I controlli stessi, peraltro, come detto *supra* (§ 2.2.2), devono necessariamente ancorarsi a parametri di valutazione diversi rispetto a quelli, rigidamente quantitativi ed empiricamente riscontrabili nella materialità dello svolgimento del compito prescritto, utilizzati nel precedente contesto organizzativo-produttivo: il rischio è che la liquidità delle mansioni e del ruolo si estenda anche ai criteri di valutazione, e che questi finiscano nel totale arbitrio del datore di lavoro, inteso come vertice dell'organizzazione snella¹²⁶. La mansione dilatata e trasformata in funzione è infatti una

¹²³ CARABELLI, 2003, 77; cfr. però FERRANTE, 2004, 84 ss., il quale afferma che i poteri del datore di lavoro sono in realtà anche obblighi di tutela, poiché l'imprenditore ha il dovere di farne uso in modo lecito al fine di proteggere la persona del lavoratore.

¹²⁴ PELLACANI, 1995, 121, il quale parla di un potere "mascherato" dietro l'idea di un più ampio e profondo coinvolgimento del dipendente nell'impresa, e per questo in realtà più pervasivo; GAETA-TESAURO, 1993, 214

¹²⁵ GAETA, 1997, 107 s., che vede in realtà un aumento della quota "sociologica" di subordinazione, in quanto, a fronte di una maggiore autonomia nella gestione dei compiti assegnati, si accresce anche l'obbligo di conformarsi pienamente alle strategie aziendali, e diventa più pervasivo il controllo sul rispetto di questo dovere. FABRIS, 1985, 351 s. rileva un aggravamento dell'alienazione del lavoratore che, costretto in un'organizzazione complessa e frammentata, vede allontanarsi sempre di più il risultato, lo scopo ultimo dell'attività.

¹²⁶ FERLUGA, 2012, 91

nozione ampia che implica lo svolgimento, da parte del lavoratore, di una serie di prestazioni ulteriori¹²⁷: innanzitutto, infatti, la mansione liquida che lega il lavoratore alla gestione di processi più che all'esecuzione di compiti implica una scelta discrezionale, da parte del lavoratore stesso, dei percorsi più efficaci da seguire; inoltre, lo svolgimento di funzioni ampie e articolate fa sì che il lavoratore debba trovare da sé il modo di dettagliare le fasi dei compiti concreti da eseguire, che restano, a livello di accordo delle parti e di inquadramento professionale, in larga misura impliciti¹²⁸.

Il concetto stesso di diligenza come parametro per la valutazione della corretta esecuzione della prestazione lavorativa rischia di divenire sfumato e difficilmente afferrabile, proprio come le nozioni di mansioni e prestazione a cui dovrebbe ancorarsi. Secondo autorevole e consolidata dottrina, infatti, la diligenza “è un criterio per individuare il *come* e solo entro questo limite il *quanto* della prestazione, non è certo un criterio per individuare *cosa* debba essere prestato e cioè l'oggetto dell'obbligazione di lavorare”¹²⁹; tuttavia, a fronte di una mansione così liquida da essere difficilmente definibile nel quanto e nel come, il rischio è che l'obbligo di diligenza del lavoratore venga dilatato proprio sulla base del “cosa” questi debba fare per adempiere correttamente all'obbligazione. Non bisogna infatti dimenticare i due criteri imposti dall'art. 2104 c.c. per misurare la diligenza del lavoratore, la natura della prestazione e l'interesse dell'impresa¹³⁰; entrambi i parametri paiono profondamente mutati nel contesto della produzione post-fordista: la prestazione, come più volte detto, per la liquidità e l'ampiezza acquistata, mentre l'interesse dell'impresa per il tipo di lavoratore, di competenze, di utilità che essa richiede nel nuovo quadro organizzativo.

Il concetto di diligenza intesa come perizia ed abilità tecniche richieste al lavoratore nell'impresa fordista ben si adattava alla mansione parcellizzata, alla domanda, da parte dell'impresa, di corretto svolgimento del proprio compito per integrarlo con le esecuzioni a regola d'arte di tutti gli altri membri dell'organizzazione; la nuova forma di diligenza-professionalità è invece il parametro usato per misurare l'adempimento di obbligazioni in buona sostanza generiche, difficili da dettagliare a

¹²⁷ Cfr., a livello generale, le opinioni di GRANDI, 1986, 260, circa gli obblighi accessori rientranti nella mansione assegnata.

¹²⁸ VISCOMI, 1997a, 226 ss.

¹²⁹ PERSIANI, 1966, 213; GIUGNI, 1963, 111 s., afferma l'impossibilità di dilatare la mansione sulla base dell'obbligo di diligenza. In altre parole, non si potranno imporre obblighi ulteriori, accessori o impliciti, al lavoratore, sulla base del fatto che essi sono necessari ad eseguire “a regola d'arte” la prestazione principale individuata dalle mansioni concordate e svolte. *Contra* però MENGONI, 1954 (2011), 166 ss., il quale riporta i casi in cui il legislatore attribuisce al criterio della diligenza una funzione non solo di controllo del corretto adempimento, ma anche di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione stessa.

¹³⁰ Cfr. SCARTOZZI, 1995, 181, anche per la consolidata opinione per cui, dopo la caduta dell'ordinamento corporativo, si considera abrogato il riferimento al criterio dell'interesse superiore della produzione nazionale.

priori, in cui il lavoratore si obbliga a mettersi a disposizione dell'impresa per risolvere i problemi e gestire i dati, le informazioni, i processi che di volta in volta gli saranno assegnati¹³¹. Questo concetto di diligenza non può dunque trascurare di misurarsi anche con le nuove nozioni che caratterizzano la “buona prestazione” voluta dall'impresa e richiesta al lavoratore: l'atteggiamento cooperativo, il controllo sull'intera catena di funzioni collegate e orientate al risultato, l'attitudine a individuare i problemi e risolverli tempestivamente, il controllo sulla propria prestazione lavorativa, l'autonomia e la responsabilità nel suo svolgimento¹³².

Come si vede, emerge prepotentemente il necessario ruolo dell'organizzazione stessa, che, proprio perché rinata, in versione snella, con il fine di gestire l'incertezza e di usarla a proprio favore, si appropria della liquidità dei concetti sopra riportati con ampio margine di autonomia e autoreferenzialità. Quanto alla mansione, il continuo “stirare” i compiti del lavoratore, con estensione smisurata e profondità nulla, rischia di creare la figura del “tuttofare”, talmente dinamico e adattabile da risultare pienamente fungibile¹³³, pronto a svolgere, all'interno dell'impresa, qualunque nuovo compito assegnato, a seconda dei momenti e delle situazioni, dal datore di lavoro, voce umanizzata dell'impresa *lean*¹³⁴.

La generale fluidità delle mansioni e della professionalità nell'impresa post-fordista rischia di portare proprio quel nuovo lavoratore flessibile che ha ripreso centralità nell'organizzazione nel suo complesso, mediante la partecipazione, il coinvolgimento, la gestione di interi processi, l'attitudine generale a risolvere problemi, a perdere contemporaneamente ogni forma e possibilità di controllo sulla propria personale obbligazione collaborativa, troppo inafferrabile perché egli stesso possa averne certa previsione e definizione¹³⁵. Quella che era dunque l'accusa peggiore rivolta al sistema taylor-fordista, l'utilizzo di lavoratori che rilevavano solo come mero polo di energie fisiche al

¹³¹ Cfr. CARABELLI, 2003, 78 s., in dialogo con VISCOMI, 1997b

¹³² Cfr. VISCOMI, 1997a, 235 ss., in cui viene analizzato, sotto la lente della diligenza, il sistema produttivo toyotista-ohnista, con il riferimento esplicito ai suoi pilastri, *kaizen*, *jidoka* e *kanban*; GUARRIELLO, 2000, 243, ritiene che i mutamenti del paradigma organizzativo abbiano reso il concetto di mansioni totalmente inadatto ad individuare l'ambito di esigibilità della prestazione.

¹³³ Sull'impatto della valorizzazione del lavoro di gruppo come svalutazione delle competenze individuali e della infungibilità del singolo lavoratore cfr. GAETA, 1997, 109

¹³⁴ Del divieto di assumere un “lavoratore tuttofare” parla già GIUGNI, 1963, 106. La figura del “tuttofare” o “tappabuchi” viene individuata da BROLLO, 2011, 1104 s. in un contesto concreto, vale a dire il famoso e dibattuto contratto collettivo firmato dalla Fiat e dalle parti sociali per la riorganizzazione dello stabilimento di Pomigliano d'Arco. L'introduzione nello stabilimento di modelli di produzione snella, del sistema della Qualità Totale e dei metodi Ergo-UAS-LMS, ha infatti creato la necessità di una linea a trazione meccanizzata che non si fermi mai. Per questo motivo, ogni operaio deve essere pronto a sostituire i colleghi assenti, occupando, su ordine dell'organizzazione, qualunque postazione che si trovi scoperta. Questa totale fungibilità dei lavoratori, che possono indifferentemente essere collocati nell'una o nell'altra mansione, contraddice vistosamente la ricerca, da parte dell'impresa post-fordista, di forme di arricchimento del contenuto professionale della prestazione lavorativa.

¹³⁵ Cfr. MAGNANI, 2004, 184 s.; del pericolo della polivalenza delle mansioni parla già F. CARINCI, 1985, 228

servizio della macchina e dei ritmi dell'impresa¹³⁶, rischia di riproporsi, *mutatis mutandis*, tale e quale nel contesto *lean*: lavoratori così pronti a modificare il proprio ruolo per fronteggiare sempre nuove situazioni, da non essere in possesso di un effettivo profilo di abilità e caratteristiche personali, da non avere un corredo di attitudini definibili e da risultare difficilmente tutelati dai tradizionali sistemi di inquadramento e definizione delle mansioni che, pur statici, hanno il pregio di individuare una professionalità del lavoratore che deve necessariamente essere protetta.

In questo scenario, la soluzione maggiormente proposta è quella di una flessibilizzazione dell'organizzazione del lavoro all'interno dell'impresa che passi per il coinvolgimento delle parti sociali e il ruolo fondamentale dell'autonomia collettiva¹³⁷. Solo la contrattazione collettiva, infatti, e in particolare quella di livello aziendale, che opera direttamente sulle strutture produttive e sui moduli organizzativi della singola e specifica impresa, può efficacemente adattare l'inquadramento dei lavoratori al loro reale ruolo, alle competenze utilizzate, alle prestazioni svolte¹³⁸. Un'aderenza del profilo di inquadramento alla professionalità dispiegata e alle mansioni effettuate nel contesto dell'impresa potrebbe restituire al lavoratore, pur nella constatata liquidità del nuovo paradigma produttivo, un ancoraggio oggettivo e riscontrabile a quel nucleo irrinunciabile di saperi e di abilità che non può essere oggetto di indiscriminato utilizzo da parte dell'organizzazione, ma deve dispiegarsi nel rispetto dei principi di protezione della persona del dipendente.

3. Essenza e natura del lavoro nell'impresa flessibile: cosa accade alla subordinazione?

3.1. L'essenza del lavoro nell'impresa: teorie sulla subordinazione.

Secondo la lettera dell'art. 2094 del codice civile, norma cardine in materia di lavoro, “è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”.

Già prima della nascita di questa norma con l'entrata in vigore del Codice, la dottrina si era interrogata sulla nozione di “dipendenza”, al fine di enucleare i tratti caratteristici di una fattispecie di rapporto di lavoro diverso da quello autonomo. Le opinioni più autorevoli tendevano a far rientrare il contratto di lavoro dipendente all'interno dello schema locativo, ovvero di un contratto oneroso di scambio, che avrebbe permesso all'imprenditore di impossessarsi dell'utilità prodotta

¹³⁶ Cfr. WOMACK – JONES – ROOS, 1990, 34s.

¹³⁷ F. CARINCI, 1985, 229; GUARRIELLO, 2000, 283 s.; BORZAGA, 2007, 669 ss.; CORTI, 2008, 1179 s.

¹³⁸ Cfr. già GHERA, 1984, 396; GARILLI-BELLAVISTA, 1990, 173 ss.; GUARRIELLO, 2000, 163 ss.; da ultimo FERLUGA, 2012, 37 s.

con l'opera del lavoratore, senza però poter fruire direttamente della fonte di quella utilità, cioè la persona stessa; in questo schema contrattuale, la subordinazione si presenta come qualcosa di diverso rispetto all'obbligazione, come l'esercizio di un potere che il contratto stesso conferisce¹³⁹.

Allo schema locativo ben si associa un'altra fondamentale bipartizione proposta dalla dottrina per identificare il rapporto di lavoro subordinato rispetto a quello autonomo: la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Secondo questa elaborazione, la tradizionale dicotomia tra *locatio operis* e *locatio operarum*¹⁴⁰ si fonderebbe proprio sulla natura dell'obbligazione dedotta nel rapporto e dunque sull'incidenza del rischio di mancanza o inesattezza del risultato, che grava, a seconda dei casi, sul debitore o sul creditore. La prestazione di lavoro autonomo si caratterizzerebbe infatti per l'orientamento ad un risultato ben preciso, che costituisce l'interesse del creditore-committente; in pratica, il lavoratore si obbliga a fornire al committente un risultato specifico, un *opus* appunto, mentre non assumono rilevanza le modalità e i percorsi prescelti per raggiungerlo ed ottenerlo. Ovviamente, in questo modo il rischio resta in capo al lavoratore: se infatti questi non riesce a fornire l'*opus*, oppure lo fornisce in ritardo o comunque non lo realizza secondo le specifiche del corretto adempimento, non avrà diritto a ricevere la prestazione corrispettiva; le energie comunque spese dal lavoratore per realizzare un *opus* non conforme al contratto sono dunque del tutto irrilevanti, non verranno retribuite né valutate in se stesse in alcun modo, ma solo in quanto raggiungano il risultato pattuito.

Tutt'altra situazione è quella che si presenta nella *locatio operarum*, in cui, come dice il nome stesso, oggetto dell'utilità voluta dal creditore non è il compimento di un *opus* specifico, bensì le *operae*, la messa a disposizione delle energie psico-fisiche del lavoratore, che devono essere continuamente dispiegate per adempiere correttamente all'obbligazione. Il rapporto di lavoro subordinato si caratterizzerebbe dunque come obbligazione di mezzi, perché ciò che il datore di lavoro richiede è la mera messa a disposizione delle energie del lavoratore: non c'è un risultato preciso cui tale dispiego di energie sia preordinato, bensì l'utilità è l'utilizzo stesso di quel continuativo prestare del lavoratore. Come ben si comprende, in questo caso il rischio del mancato o inesatto raggiungimento del fine cui l'attività avrebbe dovuto condurre grava interamente sul datore di lavoro: il lavoratore è infatti adempiente in virtù della mera messa a disposizione delle

¹³⁹ Cfr. BARASSI, 1915, 24 ss. Scopo principale dell'elaborazione di Barassi era del resto la ricostruzione di un concetto di lavoro subordinato che prescindesse dalle premesse sociologiche molto in voga in quel tempo e, staccandosi dalla nozione di diritto di classe (con riferimento alla classe operaia impegnata nell'industria), utilizzasse una nozione puramente giuridica di subordinazione, inserendo istanze protettive all'interno del contratto di scambio. Cfr., per una breve ma efficace sintesi del significato "ideologico" dell'elaborazione barassiana sul punto, GHERA, 2006, 209 ss.

¹⁴⁰ In realtà, questa distinzione non affonda le proprie radici nel diritto romano, come inizialmente pensato, bensì nella ben successiva elaborazione della Pandettistica tedesca. Cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 76 ss.; GAETA - TESAURO, 1993, 5

proprie energie psicofisiche, prestate come “mezzi”, come obbligazione strumentale al raggiungimento del risultato, che resta esterno al rapporto contrattuale in parola¹⁴¹.

Questa impostazione è stata però, in più occasioni, fortemente criticata: il riferimento all’interesse del creditore, che diviene parametro dell’identificazione della prestazione subordinata, a seconda che esso sia soddisfatto immediatamente o solo strumentalmente dall’attività del lavoratore, è parso infatti inidoneo a definire il concetto di subordinazione, tanto più che, in un contratto di scambio, è necessario dare pari rilevanza ai contrapposti interessi di entrambe le parti, mentre l’indebita valorizzazione di un solo versante rischia di falsare l’opera di qualificazione del contratto stesso¹⁴².

Del resto, anche la distinzione tra risultato finale e prestazione strumentale al suo raggiungimento non è sempre agevole, in quanto criteri di interpretazione strettamente giuridica, e non empirico-sociologica, del contratto devono per forza condurre ad affermare che il risultato voluto dalla parti sia esattamente quello che posto come oggetto dell’obbligazione dedotta in contratto: un’impostazione diversa, infatti, porterebbe all’indebita individuazione di una catena potenzialmente infinita di risultati ulteriori, che la realtà ben può presentare. In altre parole, il creditore che voglia ottenere un prodotto o un risultato può rivolgersi sia ad un lavoratore a lui subordinato sia ad un prestatore d’opera autonomo; in entrambi i casi, tuttavia, ciò che egli vorrà ottenere sarà l’utilità del prodotto, e il suo interesse sarà soddisfatto da questo raggiungimento, possibile solo con l’opera diligente e orientata al risultato del debitore¹⁴³. L’orientamento teleologico del creditore è dunque criterio inidoneo a definire la subordinazione o a qualificare il rapporto, non solo perché pericolosamente indeterminato, ma anche, e soprattutto, perché esplicitato nell’oggetto stesso dell’obbligazione posta nel contratto: a questo punto, cade il riferimento ai fini realizzati in via mediata o immediata, dato che l’unico interesse rilevante è quello esplicitato nel contratto; se questo contratto, come ben può accadere, ha come oggetto lo svolgimento continuativo

¹⁴¹ Cfr. BARASSI, 1915, 31 ss. e in particolare, per tutti, l’opera cardine di questa teoria, MENGONI, 1954 (2011), 141 ss., in cui l’autore, partendo da riscontri empirici, costruisce l’intera architettura di questa impostazione su basi tecnico-giuridiche, richiamando il concetto, proprio del diritto delle obbligazioni, di corrispondenza della prestazione all’interesse del creditore che la riceve. Anche se con accezioni diverse, e con diversi significati della distinzione proposta, la teoria è stata seguita da MANCINI, 1957, 15 ss.; SUPPIEJ, 1963, 76 s. e viene tuttora ritenuta da autorevole dottrina una distinzione fondamentale per interpretare i complessi fenomeni del diritto del lavoro contemporaneo, cfr. GHERA, 1988, 634.

¹⁴² R. PESSI, 1989, 35 s., che critica in radice la distinzione tra oggetto del credito e oggetto dell’obbligazione, laddove il primo sarebbe il risultato atteso dal creditore, mentre il secondo consisterebbe nell’attività materiale che deve essere compiuta e prestata affinché il risultato si realizzi. Questa elaborazione teorica viene però accusata di operare un’eccessiva sovrapposizione tra diritti di credito e diritti reali, per cui non si capisce come mai anche i primi, al pari dei secondi, dovrebbero avere ad oggetto il conseguimento di un bene materiale.

¹⁴³ Cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 13 ss., che svaluta la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nell’ambito delle prestazioni personali di lavoro, sulla base della considerazione per cui, all’effetto, la prestazione svolta dal lavoratore subordinato e da quello autonomo resta in sostanza uguale e orientata alla realizzazione dell’assetto di interessi definito dalle parti nel contratto, senza incidere in alcun modo sulla presenza o assenza del vincolo di subordinazione.

di una prestazione e non la realizzazione in un singolo *opus*, l'interesse sotteso dovrà considerarsi soddisfatto, immediatamente e non strumentalmente, proprio dalla semplice messa a disposizione delle energie psico-fisiche del debitore¹⁴⁴.

Altra dottrina ha preso le mosse da una distinzione tra momento contrattuale e momento esecutivo del rapporto di lavoro, per cui il secondo nascerebbe dal primo¹⁴⁵ e sarebbe dotato di caratteristiche proprie e qualificanti. La subordinazione, dunque, elemento essenziale per distinguere il lavoro prestato alle dipendenze dell'impresa da quello svolto in forma autonoma, non deve necessariamente avere origine contrattuale, ma ben potrebbe radicarsi direttamente nel rapporto. Questa premessa ha portato opinioni autorevoli a definire la subordinazione come effetto essenziale del contratto di lavoro, come un qualcosa che non farebbe parte della struttura di questo, ma ne discenderebbe, in quanto effetto voluto dalle parti, riconosciuto dall'ordinamento e orientato alla realizzazione del fine stesso dell'accordo di scambio¹⁴⁶.

Esistono, d'altra parte, critiche altrettanto autorevoli a questa teoria, le quali evidenziano come un elemento qualificatorio del contratto non possa porsi all'esterno della sua struttura causale, poiché nemmeno si potrebbe parlare di effetti del contratto prima di aver risolto il problema della sua definizione. La subordinazione, inserita nella struttura causale del contratto, sarebbe dunque una caratteristica della prestazione lavorativa e in quanto tale la qualificherebbe. Le parti, infatti, non potrebbero accordarsi per svolgere-ricevere una prestazione di lavoro subordinato senza includere il vincolo stesso di subordinazione nella struttura causale dello scambio prestazione-retribuzione, a meno di non ritenere che la stessa deduzione in obbligazione di una determinata attività piuttosto che un'altra possa far automaticamente derivare l'effetto della subordinazione come modalità di svolgimento della prestazione stessa¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 15; R. PESSI, 1989, 37; 41, il quale insiste sul necessario riferimento al solo piano giuridico-contrattuale, e non invece ad uno metagiuridico, in cui “di contro, non esiste interesse umano che non possa considerarsi strumentale e secondario rispetto ad un successivo interesse finale e primario.”

¹⁴⁵ Oltre ad una generale svalutazione del momento contrattuale del rapporto di lavoro subordinato, basata sulla considerazione testuale dell'art. 2094 c.c., da una parte non inserito nel Libro delle Obbligazioni, dall'altra riferito al “prestatore di lavoro subordinato” e non al “contratto di lavoro subordinato”, non sono mancate posizioni, piuttosto isolate per la verità, che hanno negato *in toto* un fondamento contrattuale al rapporto di lavoro subordinato e all'obbligazione di lavorare. Cfr. LISO, 1982, 33 ss.; GAETA - TESAURO, 1993, 29 s.

¹⁴⁶ Cfr., per tutti, la fondamentale opera di PERSIANI, 1966, 157 ss., che, affermando comunque l'origine e la natura contrattuali del rapporto di lavoro, richiama la dottrina secondo cui il rapporto di lavoro normalmente e continuamente si arricchisce di posizioni non derivanti dal contratto. Inoltre, a sostegno della propria posizione, afferma che, laddove le parti non vogliano dare origine ad un rapporto di lavoro subordinato, e dunque vogliano gestire la prestazione dedotta in contratto senza vincolo di dipendenza, concludono un contratto che, per la loro sola volontà, non genera questo tipo di effetto.

¹⁴⁷ Cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 33 ss. Ovviamente, non è ammissibile pensare che esistano alcune attività lavorative che possano essere oggetto solo di prestazione in forma autonoma ed altre che possano essere svolte unicamente sotto vincolo di subordinazione. Questa posizione è pienamente e da sempre consolidata tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Cfr., per tutti, GAETA - TESAURO, 1993, 81 s., ma anche la critica di R. PESSI, 1989, 52. In

La nozione di subordinazione restituita da questa parte della dottrina è dunque di natura pienamente contrattuale: l'essenza qualificante del concetto di subordinazione la colloca senza ombra di dubbio nella struttura stessa del contratto e ne fa il modo in cui la prestazione deve essere eseguita. Il lavoratore, mediante il contratto di lavoro, non si obbliga semplicemente a mettere a disposizione le proprie energie psicofisiche, ma si obbliga a fare ciò in maniera subordinata, qualificando dunque la propria obbligazione sotto l'aspetto del come dovrà essere svolta. Nella causa del contratto entra così un elemento che qualifica tanto l'impegno del lavoratore subordinato a favore del datore di lavoro, e all'interno dell'impresa di questi, quanto la pretesa del creditore nei confronti dell'adempimento atteso¹⁴⁸.

3.1.1. (segue) Subordinazione, organizzazione d'impresa e potere direttivo del datore di lavoro.

Altra fondamentale teoria della subordinazione è quella che mette il contratto (e il rapporto) di lavoro in stretta relazione con l'organizzazione dell'impresa, all'interno della quale la prestazione stessa si svolge e si inserisce.

Anche in epoca precedente all'entrata in vigore del codice civile, sotto la piena vigenza dell'ordinamento corporativo, parte della dottrina tendeva a svalutare la rilevanza, ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato, di aspetti considerati già allora meri indicatori indiziari e non certo elementi costitutivi della fattispecie¹⁴⁹; l'elemento centrale e rilevante per qualificare un rapporto di lavoro come dipendente, e anche per restituire un concetto univoco e teorico di subordinazione, sarebbe stato l'esercizio del potere gerarchico da parte del datore di lavoro. L'altra faccia di questa scala gerarchica è la fedeltà che ogni gradino inferiore deve al proprio superiore, fedeltà che costituisce anche il limite, declinato alla luce del principio di buona fede, al potere che ogni membro dell'organizzazione può esercitare sui propri sottoposti, nell'ambito delle sole prerogative che gli sono state riconosciute dall'alto. Nonostante questa

giurisprudenza, tra tutte, Cass. 21 marzo 2012, n. 4476; Cass. 14 aprile 2008, n. 9812; Cass. 28 settembre 2006, n. 21028. *Contra* però l'isolata Cass. 6 settembre 2007, n. 18692.

¹⁴⁸ SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 36 s.; cfr. PERSIANI, 1966, 207, il quale afferma che "obbligarsi a lavorare in posizione subordinata" comprende già la soggezione alla decisione del datore di lavoro che definirà il luogo, il tempo, il modo e la concretezza della prestazione. Per questo motivo, l'oggetto del contratto di lavoro subordinato si caratterizzerebbe per una sua costitutiva elasticità. La posizione viene espressa in modo molto simile anche dalla giurisprudenza, da ultimo in Cass. 30 gennaio 2014, n. 2056.

¹⁴⁹ Il riferimento è ad aspetti idealtipici del rapporto di lavoro subordinato, quali ad esempio il sistema di retribuzione, il rischio d'impresa, l'orario di lavoro, che vengono identificati, nella realtà dei fatti e secondo l'*id quod plerumque accidit*, come caratteristiche rispondenti alla natura subordinata del rapporto di lavoro. I medesimi elementi sono peraltro ancora oggi tra quelli utilizzati dalla giurisprudenza per compiere il giudizio di approssimazione progressiva della fattispecie concreta a quella astratta che prende il nome di "metodo tipologico". Cfr. ampiamente D'ANTONA, 1995, 78 ss.; GAETA-TESAURO, 1993, 81 ss.; NOGLER, 2002, 111 s.; DE LUCA TAMAJO-MAZZOTTA, 2013, 462 s.

impostazione risenta fortemente delle generali premesse politico-ideologiche sottese all'ordinamento corporativo, evidenzia un aspetto fondamentale della subordinazione/dipendenza: la sottoposizione al potere gerarchico che, solo elemento rilevante da questo punto di vista, sortisce l'effetto di inserire il lavoratore e la sua prestazione all'interno dell'organizzazione d'impresa¹⁵⁰.

La più compiuta teoria che lega il rapporto di lavoro stabilmente all'impresa e alla sua organizzazione, tuttavia, non svaluta affatto i presupposti contrattualistici della subordinazione¹⁵¹, e anzi prende le mosse dall'analisi dell'interesse che il creditore-datore di lavoro ha nei confronti dell'esecuzione della prestazione del debitore. L'imprenditore, infatti, come vertice di un'attività economica organizzata, ha sicuramente un interesse finale alla produzione e al raggiungimento del profitto, tuttavia questo assume rilevanza soltanto nel momento "esterno" dei rapporti con il mercato, la domanda e l'offerta; non riveste invece alcuna efficacia qualificatoria quando si tratti delle relazioni interne all'impresa e alla sua organizzazione, cioè, essenzialmente, dei rapporti di lavoro su cui l'attività produttiva costruisce la propria struttura¹⁵².

Quale sia l'obiettivo ultimo a cui l'imprenditore preordini la propria attività non deve dunque interessare ai fini dell'analisi dell'interesse di questi come creditore della prestazione lavorativa. Nel rapporto di lavoro, infatti, il fine tipico e immediato (anche se, in ipotesi, strumentale ad un fine ulteriore che però, come detto, non rileva) dell'imprenditore "soddisfatto con il contratto di lavoro, non è l'interesse al risultato del procedimento produttivo, ma l'interesse all'organizzazione del lavoro altrui in vista di quel risultato"¹⁵³.

L'imprenditore conclude contratti di lavoro con un fine immediato ben preciso: instaurare un'organizzazione, porre in essere una struttura produttiva in cui tutte le attività dei debitori siano coordinate tra di loro e inserite nell'impresa per realizzare l'apparato complesso voluto dal datore di lavoro, il cui interesse è costituito dal coordinamento delle prestazioni dei dipendenti, al fine di costruire l'organizzazione. In questo senso, l'obbligazione del debitore qualifica realmente la funzione del contratto di lavoro, poiché il tipo di rapporto (subordinato) che concretamente si

¹⁵⁰ Cfr. MIGLIORANZI, 1940, 129 s., la cui posizione, peraltro, è fortemente orientata ad una svalutazione del momento contrattuale come origine del rapporto di lavoro e delle posizioni soggettive di potere/soggezione ad esso connesse. Il fondamento dell'esercizio dei poteri datoriali viene infatti ancorato direttamente alla struttura e natura stessa dell'impresa, dell'organizzazione e del suo funzionamento "fisiologico", senza la necessità di alcun riferimento alla legge, alle norme collettive o al contratto individuale di lavoro.

¹⁵¹ LISO, 1982, 49 s.

¹⁵² PERSIANI, 1966, 71 s.; 75, dove viene precisato che l'interesse alla produzione, a differenza di quello al profitto, ben può essere condiviso, in linea di principio, anche dai lavoratori. Tuttavia, tramontate insieme all'ordinamento corporativo le teorie di funzionalizzazione dell'impresa alla produzione nazionale, deve decisamente rifiutarsi qualunque identificazione di un interesse collettivo che accomunerebbe imprenditori e lavoratori verso il raggiungimento di un fine comune e superiore.

¹⁵³ PERSIANI, 1966, 91 s.

svolge consente il coordinamento da parte dell'imprenditore, così creando e sviluppando l'organizzazione¹⁵⁴.

Il contratto di lavoro si presenta dunque come un contratto di organizzazione ma, si badi bene, non in senso contrapposto alla definizione di contratto di scambio. Esso, infatti, resta senza alcun dubbio un contratto di scambio, e non va confuso con contratti di tipo associativo o con i contratti plurilaterali, poiché diversi restano gli interessi sottesi alle varie posizioni che da quel contratto si originano¹⁵⁵. Del resto, nemmeno interessa quali siano gli scopi ultimi perseguiti dalle parti mediante la conclusione del contratto, poiché ciò che conta è il modo in cui l'organizzazione si realizza e non il fine a cui essa, nelle intenzioni dell'imprenditore, sia preordinata. Questo modo di essere dell'organizzazione è il coordinamento tra le varie prestazioni dei lavoratori, che costituisce il vero fine immediato del contratto di lavoro: la possibilità, per il datore, di integrare tra loro le varie attività debitorie in modo da creare la struttura dell'impresa.

Come si comprende, la prestazione del lavoratore assicurata dal contratto di lavoro è, per sua stessa natura, stabile e continuativa nel tempo: solo così, infatti, l'imprenditore potrà efficacemente coordinarla alle altre e innervarla nell'impresa. Il risultato atteso dal datore di lavoro è infatti soltanto la prestazione, qualificata e diligente, ricevuta dal dipendente, poiché di risultato si può parlare unicamente in riferimento all'organizzazione nel suo complesso, ovvero alle singole prestazioni di lavoro coordinate nella struttura produttiva¹⁵⁶.

Il contratto di lavoro, dunque, è a tutti gli effetti un contratto di scambio, ma particolare è l'oggetto del sinallagma: ciò che il lavoratore corrisponde, infatti, non sono le energie lavorative, genericamente e latamente intese, bensì quelle stesse energie, ma qualificate in modo particolare e imprescindibile. Contrariamente alle teorie che volevano tenere separata la persona del lavoratore dalla prestazione di lavoro, e dunque consideravano oggetto di scambio soltanto le energie psico-fisiche di questi impegnate nell'attività svolta¹⁵⁷, si ritiene che il lavoratore stesso sia coinvolto nello scambio, poiché oggetto di esso è la prestazione subordinata, come tale qualificata attraverso

¹⁵⁴ PERSIANI, 1966, 92 s., il quale attribuisce a questa considerazione, almeno in una prima fase, un valore innanzitutto socio-economico e dunque metagiuridico. La giuridificazione di questa teoria circa la funzione del contratto di lavoro potrà invece avvenire soltanto con "esclusivo riguardo al modo in cui viene soddisfatto l'interesse tipico del datore di lavoro."

¹⁵⁵ PERSIANI, 1966, 291 s.

¹⁵⁶ PERSIANI, 1966, 289, il quale afferma che, proprio per questo motivo, è considerato già adempiente il lavoratore che, pur non lavorando, resti a disposizione del datore di lavoro attendendone gli ordini e le direttive. Questa impostazione parrebbe indicare una piena adesione alla teoria della prestazione di lavoro subordinato come obbligazione di mezzi, contrapposta all'obbligazione di risultato dell'opera prestata in forma autonoma. In realtà, l'Autore propone un'originale sintesi delle due posizioni, affermando che l'oggetto dell'obbligazione di lavoro non possa identificarsi univocamente né con il risultato atteso né con il comportamento dovuto. Cfr. IVI, 123 ss.

¹⁵⁷ Cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 26, il quale evidenzia come lo scopo di questa elaborazione dottrinale fosse di stampo prettamente garantistico, e mirasse ad escludere una signoria del datore di lavoro direttamente sulla persona del lavoratore, per limitarla alla sola attività prestata e alle energie offerte sul mercato in cambio della retribuzione.

le modalità con cui il lavoratore stesso la effettua. Poiché però la prestazione può essere svolta in forma subordinata soltanto a fronte del corrispettivo esercizio, da parte del datore di lavoro, del suo potere di coordinamento, orientato a sua volta alla costituzione dell'organizzazione, non si può che concludere che la prestazione di lavoro subordinato sia tale solo all'interno dell'organizzazione, che così la qualifica in quanto in essa inserita (a prescindere dal suo scopo specifico), coordinata dal datore di lavoro e, appunto, corrispettivamente svolta in modo subordinato dalla persona del lavoratore¹⁵⁸.

Questa teoria non è stata esente da critiche, da parte di chi non ha giudicato opportuno collegare così strettamente il contratto di lavoro all'impresa e ritenerlo precipuamente predisposto al funzionamento di questa.

Una prima considerazione rileva infatti come il contratto di lavoro, già nella sistematica del Codice, non esista affatto soltanto all'interno dell'impresa, ma anche in altri contesti organizzativi, completamente diversi, per cui il riferimento ad una sola di queste realtà, per quanto prevalente a livello economico-sociale, non sarebbe giustificato¹⁵⁹.

In realtà, si è obiettato che la teoria del Persiani non fa riferimento esclusivo all'impresa, né tantomeno vuole identificare il contratto di lavoro con la fonte della costruzione dell'organizzazione in senso proprio e ampio, in quanto l'elaborazione teorica propugnata, pur nella centralità del concetto di organizzazione, è comunque finalizzata a spiegare e indagare il solo rapporto obbligatorio intersoggettivo intercorrente tra le due parti, singolo lavoratore e datore di lavoro, che, anche se inserito funzionalmente nell'organizzazione, ne costituisce soltanto un elemento, che ben può essere singolarmente concepito¹⁶⁰.

In ogni caso, la predisposizione al funzionamento dell'impresa non pare criterio adatto su cui basare lo studio del contratto di lavoro, che invece dovrebbe essere fondato in se stesso, sulla propria autonoma struttura negoziale, senza richiamare, né in senso integrativo né tantomeno definitorio, la dimensione esterna ed ulteriore dell'organizzazione produttiva¹⁶¹; le posizioni soggettive esistenti

¹⁵⁸ PERSIANI, 1966, 295 ss., il quale insiste sull'impossibilità di soddisfare l'interesse del creditore mediante la semplice prestazione delle energie del lavoratore, restando indifferenti alle modalità con cui essa si svolge, e dunque al tipo di attitudine e di coinvolgimento della persona del dipendente. Cfr. Cass. 1 agosto 2013, n. 18414, in Guida al Diritto, 2013, 36, 100.

¹⁵⁹ R. PESSI, 1989, 44

¹⁶⁰ LISO, 1982, 50, che però rileva a sua volta un'incongruenza nel momento in cui l'interesse del creditore al coordinamento della singola prestazione di lavoro all'interno dell'impresa diventa comprensivo anche dello scopo dell'organizzazione stessa nel suo complesso.

¹⁶¹ SPAGNUOLO-VIGORITA, 1986, 987 s.; R. PESSI, 1989, 41 s.; cfr. NAPOLI, 1995, 1113 ss. che non ritiene riscontrabile, all'interno della sistematica del codice, una deviazione della causa del contratto di lavoro dal semplice "*facio ut des*" dettata dall'inserimento di questo scambio negoziale all'interno della realtà dell'impresa.

nel rapporto di lavoro, infatti, non nascono né potrebbero nascere da una loro funzionalizzazione all'impresa o dall'inserimento di dette posizioni, prima fra tutte quella che si esplica nell'esercizio dei poteri tipici da parte del datore di lavoro, all'interno dell'organizzazione. Tale funzionalizzazione può, al massimo, essere inclusa nel regolamento negoziale, come aspetto voluto e deciso dall'autonomia delle parti, che scelgono di orientare finalisticamente il contratto di lavoro, come peraltro il più delle volte accade, all'inserimento in un'impresa e al buon esercizio di questa. Solo nel contratto, invece, possono trovare fonte e origine tutte le posizioni soggettive e gli effetti che fanno capo al rapporto di lavoro nel suo concreto svolgimento: la subordinazione, dunque, come modalità di esecuzione della prestazione, non può che derivare dal contratto stesso, e da nessun'altra fonte, costituendone anzi la struttura causale¹⁶².

L'impresa, dal canto suo, non entra affatto nella struttura causale del contratto di lavoro: il riferimento all'interesse che il creditore intende soddisfare mediante la conclusione del negozio deve essere inteso in senso puramente soggettivo, come proprio della sola persona dell'imprenditore, e non può esservi ravvisata alcuna apertura a istanze di funzionalizzazione all'impresa. Del resto, solo l'interesse della parte, in questo caso il datore di lavoro, può entrare efficacemente nel contratto e nella sua struttura, mentre al suo schema tipico restano totalmente estranei gli interessi dell'impresa, che non possono che rimanere all'esterno della fonte unica e primaria del rapporto di lavoro subordinato¹⁶³. La subordinazione nasce dunque con l'incontro stesso della volontà delle parti, al momento della determinazione dell'oggetto del contratto. L'accordo tra lavoratore e imprenditore, infatti, farebbe sorgere in capo al primo soltanto il dovere di soggezione nei confronti del secondo, mentre in un momento successivo proprio questa posizione soggettiva passiva, a cui corrisponde una posizione di potere da parte del datore di lavoro, farebbe sì che quest'ultimo, nell'esercizio delle proprie prerogative, specificasse i compiti materialmente esigibili e dunque facesse sorgere l'obbligazione di lavorare in senso stretto¹⁶⁴.

Secondo altra elaborazione, critica rispetto a questa, la determinazione tanto dell'oggetto del contratto quanto della subordinazione avverrebbe al momento dell'incontro di volontà delle parti,

¹⁶² R. PESSI, 1989, 44 s.; SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 59 ss., afferma che criteri di identificazione della subordinazione collegati all'inserimento in un'organizzazione e alla funzionalizzazione ad essa non sono in principio errati, ma hanno scarsa attitudine distintiva e qualificatoria, in quanto l'inserimento in una struttura produttiva più ampia e complessa, che faccia sorgere necessità di coordinamento e indirizzamento della prestazione, non è esclusiva caratteristica dell'attività prestata sotto vincolo di subordinazione.

¹⁶³ R. PESSI, 1989, 91 ss.

¹⁶⁴ Così sostiene SUPPIEJ, 1963, 85 ss., il quale dunque ritiene che il contratto non sia la fonte dell'obbligazione di lavorare, ma soltanto di quella, primaria, di sottostare alle direttive del datore di lavoro. L'obbligazione di lavorare necessiterebbe invece, per sorgere, dell'apporto di un elemento esterno alla struttura negoziale, ovvero le disposizioni dell'imprenditore stesso, che, nell'esercizio di un proprio potere, specifica la prestazione che deve essere svolta e dunque fa sorgere questa obbligazione secondaria.

che non solo definirebbero nel proprio accordo i vari comportamenti esigibili, delimitando l'oggetto, ma individuerebbero “anche e soprattutto il *quantum* di subordinazione a cui lo stesso [il debitore] sarà sottoposto”¹⁶⁵. In questo momento essenziale, dunque, le parti non si limiterebbero a determinare i doveri del lavoratore, e a dettagliare le prestazioni esigibili, ma, cosa ben più importante, definirebbero il modo in cui quelle prestazioni devono essere eseguite, e questo modo altro non è se non la subordinazione, intesa come attività non meramente individuata nel suo materiale articolarsi in compiti e mansioni, bensì come attività qualificata dal fatto di svolgersi “alle dipendenze e sotto la direzione” dell'imprenditore¹⁶⁶, ovvero, in modo perfettamente corrispettivo e specularmente, come attività svolta in regime di sottoposizione ai poteri tipici del datore di lavoro¹⁶⁷.

L'assoggettamento della prestazione lavorativa ai poteri di direzione del datore di lavoro non potrebbe dunque mai costituire un effetto¹⁶⁸ del contratto, ma soltanto configurarsi come l'essenza della sua stessa struttura, la causa dell'accordo di scambio; la ragione economico-sociale per cui l'imprenditore conclude il contratto di lavoro, infatti, è proprio la subordinazione stessa, la possibilità di esercitare i poteri tipici del datore di lavoro, a prescindere da riferimenti esterni all'impresa da lui condotta o all'organizzazione di cui si trovi a capo¹⁶⁹.

La subordinazione, come sottoposizione al potere tipico e composito del datore di lavoro (che si esplicita nei poteri direttivo, conformativo, modificativo, di controllo e disciplinare), qualifica ontologicamente la prestazione di lavoro, distinguendola da quella autonoma: la medesima attività, prestata in forma autonoma o subordinata, è costitutivamente diversa nella sua esecuzione. L'attività prestata in forma subordinata è continuativa nel tempo e illimitatamente divisibile¹⁷⁰, è dotata di una propria flessibilità, che permette di scomporla, definirla, mutarla, articolarla nel tempo, nello spazio e nelle modalità di svolgimento; questa elasticità propria della prestazione

¹⁶⁵ R. PESSI, 1989, 47

¹⁶⁶ In sede di discussione ed elaborazione parlamentare del testo dell'art. 2094 c.c., si decise di non usare una nozione tecnica di subordinazione come sottoposizione alla direttive del datore di lavoro, bensì di adottare quella di “alle dipendenze” che da una parte richiamava la già consolidata elaborazione di una nozione personale di subordinazione, mentre dall'altra valorizzava la posizione passiva del lavoratore invece di riferirsi al mero potere direttivo del datore di lavoro. Cfr. NOGLER, 2002, 117

¹⁶⁷ R. PESSI, 1989, 49 s.; Cass. 7 febbraio 2013, n. 2931

¹⁶⁸ Cfr., per questa elaborazione e critiche ad essa, *supra* § 3.1

¹⁶⁹ R. PESSI, 1989, 55; FERRANTE, 2004, 83 afferma che l'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro fa parte delle sue obbligazioni creditorie, in quanto è solo mediante questo esercizio che si realizza l'effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa, e dunque viene resa possibile l'esecuzione dell'obbligazione stessa di lavorare; Cass. 30 ottobre 2013, n. 24561.

¹⁷⁰ Su posizioni simili, soprattutto per quanto riguarda l'essenziale carattere di continuità della prestazione di lavoro subordinato, già MANCINI, 1957, 148 s.

subordinata, che manca invece a quella autonoma, esiste in ragione e sotto il segno di un concetto fondamentale, proprio soltanto della prima e non della seconda: l'eterodeterminazione¹⁷¹.

La subordinazione si configura dunque come causa del contratto di lavoro, posta dalle parti con la loro propria volontà: questo non perché i contraenti definiscano un oggetto della prestazione che sia intrinsecamente subordinato, cosa, come già si è avuto modo di dire, impossibile da concepire nel nostro ordinamento (cfr. *supra*, § 3.1), bensì perché imprenditore e lavoratore, al momento della conclusione del contratto, determinano il modo in cui la prestazione deve svolgersi, graduando il livello della subordinazione che caratterizzerà la prestazione stessa. Prevedendo infatti una modalità di esecuzione della prestazione che sia continuativa nel tempo, nonché flessibile e permeabile all'esercizio dei poteri datoriali, le parti esprimono la volontà sinallagmatica di scambiare la retribuzione non con una generica messa a disposizione di energie, bensì con la subordinazione del lavoratore¹⁷².

3.2. La subordinazione nell'impresa flessibile, tra modulazioni e alternative.

3.2.1. La collaborazione del dipendente come adattabilità ai mutamenti dell'impresa.

La ricostruzione di alcune teorie sulla subordinazione fin qui effettuata mostra varie nozioni ed accezioni che la dottrina lavoristica ha cercato di enucleare riguardo al rapporto tra contratto/rapporto di lavoro, persona del lavoratore e organizzazione dell'impresa.

Tuttavia, pare che ben si possa evidenziare un tratto comune, per quanto generico e non di univoca interpretazione: in ogni caso, l'obbligazione che grava in capo al lavoratore subordinato non è semplicemente quella di prestare le proprie energie a favore del datore di lavoro o di metterle a disposizione dell'impresa, ma è quella, ulteriore, di "collaborare", cioè di coordinare proficuamente la propria opera con tutti gli altri elementi, materiali e immateriali, umani e non, già presenti all'interno dell'organizzazione. Questa necessità di qualificare la prestazione di lavoro al di là del suo semplice svolgersi materiale può essere, come visto, o posta in relazione al suo inserimento nell'impresa, oppure collegata al carattere intrinsecamente "subordinato" dell'attività, che implica una sottoposizione, in senso contrattuale-causale, ai poteri del datore di lavoro.

¹⁷¹ R. PESSI, 1989, 67 s., che, inoltre, evidenzia la natura tutta interna delle caratteristiche qualificanti la prestazione di lavoro subordinato. L'eterodeterminazione, infatti, non si configurerebbe come mera dipendenza dal potere gerarchico dell'imprenditore e dei suoi sottoposti, ma farebbe parte di quella permeabilità della prestazione subordinata *ex se* ai mutamenti provenienti dall'esercizio dei poteri datoriali. IVI, 91, vengono posti i limiti generali della correttezza e della buona fede nell'esercizio del diritto, al fine di non rendere i poteri del datore di lavoro del tutto esorbitanti ed arbitrari nei confronti della posizione e della prestazione del lavoratore.

¹⁷² Cfr. PESSI, 1989, 62 s.; 94, il quale afferma inoltre che, nella subordinazione, la continuità della prestazione lavorativa, unita alla sua illimitata divisibilità nel tempo, costituisce il corrispettivo perfetto dei poteri imprenditoriali.

La nozione di collaborazione, presente nell'art. 2094, è stata indagata dalla dottrina, al pari degli altri elementi lessicali presenti nella norma, per cercarne una eventuale attitudine definitoria, un tratto distintivo e caratteristico della subordinazione. In realtà, l'elemento della collaborazione è stato ben presto svalutato, perché impreciso, ambiguo e dunque inadatto a qualificare il vincolo di subordinazione, distinto e contrapposto rispetto alla prestazione di lavoro autonomo¹⁷³.

Accanto al diverso e più pregnante concetto di subordinazione, quello di collaborazione parrebbe quasi stonare: o, infatti, si afferma che le due nozioni sono antitetice, poiché collaborare presuppone due soggetti che operano, gravati dal medesimo obbligo, in un rapporto paritetico, mentre la subordinazione prevede due situazioni, una attiva ed una passiva, in cui solo uno è l'obbligato rispetto al vincolo¹⁷⁴, ma allora la norma perderebbe di ogni coerenza logica; oppure bisogna semplicemente ammettere che, se collaborazione e subordinazione sono elementi coesistenti e non antitetici, "il richiamo del primo serve solo ad indicare che il secondo può profilarsi con diversa intensità, a seconda delle mansioni cui il lavoratore è adibito, e delle circostanze del caso"¹⁷⁵.

Tuttavia, autorevole dottrina propone di adottare, viceversa, una nozione più ampia di collaborazione, come oggetto stesso del contratto di lavoro¹⁷⁶ o, secondo altra elaborazione, come fine stesso della subordinazione: essa sintetizzerebbe, infatti, l'aspettativa giuridificata del datore di lavoro all'effettiva funzionalizzazione della prestazione del lavoratore all'esercizio dell'impresa, senza che essa costituisca mera messa a disposizione di energie psico-fisiche prive di una preordinazione organizzativa¹⁷⁷.

Proprio questo innegabile collegamento tra la singola prestazione di lavoro, dedotta nel contratto o esplicita nel rapporto, e l'organizzazione dell'impresa ha restituito l'immagine di un lavoratore legato ai mutamenti di questa, cui egli deve, entro certi limiti, adattarsi, in modo da mantenere la propria "collaborazione" all'interno della struttura complessiva. Ecco perché, a fronte del progressivo superamento del paradigma fordista a favore di uno snellimento dell'organizzazione produttiva, è maturata una pressoché generalizzata convinzione, dal mondo politico, a quello

¹⁷³ Cfr. GAETA- TESAURO, 1993, 66 s.; Cass. 13 aprile 2012, n. 5886, in *Massimario di Giustizia Civile*, 2012, 4, 497.

¹⁷⁴ Cfr. MANCINI, 1957, 110 ss.; 124, che definisce lessicalmente improprio l'uso del termine "collaborazione" per imporre un obbligo in capo al solo lavoratore e mantenere una corrispettiva posizione di autorità del datore di lavoro.

¹⁷⁵ SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 43, definisce la collaborazione "una vuota descrizione del rapporto di lavoro subordinato".

¹⁷⁶ NAPOLI, 1995, 1125 ss. definisce la collaborazione "legame tra professionalità soggettiva e mansioni esigibili" e afferma che essa connota la fattispecie del rapporto di lavoro, proiettando su di esso le caratteristiche del datore e dell'organizzazione.

¹⁷⁷ GHERA, 2006, 212 s., il quale propone, per un'efficace ricostruzione del concetto di subordinazione, di non concentrare l'attenzione sul solo comportamento solutorio del lavoratore; FERRANTE, 2004, 86, afferma che la collaborazione costituisce il vero oggetto del contratto di lavoro, mentre l'attribuzione delle mansioni si configura come una mera obbligazione accessoria.

industriale, a quello dottrinale, che anche il lavoro dovesse adattarsi a questa inevitabile richiesta di flessibilità¹⁷⁸.

In altre parole, per soddisfare “i bisogni flessibili dell'organizzazione flessibile dell'impresa flessibile [...] cioè, che prima riguardava soltanto una fascia alta di lavoratori addetti a compiti direttivi, tenderebbe progressivamente a divenire la regola e a caratterizzare in generale ‘il lavoratore della conoscenza’ del nuovo secolo, egli stesso irrimediabilmente destinato a trasformarsi in uomo flessibile.”¹⁷⁹

Del resto, le teorie che descrivono il contratto di lavoro subordinato come orientato all'istituzione dell'organizzazione e funzionalizzato all'impresa, ben si prestano a ricostruzioni “flessibilizzanti” della prestazione di lavoro nella nuova impresa snella: viene infatti rifiutata la concezione di un'energia lavorativa senza scopo in sé, eteroguidata, e viene invece promossa una “responsabilizzazione” del lavoratore, che partecipa direttamente, con la propria persona (che agisce in modo subordinato) e non soltanto con le proprie energie psico-fisiche, all'impresa, all'organizzazione, al suo funzionamento e ai suoi fini¹⁸⁰.

Questa visione collega direttamente il lavoratore al risultato dell'organizzazione nel suo complesso, per cui, pur rimanendo rigorosamente estraneo al rischio d'impresa, che grava sul solo datore di lavoro, il lavoratore è responsabile della produzione totale dell'impresa, dal punto di vista del coordinamento del proprio singolo risultato, e non soltanto della propria prestazione, agli obiettivi finali e generali dell'organizzazione produttiva¹⁸¹.

Come ben si comprende, una funzionalizzazione della prestazione e del suo risultato alla costituzione e agli obiettivi di un'impresa snella e flessibile come quella post-fordista non può che sortire l'effetto di una rilevante dilatazione dell'obbligo di diligenza richiesto al lavoratore. Il dipendente coinvolto, e non semplicemente incluso, nell'organizzazione deve soddisfare criteri di adempimento diligente molto più ampi rispetto al passato, poiché la valutazione della sua

¹⁷⁸ Cfr., tra tutti, F. CARINCI, 1985, 208 ss.; VENEZIANI, 1993, 235 ss.; GALANTINO, 1995, 7 ss.; BIAGI, 2001, 258 ss.

¹⁷⁹ CARABELLI, 2003, 68, che nota come, nel sistema produttivo fordista, l'adattamento richiesto all'uomo fosse quello, totale, ai ritmi e alle esigenze della macchina. Oggi invece l'adattamento richiesto passa per il coinvolgimento del lavoratore all'interno dell'organizzazione di cui fa parte, con una relazione di tipo organico. Concorda ACCORNERO, 2001, 307.

¹⁸⁰ Cfr. LISO, 1982, 52 s.

¹⁸¹ Cfr. PERSIANI, 1966, 143 ss., il quale confuta decisamente l'opinione secondo la quale i fini e i risultati dell'organizzazione resterebbero estranei alla valutazione del comportamento del lavoratore, cosa che potrebbe sostenersi soltanto considerando tanto la subordinazione quanto il potere direttivo del datore di lavoro come elementi esterni e non interni rispetto al contratto.

prestazione si compie alla luce del soddisfacimento dell'interesse di un creditore che necessariamente guarda all'utilità di un'impresa multiforme e dinamica¹⁸².

3.2.2. La flessibilità del lavoro come strumento di competitività dell'impresa.

La definizione di flessibilità che deve essere adottata in questo contesto, tra le molte possibili, va messa in relazione con quanto detto finora circa la relazione tra il lavoro subordinato e l'inserimento nell'organizzazione dell'impresa: flessibilità significa abilità, possibilità per il datore di lavoro di modificare la struttura e le dimensioni della forza lavoro presente nell'impresa a seconda della mutevole domanda del mercato, riuscendo così ad avere sempre a disposizione la quantità di lavoro giusta e necessaria per assecondare le richieste della produzione, nulla di meno, altrimenti diverrebbe impossibile adempiere, ma nemmeno nulla di più, cosa che costituirebbe uno spreco e un indebito appesantimento di un'impresa che vuole essere snella ad ogni costo¹⁸³.

Tuttavia, esiste anche un altro versante della richiesta di flessibilità, che trascende la dimensione della singola impresa e abbraccia il più ampio orizzonte nazionale (e comunitario, cfr. ampiamente quanto esposto *supra*, Cap. I), per rendere la flessibilità stessa strumento di sviluppo e crescita¹⁸⁴: il contesto economico-produttivo degli ultimi anni ha infatti presentato, nei paesi industrializzati, l'originale fenomeno della *jobless growth*, ovvero di una situazione in cui non solo in fasi recessive e di crisi, ma anche in frangenti di prosperità, la crescita finanziaria non appare più accompagnata dalla crescita nei tassi di occupazione, anzi, in cui la domanda di forza lavoro e i posti disponibili appaiono sistematicamente in pericolosa progressiva contrazione, con un aumento del numero di disoccupati, soprattutto tra i giovani¹⁸⁵.

¹⁸² PERSIANI, 1966, 212; 216 ss. dilata notevolmente il significato della diligenza richiesta al lavoratore, proprio alla luce della funzionalizzazione della prestazione all'impresa. Se infatti la diligenza è un criterio di valutazione della conformità tra il prestato e il dovuto, l'individuazione di un'obbligazione orientata agli scopi dell'organizzazione non può che rendere più stringenti, perché finalisticamente orientati in modo chiaro e univoco, i parametri di valutazione dell'adempimento stesso. Preoccupato da questa estensione dell'obbligo di diligenza e fedeltà richiesto al lavoratore, LISO, 1982, 54; 56 s. propone di rileggere la teoria del Persiani nel senso "inverso", ovvero sostenendo che l'interesse al coordinamento da parte del datore di lavoro nasca dall'attenzione di questi al risultato della singola prestazione lavorativa, che viene successivamente e in virtù di questo interesse integrata nell'impresa, e non viceversa.

¹⁸³ FABRIS, 1985, 350; CARABELLI, 1999, 193; ALESSI, 2012, 1; M.G. GAROFALO, 2009, 12 ss. afferma che le indagini sugli strumenti contrattuali e giuridici di flessibilità del lavoro riguardano esclusivamente la flessibilità nell'interesse dell'impresa e non anche quella che vada a vantaggio dei lavoratori.

¹⁸⁴ PROIA, 2002, 415, ritiene che l'idea di flessibilità come occupabilità sia di stampo prettamente comunitario e, come tale, abbia fatto ingresso negli ordinamenti nazionali a partire dalla promozione degli orientamenti comuni sull'occupazione; GHERA, 1988, 621, rileva una più generale tendenza, nata negli anni '80, del diritto del lavoro, che da ordinamento esclusivamente protettivo diventa anche una disciplina dell'organizzazione produttiva e delle istanze dell'occupazione nel suo complesso. Cfr. PERULLI, 2002, 356 ss.

¹⁸⁵ Cfr. GHERA, 1999, 478, con ampi riferimenti alla letteratura economico-organizzativa che ha a lungo indagato questo fenomeno, riferendolo quasi sempre all'eccessiva rigidità del mercato del lavoro, non abbastanza elastico e dinamico per rispondere positivamente e rapidamente ai periodi di crescita economica e alle trasformazioni del mercato.

La flessibilità diventa così una strategia per governare positivamente gli effetti del progresso tecnico ed evitare l'arresto dello sviluppo del lavoro e dei livelli occupazionali. Il lavoro sembra non bastare più per tutti, per questo motivo si modifica, si flessibilizza la sua struttura in modo da renderlo "divisibile" e poterlo riallocare, a parità di quantità complessiva, per renderlo accessibile ad un numero maggiore di persone¹⁸⁶.

Già negli anni '80, il problema di una "redistribuzione" del lavoro veniva preso in considerazione dalla dottrina giuslavoristica, preoccupata dagli effetti di una crisi occupazionale che parevano sopravvivere a quelli, positivamente superati, della crisi economica. Le strategie difensive del rapporto di lavoro subordinato come intoccabile monolite, portate avanti dai sindacati, venivano da alcuni considerate un gioco rischioso, che, a fronte di un mantenimento delle tutele nell'immediato, avrebbe nel lungo periodo condotto a risultati dannosi su larga scala, come la decentralizzazione delle attività produttive, la deindustrializzazione di intere aree e, in ultima istanza, la diminuzione della quantità di lavoro disponibile¹⁸⁷. In un momento successivo, tuttavia, i processi di "flessibilizzazione" del lavoro subordinato, dapprima utilizzati soltanto come strategia dell'emergenza in particolari frangenti e soprattutto nella crisi dell'impresa, diventano una tendenza normale del sistema, che inizia a pensare ad un diritto del lavoro non più monolitico bensì frammentato e articolato, proprio come l'impresa in cui il rapporto è destinato ad inserirsi¹⁸⁸.

La flessibilizzazione del rapporto di lavoro subordinato appare dunque come una necessità del sistema socio-economico nel suo complesso ma anche, in certi casi, del lavoratore stesso, che per varie ragioni potrebbe essere maggiormente valorizzato e favorito da schemi di lavoro in varia misura più duttili di quelli tradizionali. Ammessa dunque una concomitanza di fattori che incrinerebbero l'unità del concetto di rapporto di lavoro subordinato, non può negarsi che le prime spinte ad una sua frammentazione provengano dal versante dell'impresa, desiderosa di strumenti normativi che rendano più snella e adattabile la gestione della propria forza lavoro, proprio come articolato e mutevole è divenuto il mercato in cui l'organizzazione opera¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Cfr. GALANTINO, 1985, 347 s.; SIGNORINI, 1995, 64 s.

¹⁸⁷ Cfr. F. CARINCI, 1985, 218 s., che definisce le strategie protettive della rigidità del lavoro subordinato nell'impresa come una vera e propria lotta contro il mercato e il sistema concorrenziale su scala globale, destinate, presto o tardi, all'implosione.

¹⁸⁸ Cfr. GAETA, 1997, 104 s., il quale riporta la definizione di questo fenomeno di riduzione della tradizionale universalità del diritto del lavoro come "destandardizzazione tipologica" o "delavorizzazione".

¹⁸⁹ Cfr. SPEZIALE, 2007, 36 s., il quale tuttavia attribuisce gran parte della fortuna di queste spinte flessibilizzanti e destrutturanti del concetto tradizionale di lavoro subordinato, ancora più che al mutamento del paradigma produttivo-organizzativo d'impresa, alle posizioni ideologiche assunte all'interno dell'Unione Europea negli anni '90 e in particolare nel c.d. "Rapporto Supiot" (*Beyond Employment Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*) del 2001, frutto dell'indagine promossa dalla Commissione Europea nel 1998, il quale pone l'accento sulla dimensione di libertà insita in una gestione più flessibile del mercato del lavoro e dei rapporti che ad esso afferiscono. Cfr. ampiamente quanto detto *supra*, Cap. I.

La flessibilizzazione del tradizionale strumento di organizzazione della forza lavoro, ovvero il contratto di lavoro subordinato, viene dunque richiesta dalle imprese, e non raramente incoraggiata da governi e strutture sovranazionali, come strumento di competitività e sviluppo¹⁹⁰. Tuttavia, dal lato dell'offerta di lavoro, flessibilizzazione può significare precarizzazione del lavoro stesso, in quanto la necessaria offerta della massima flessibilità come requisito per ottenere occupazione rischia di minare le basi della stabilità del rapporto di lavoro stesso¹⁹¹.

3.2.3 Flessibilità organizzativa e lavoratori “atipici”

La flessibilizzazione del lavoro e della sua organizzazione è termine ampio, che ricomprende al suo interno fenomeni molteplici e variegati, accomunati dalle premesse e dagli obiettivi che si è cercato di delineare; tuttavia, si può dire il più vistoso fenomeno di frammentazione del concetto unico e universale di lavoro subordinato proviene dalla diffusione dei c.d. “contratti atipici”¹⁹².

In realtà, il termine “atipici” assume nel contesto lavoristico un significato del tutto differente rispetto a quello proprio del diritto civile. La categoria dell’atipicità civilistica, infatti, indica la non corrispondenza di un contratto concluso dalle parti ad uno dei tipi previsti dalla legge mediante la cristallizzazione a priori di una causa individuata dall’ordinamento¹⁹³; questa definizione non trova corrispondenza nel diritto del lavoro, laddove tutti i contratti in cui sia dedotta una prestazione sono disciplinati dall’ordinamento, e si àncora invece ad una nozione molto più “empirica”, che definisce “tipico” il modello contrattuale tradizionalmente e storicamente prevalente, ovvero il lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, e conseguentemente “atipici” tutti quei rapporti che, in varia misura, deviano da esso.

In realtà, sarebbe probabilmente più corretto parlare semplicemente di “contratti flessibili”, poiché in effetti ciò che accade è che, in risposta ad una domanda di lavoro variegata, ampia e non più standardizzata, il legislatore attenua in diversi modi e forme quelli che sono gli elementi di “rigidità” del rapporto “tipico”, creando una platea di lavori, appunto, “flessibili”¹⁹⁴. Tuttavia,

¹⁹⁰ ALESSI, 2012, 4 s. nota come l’Unione Europea sia più propensa a leggere la flessibilità come strumento di competitività delle imprese sul mercato globale, mentre l’Organizzazione Internazionale del Lavoro tenda ad evidenziare le istanze di protezione del lavoratore e di tutela della sua dignità.

¹⁹¹ Cfr. SIGNORINI, 1995, 71

¹⁹² PERULLI, 2002, 345 s.

¹⁹³ Cfr., per tutti, GALGANO, 2004, 225 s.; 243. Ai sensi dell’art. 1322 c.c., i contratti atipici sono validi e piena è la libertà delle parti di concluderli, purché essi siano volti “a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico.”

¹⁹⁴ SPEZIALE, 2007, 16 s., il quale sostiene inoltre che i contratti flessibili, o atipici, non vadano confusi né sovrapposti con i rapporti di lavoro “speciali”, categoria ben nota alla dottrina lavoristica, e volta ad indicare una deroga alle norme ordinarie sul rapporto di lavoro dettata da ragioni disparate, come finalità protettive, natura del datore di lavoro o del lavoratore. Concorda PROIA, 2002, 425, che nota come i contratti “atipici” possano invece essere conclusi, almeno in

queste articolazioni non paiono idonee a deviare dal modello standard del lavoro subordinato “tipico”, poiché il legislatore lascia intatto il nucleo tradizionale della disciplina e si limita a dettare regole parzialmente diverse quanto ai profili di differenziazione e, appunto, di attenuata rigidità¹⁹⁵. Da un punto di vista del tipo contrattuale, dunque, verrebbe pienamente mantenuta l’unitarietà del concetto di lavoro subordinato, poiché la disciplina applicabile ai rapporti flessibili, salvo esplicite deroghe dovute proprio alla natura particolare di questa flessibilità, resta quella contenuta nell’art. 2094 c.c. e in tutte le norme ad esso collegate; i contratti flessibili, perciò, non sarebbero atipici nemmeno in senso atecnico, in quanto non negano affatto la disciplina tipica della subordinazione, bensì ne articolano in vario modo gli aspetti¹⁹⁶.

La tipicità negata dalla diffusione dei contratti flessibili coincide invece con l’erosione della figura socialmente tradizionale del lavoratore subordinato¹⁹⁷, assunto a tempo pieno e indeterminato nell’impresa: la nascita di una vasta platea di nuove figure professionali, che svolgono prestazioni articolate in modo vario e diverso, pur non contraddicendo il modello contrattuale del lavoro subordinato depotenzia “la sua originaria identità di categoria ordinatrice della realtà”¹⁹⁸: nascono così nuove figure professionali, nuovi tipi di rapporti e anche nuovi contratti, tutti volti a flessibilizzare le modalità di utilizzo del lavoro e quindi, dal punto di vista della singola prestazione, a “intensificarla”¹⁹⁹. La flessibilità rialloca il lavoro in modo diverso rispetto a quanto accadeva nel modello di impresa tradizionale: l’organizzazione fordista, infatti, distribuiva le energie lavorative che aveva a disposizione tendenzialmente in un solo modo, ovvero legandole a sé per un tempo indefinito, continuativo e per l’intera durata della giornata lavorativa, mentre l’impresa snella pare riscoprire l’individualità del lavoratore a fronte della collettività indistinta della forza lavoro, e dunque diversifica le forme di impiegabilità dei dipendenti a seconda delle esigenze attinenti alla

linea di principio, da qualunque datore di lavoro e per lo svolgimento di qualunque attività. Sul punto cfr. ampiamente NAPOLI, 1995, 1057 ss.

¹⁹⁵ Quella che NAPOLI, 1995, 1059 ss., definisce “nucleo di disciplina esclusiva”. Cfr. da ultimo ALESSI, 2012, 6

¹⁹⁶ SPEZIALE, 2007, 21; già D’ANTONA, 1990, 539 ss. affermava che ricostruzioni volte ad analizzare il fenomeno dei contratti di lavoro devianti dal modello standard alla luce delle categorie teoriche del tipo e dei sottotipi rischiarassero di tralasciare la complessità empirica di questo processo di proliferazione di nuove forme di lavoro.

¹⁹⁷ La definizione ampia e atecnica di lavoro atipico come lavoro che devia dal modello tradizionale, a prescindere dalle sue caratteristiche tradizionali e dalla sua natura subordinata, è, infatti, adottata negli studi sociologici sul tema, cfr. BERTON-RICHIARDI-SACCHI, 2009, 13 s. Per ragioni di completezza, è doveroso menzionare quel filone di studi, soprattutto economici, che ha evidenziato un altro profilo socialmente tipico del lavoratore fordista messo in discussione dall’avvento del nuovo paradigma organizzativo: l’aspetto del genere. Il lavoratore fordista è infatti il modello del *male breadwinner*, che con il proprio salario mantiene l’intera famiglia, con una rigida divisione basata sul genere del carico di lavoro domestico ed extradomestico. L’ingresso delle donne nel mercato del lavoro, favorito anche dal mutamento del tipo di occupazione richiesta, introduce ulteriori elementi di discontinuità rispetto al modello socialmente prevalente nei decenni passati. Cfr., tra tutti, gli studi di ROSTI, 1996 e ADDIS, 1997.

¹⁹⁸ GHERA, 2006, 156; SPEZIALE, 2007, 57; GAETA-TESAURO, 1993, 208; D’ANTONA, 1995, 82 s.

¹⁹⁹ GAETA, 1997, 105, che limita queste osservazioni al piano sociologico, affermando che nessun cambiamento nell’organizzazione del lavoro pare riflettersi, sul piano tecnico-giuridico, sul tipo contrattuale e sulla struttura della subordinazione.

singola posizione lavorativa, al mutare della domanda, alla mansione svolta e, almeno in linea ideale, alle attitudini e alle necessità del lavoratore²⁰⁰.

I rapporti di lavoro “atipici” sono molteplici e variegati, perché molti sono i profili di “tipicità” del lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato cui si può derogare e svariate le modalità di allocazione del lavoro di cui l’impresa può servirsi: per quanto concerne l’elemento del tempo indeterminato, l’unica deroga possibile è quella dell’apposizione del termine finale al contratto, con riguardo invece al tempo pieno, considerato in varie accezioni, sono molte le deroghe possibili: dal *part-time*, al lavoro intermittente, a chiamata o ripartito²⁰¹.

Con riguardo specificamente al caso italiano, le indagini statistiche condotte sul mercato del lavoro evidenziano che dal 2004 ad oggi il numero dei lavoratori atipici, calcolato in percentuale sul numero totale dei lavoratori, è cresciuto costantemente fino all’inizio del 2008, passando da poco più del 10% a oltre il 12%, per poi calare bruscamente e ricominciare a salire all’inizio del 2009, attestandosi ora poco sopra l’11%²⁰². Non solo: pare si possa affermare che, in pratica, negli ultimi dieci anni, l’incremento del numero degli occupati sia dovuto quasi esclusivamente alle assunzioni “atipiche”, dato che il numero dei lavoratori a tempo pieno ed indeterminato è rimasto pressoché invariato²⁰³.

Nonostante la rilevanza del fenomeno e l’evidenza sociologica di un mutamento presente sotto gli occhi di tutti, pare tuttavia che non si possa negare un pieno inserimento dei rapporti flessibili nella sistematica del codice civile, nonché nell’evoluzione, normativa, dottrinale e giurisprudenziale, legata al contratto di lavoro, alla sua natura e caratteristiche. Il nucleo fondamentale della disciplina della subordinazione, come detto, non può considerarsi intaccato dal solo fatto che il legislatore decida di modulare alcuni aspetti del contratto di lavoro socialmente prevalente; il tipo, infatti, resta unitario e non viene contraddetto, poiché solo elementi non qualificanti subiscono una variazione, vengono caratterizzati in modo diverso ma senza che questo comporti alcuna alterazione della causa del contratto: lo schema causale del contratto di lavoro subordinato, la sua funzione economica cristallizzata nell’ordinamento e in particolare nel dettato codicistico, resta immutata nonostante l’articolazione di alcuni elementi del rapporto²⁰⁴.

²⁰⁰ GHERA, 1999, 482 s.; BORGHI, 2002, 39

²⁰¹ Cfr., per tutti, VOZA, 2005; VENEZIANI, 1993, 243 ss.

²⁰² ISTAT, *Rilevazione continua sulle forze di lavoro*, 2010, www.istat.it; cfr. i dati elaborati da NICOLARDI-MARINI, 2009, 267 ss.

²⁰³ Cfr. i Rapporti Isfol citati da MAGNANI, 2004, 193; CARUSO, 2005, 538 s. Quanto all’intero territorio dell’Unione Europea, la percentuale dei lavoratori “atipici” si colloca tra il 40% e il 50%. Cfr. i risultati delle indagini della Commissione Europea riportati in SPEZIALE, 2007, 35.

²⁰⁴ GAETA-TESAURO, 1993, 211; PROIA, 2002, 421 ss., ove viene ricostruita, con puntuali riferimenti alla disciplina di alcuni contratti “atipici”, la piena coerenza di essi con la sistematica del codice, nei cui confronti, anzi, la disciplina flessibilizzante svolgerebbe una funzione integrativa e di armonico sviluppo. Quanto al contratto a tempo determinato,

Questa articolazione altro non è se non la parcellizzazione della figura tipica del lavoratore: mentre, come detto *supra* (§ 2.3), la mansione prima scomposta recupera la sua unità, la persona pare subire un inverso processo nell'impresa flessibile: la figura standard del lavoratore fordista pare eccessivamente rigida per essere efficacemente e utilmente collocata nell'organizzazione snella. Per questo la diversa articolazione degli elementi della subordinazione si traduce spesso in una svalutazione di quegli elementi stessi, in una riduzione della loro rilevanza ai fini dell'identificazione della fattispecie²⁰⁵.

Il legislatore, infatti, per facilitare le modalità di accesso al lavoro e diversificare i modelli di assetti di interessi praticabili dalle parti, non ha intaccato il paradigma della subordinazione né tantomeno è intervenuto sulla disciplina codicistica, bensì ha deciso di eliminare o attenuare, di volta in volta, singoli elementi di rigidità del contratto socialmente e tradizionalmente tipico²⁰⁶; ad esempio, parrebbe sempre meno centrale l'elemento della eterodirezione, su cui invece la giurisprudenza ha storicamente costruito il cardine della subordinazione spesso svalutando altri elementi qualificatori o indiziari, laddove fosse presente o assente il potere dell'imprenditore di dirigere e determinare la prestazione del debitore²⁰⁷. La variabilità delle forme di lavoro, pur sempre subordinato, che ci presenta oggi l'organizzazione dell'impresa snella crea invece diverse modulazioni del potere direttivo dell'imprenditore: prestazioni articolate e variabili nel tempo creano una discontinuità temporale anche dell'eterodirezione, che spesso non può più insistere sull'interezza della durata del rapporto (basti pensare al lavoro intermittente) ma soltanto su alcuni momenti di essa, dovendosi dunque flessibilizzare proprio come l'attività stessa svolta dal debitore e come, in ultima istanza, si è flessibilizzata la domanda di beni sul mercato²⁰⁸. In realtà, questa "crisi" del concetto qualificante di eterodirezione nei contratti atipici è stata negata da una parte della dottrina, che rileva semplicemente uno "spostamento" del suo oggetto: anche ammettendo, infatti, che forme di lavoro flessibili riducano lo spazio del potere direttivo esercitato dal datore di lavoro, non può negarsi che questi mantenga, e forse addirittura ampli, il pieno controllo dell'impresa nel suo complesso e

infatti, la disciplina introdotta per la prima volta dal d. lgs. n. 368/2001 avrebbe riportato armonia nel codice civile, indebitamente decurtato dalla legge n. 230/1962 e dalla sua impronta fortemente limitativa, in contraddizione con le previsioni originarie del legislatore. Ugualmente, la previsione organica di rapporti di lavoro a tempo parziale, con la legge n. 61/2000, restituirebbe all'autonomia delle parti il controllo dell'orario di lavoro, così come prevedeva originariamente il codice, cui era sicuramente estranea l'idea di rimettere tale potere esclusivamente nelle mani dei soggetti di rappresentanza collettivo-sindacale.

²⁰⁵ ALESSI, 2012, 27

²⁰⁶ PROIA, 2002, 413

²⁰⁷ GALANTINO, 1985, 331 s.; ALESSI, 2012, 29; DE LUCA TAMAJO, 2003, 4 ss.; DE LUCA TAMAJO-MAZZOTTA, 2013, 463 s.

²⁰⁸ Cfr. GHERA, 2006, 173 ss., ove opportunamente si evidenzia che il problema della flessibilizzazione e moltiplicazione delle forme di lavoro non è tanto quello di intaccare la nozione di subordinazione, quanto piuttosto quello di metterne in dubbio l'efficacia unificante nei confronti di tutte le forme di lavoro che possono svolgersi dentro e fuori l'impresa.

dunque conservi intatte le proprie potestà di inserire la prestazione nell'organizzazione, articolandola secondo le necessità e l'andamento di quest'ultima²⁰⁹.

La flessibilizzazione dei rapporti di lavoro ha in alcuni casi mitigato anche la rigidità di un altro profilo tradizionalmente essenziale della subordinazione: la continuità della prestazione, intesa come non interruzione nel tempo della sua materiale esecuzione. Basti pensare al lavoro a chiamata, soprattutto se nel contratto non sia previsto l'obbligo di risposta del debitore, in cui la prestazione appare frammentata nel tempo e il requisito dell'inserimento costante delle energie psicofisiche del lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale sempre più labile²¹⁰; tuttavia, la struttura snella dell'impresa post-taylorista che, come più volte ricordato, ha come proprio obiettivo la piena adattabilità ai mutevoli andamenti della domanda e del mercato, potrebbe conciliarsi con l'idea di un inserimento della prestazione del lavoratore in senso altrettanto flessibile: in altre parole, "messa a disposizione" delle energie psico-fisiche potrebbe semplicemente indicare, alla luce dell'interesse delle parti e soprattutto dell'organizzazione produttiva, la possibilità per il datore di chiamare il lavoratore al sorgere di particolari esigenze, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia o meno obbligato a rispondere²¹¹.

Quest'articolazione di singoli elementi di rigidità del contratto tipico, che genera le varie figure di rapporti "atipici", necessariamente comporta un'attenuazione di determinate tutele che tradizionalmente accompagnano il lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato: il legislatore, infatti, nel tentativo di diversificare le possibilità di impiego delle energie lavorative dell'impresa, ha selezionato elementi di rigidità da flessibilizzare, e, dunque, corrispondenti profili di tutela che di volta in volta non sembrassero coesenziali al nucleo forte dello statuto protettivo associato alla subordinazione²¹². Flessibilizzare il modello tipico significa perciò creare contratti che sono "atipici" perché non godono dell'intero apparato di tutele, le quali vengono differenziate e articolate

²⁰⁹ GAETA, 1997, 114 s.; CARABELLI, 2003, 77 s.; NAPOLI, 1995, 1130 ss. evidenzia come non si possa definire "eterodirezione" soltanto la puntuale e costante determinazione da parte del datore di lavoro dei compiti che il lavoratore deve svolgere, in quanto questa immagine sarebbe probabilmente eccessiva e inappropriata anche per il precedente contesto produttivo taylor-fordista. Piuttosto, e tanto più nel modello di produzione flessibile, appare opportuno concepire il potere direttivo come un potere di impulso dell'imprenditore, che dinamicamente dirige l'organizzazione nel suo complesso e orienta funzionalmente tutte le prestazioni in essa inserite, pur se non singolarmente e specificamente dirette.

²¹⁰ Cfr. LEVI, 2006, 379 ss.; BELLOCCHI, 2007, 518 ss.; PELLACANI, 2006, 178 ss. Già di questa opinione GAETA-TESAURO, 1993, 214 s.

²¹¹ ALESSI, 2012, 33 s. richiama la giurisprudenza comunitaria che ha sancito la computabilità dei periodi in cui il lavoratore a chiamata resta "a disposizione", pur senza effettivamente lavorare, ai fini della determinazione della durata del rapporto, argomentando che già la mera disponibilità del lavoratore soddisfa l'interesse del creditore, evidentemente alla luce delle particolari modalità di organizzazione dell'impresa, all'inserimento della professionalità di questi nella struttura produttiva.

²¹² BALLESTRERO, 1987, 291 afferma che qualunque strategia di flessibilizzazione introdotta dal e nel diritto del lavoro implica necessariamente una riduzione delle tutele, orientata a sua volta ad una riduzione del costo del lavoro; PROIA, 2002, 438 s.; G. SANTORO-PASSARELLI, 2009, 206.

nella creazione di nuovi modelli: così, ad esempio, nel contratto a termine²¹³ si rinuncia alla tutela della stabilità del posto di lavoro e della durata indefinita del rapporto, elemento protettivo tipico della subordinazione “piena”; nel contratto di lavoro a tempo parziale²¹⁴, invece, si rinuncia alla tutela della pienezza della retribuzione, calcolata sulla durata massima e standardizzata della giornata lavorativa²¹⁵; nel contratto di lavoro intermittente, come già accennato, cade il profilo della tutela della continuità della prestazione nel tempo.

In quest’opera di differenziazione e modulazione delle caratteristiche dei vari rapporti, appare quanto mai centrale l’elemento del tempo²¹⁶, perché proprio il tempo sembra l’aspetto più adatto ad un’articolazione varia e ampia, capace di creare molteplici diversificazioni e dunque dare vita a rapporti flessibili e devianti dal modello standard, che prevede una durata indeterminata del contratto e piena dell’orario di lavoro²¹⁷. Questa valorizzazione dell’aspetto temporale costituisce qualcosa di parzialmente inedito, in quanto esso ha tradizionalmente costituito soltanto l’elemento di determinazione quantitativa della prestazione di lavoro, e dunque della corrispettiva retribuzione, senza poter in alcun modo accedere ad una funzione qualificatoria della fattispecie; il tempo, da elemento accidentale del rapporto²¹⁸, diventa invece l’aspetto qualificante i contratti atipici, perché attraverso la sua articolazione si realizza la flessibilizzazione delle rigidità della disciplina standard, tanto che autorevole dottrina ha parlato, pur nella intoccabilità del nucleo causale della subordinazione, di una forma di specialità tecnico-funzionale dei rapporti atipici articolati sulla base dell’elemento temporale: il contratto di lavoro subordinato cui venga apposto un termine di durata finale, infatti, diventa un altro contratto, non un diverso tipo e nemmeno un sottotipo, ma un’articolazione speciale del rapporto standard, qualificata sulla base dell’elemento temporale²¹⁹.

²¹³ Cfr. COSTA – TIRABOSCHI, 2012, 97 ss.; PROIA, 2002, 421 s. nota come il contratto di lavoro a tempo indeterminato sia radicalmente incompatibile con necessità temporanee dell’impresa, tanto più a causa dell’interpretazione estensiva che la giurisprudenza ha operato sul c.d. obbligo di *repêchage*, per cui appare molto difficile, a fronte della cessazione di una determinata esigenza produttivo-organizzativa, liberarsi definitivamente del lavoratore intimando un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, poiché con ogni probabilità il dipendente potrà essere ricollocato in un’altra posizione all’interno dell’impresa.

²¹⁴ Cfr. BROLLO, 2012, 118 ss.; LANOTTE, 1995, 210 evidenzia come la portata flessibilizzante del lavoro a tempo parziale risieda, ben più che nella riduzione oraria della prestazione in sé, nella possibilità di gestire dinamicamente la distribuzione e il dispiegamento di tale prestazione, in ossequio alle esigenze, talora limitate e sempre variabili, dell’impresa.

²¹⁵ GHERA, 1999, 496 s. definisce questa tecnica legislativa di articolazione e differenziazione delle tutele per creare contratti atipici come una delle possibili strade perseguite dal legislatore al fine di facilitare la versatilità dell’offerta di lavoro sul mercato. Cfr. D’ANTONA, 1990, 529.

²¹⁶ Cfr. LANOTTE, 1995, 196 ss.; BARBONI, 1995, 221 ss.

²¹⁷ Cfr., per tutti, ICHINO, 2003, 345 ss.; DE LUCA TAMAJO, 1986, 430 ss.

²¹⁸ Come noto, il termine apposto al contratto rappresenta un elemento meramente accidentale di esso. Cfr. GALGANO, 2006, 292 s.

²¹⁹ GHERA, 2006, 193 ss.; *contra* però GAETA, 1997, 110 s., il quale afferma che il tempo è in ogni caso soltanto la modalità di svolgimento della prestazione di lavoro e non può in alcun modo qualificarla né avere ripercussioni in termini funzionali o definitivi.

Per quanto fin qui tratteggiato, dunque, i contratti atipici, o meglio flessibili, pur non contraddicendo né intaccando il nucleo forte e qualificante della subordinazione, si presentano come forme di articolazione degli aspetti tipici del contratto standard, di differenziazione delle tutele e conseguentemente di frammentazione della figura socialmente tradizionale e unitaria del lavoratore nell'impresa. A questa frammentazione a livello di rapporto individuale corrisponde un fenomeno parallelo e collegato sul piano del mercato del lavoro: la segmentazione. Non si può negare, infatti, che, pur a fronte dell'aspirazione alla massima flessibilità organizzativa, nemmeno l'impresa snella riesca a fare a meno di un nucleo (*core*²²⁰) di lavoratori stabilmente e "rigidamente" legati ad essa: questo perché, com'è ovvio, solo una relazione duratura e continuativa, anche in termini di prospettive future, tra il lavoratore e l'impresa, genera quei vantaggi misurati come fedeltà, svolgimento dei compiti chiave, gestione delle informazioni più importanti e dei processi essenziali, possibilità di crescita e formazione all'interno della struttura produttiva conosciuta e padroneggiata²²¹.

La promozione della flessibilità in entrata, mediante l'articolazione funzionale del contratto standard in una molteplicità di rapporti che incontrassero in modo puntuale le necessità delle imprese, è parsa, come più volte ricordato, lo strumento più adatto per creare una riallocazione del lavoro sul mercato, fornendo occupazione a più soggetti; d'altra parte, l'attenuazione delle rigidità del lavoro standard pareva efficacemente volta ad evitare la separazione tra gli *insider*, coloro che hanno il lavoro, e gli *outsider*, che invece non riescono ad accedervi e restano sistematicamente esclusi dall'occupazione, dal reddito e dalle tutele²²². Tuttavia, l'abolizione di questa dicotomia ne crea una nuova, poiché riallocare il lavoro in modo da farvi accedere un maggior numero di soggetti, ma con una redistribuzione in senso flessibile che interessa soltanto alcuni di essi, crea due gruppi ben distinti di lavoratori, contemporaneamente presenti sul mercato: i *core workers*, strettamente connessi al nucleo dell'impresa tramite contratti stabili e "rigidi", e i *contingent workers*, il cui legame con l'organizzazione produttiva appare più labile, perché temporaneo, di

²²⁰ L'utilizzo di questo termine e di quello, contrapposto, di *periphery*, nonché il modello su di essi basato, prende origine dalle già ricordate teorie di ATKINSON, 1996.

²²¹ ACCORNERO, 2001, 313; CARABELLI, 2003, 9 ss.; PROIA, 2002, 439; da ultimo, PERULLI, 2012, 263 s.

²²² Doveroso, a questo riguardo, il rimando ad ICHINO, 1996, che ha di fatto introdotto nel dibattito italiano questa terminologia e la teoria ad essa collegata; MAZZIOTTI, 2003, 491; cfr. quanto ampiamente detto *supra*, Cap. I. Rileva tuttavia SPEZIALE, 2007, 40, che il Libro Bianco del Governo Italiano del 2001, manifesto della modernizzazione del mercato e del diritto del lavoro per rilanciare l'occupazione e la competitività delle imprese, pare adottare una visione diversa sul punto, affermando che "il miglioramento qualitativo del rapporto di lavoro deve avvenire mediante un uso corretto del contratto di lavoro a tempo indeterminato, evitando che si diffonda flessibilità in entrata per aggirare i vincoli o le tutele predisposte per la flessibilità in uscita".

durata ridotta, o comunque, a vario titolo, “flessibile”²²³. La radicalizzazione di questa dicotomia rischia di destrutturare il mercato e l’offerta di lavoro e minare seriamente le basi dello statuto protettivo tradizionalmente associato al contratto di lavoro standard²²⁴, anche perché non pare negabile la tendenza ad una specializzazione “funzionale” dei contratti atipici, utilizzati il più delle volte al fine di far gravitare intorno all’impresa profili bassi e fungibili, che peraltro, proprio a causa del labile legame con l’organizzazione, non riusciranno a sfruttare la propria occupazione come occasione di crescita e sviluppo delle proprie competenze e professionalità²²⁵.

La frammentazione della figura tipica del lavoratore subordinato, infatti, ha assunto secondo alcuni la veste di una mera “rincorsa” del legislatore nei confronti delle necessità del mercato, senza che le esigenze di tutela del lavoratore fungessero debitamente da argine e contrappeso: a fronte del continuo diversificarsi della domanda, l’ordinamento avrebbe cercato di frammentare e parcellizzare l’offerta, in modo da creare una figura contrattuale “atipica” fatta su misura per ogni esigenza organizzativa²²⁶. Le tecniche di tutela non hanno però subito un adattamento altrettanto flessibile e modulato sulle nuove esigenze di protezione di lavoratori ormai molto lontani, almeno dal punto di vista socio-economico, dalla definizione unitaria di subordinazione: il livello di realizzazione della protezione tende sì ad “avvicinarsi” al lavoratore, ma non sempre in modo efficace; così, il progressivo passaggio di potere, soprattutto per quanto riguarda la gestione delle forme di lavoro atipico, dalla legge al contratto collettivo, appare spesso una devoluzione di tipo meramente quantitativo, che aumenta lo spazio dell’autonomia sindacale e riduce quello della norma inderogabile senza però porre le basi per una gestione qualitativa della flessibilità contrattata²²⁷. D’altra parte, non solo la legge, ma anche il contratto collettivo, nonché le forme di

²²³ FERRARO, 2009, 5, afferma che una precarizzazione diffusa, riguardando tanto coloro che sono dentro al mercato del lavoro quanto quelli che rimangono all’esterno, supera la stessa divisione tra *insider* e *outsider*, accomunati ora dai medesimi problemi di sottoprotezione. Con il termine di *contingent workers* ci si riferisce ad una figura nata e notevolmente diffusa nel mercato del lavoro degli Stati Uniti a partire dagli anni ‘70: il termine indica genericamente tutte quelle figure di lavoratori che appaiono “accidentali” e non “essenziali” nel sistema di organizzazione dell’impresa, perché assunti con forme di lavoro atipico oppure perché impiegati in meccanismi di *outsourcing* e dunque non direttamente dipendenti dall’imprenditore che li utilizza. Ovviamente, la distinzione *core/contingent workers* ben si sovrappone e si integra con l’articolazione dell’impresa secondo il modello *core/periphery*. Cfr. DALL’AGATA, 2002, 57 ss.; CORAZZA, 2002, 189 ss.; CARABELLI, 2003, 98 s.

²²⁴ GHERA, 1999, 486; PROIA, 2002, 444; MAZZIOTTI, 2003, 493 s.; GAETA-TESAURO, 1993, 211

²²⁵ Cfr. CARABELLI, 2003, 100 s.; MAGNANI, 2004, 190 ss.

²²⁶ Così SPEZIALE, 2007, 45; della stessa opinione già CARABELLI, 1999, 237 s., che leggeva le progressive aperture del mercato del lavoro ai contratti atipici e al lavoro interinale come una destrutturazione del rapporto standard alla ricerca delle ragioni dell’economia, dell’efficienza e della competitività, soprattutto su scala globale.

²²⁷ Cfr. GHERA, 2006, 199 s.; cfr. già D’ANTONA, 1990, 545 ss.; PASSALACQUA, 2005, 51 ss. afferma che la norma inderogabile si è progressivamente ritirata dall’area della tutela del rapporto di lavoro, incentrandolo la propria forza sulla tutela della persona del lavoratore. In questo modo, l’area lasciata libera dal legislatore è stata riempita dalla contrattazione collettiva, vera sede di protezione dei rapporti di lavoro in quanto tale. IVI, 37 ss. si evidenzia che questo fenomeno è divenuto particolarmente evidente nel momento in cui il d. lgs. 276/2003 ha introdotto nuove forme di

controllo sindacale e amministrativo, paiono perdere parte della propria centralità in un sistema ora focalizzato sulla libertà individuale, sull'autonomia delle parti che possono scegliere liberamente non solo, come in passato, di instaurare un rapporto di lavoro subordinato piuttosto che autonomo, ma anche, e soprattutto, la veste e la figura di quel contratto, con una modulazione dei suoi elementi in precedenza impensabile²²⁸.

Secondo alcuni tuttavia il legislatore, più che creare nuove tecniche di tutela o cercare di adattare le vecchie, pare seguire, in tema di contratti "atipici", un gioco al ribasso: per incentivare l'utilizzo di detti strumenti di flessibilità e dunque redistribuire l'occupazione disponibile sul mercato tra il più alto numero possibile di soggetti, il ricorso a forme contrattuali flessibili viene reso appetibile presentando le nuove figure come una sorta di "fuga", anche se non totale, dalla subordinazione, dai suoi costi e dai suoi vincoli²²⁹. Rigidità e flessibilità rischiano di essere allocate sul mercato senza un reale criterio ordinatore, così come l'occupazione creata presenta il rischio di nascondere in verità un mero fenomeno di *turn over*, un continuo scambio tra coloro che lavorano (in modo flessibile e dunque parziale, temporaneo o ridotto) e coloro che non lavorano, categorie permeabili che, in modo ciclico, si alternano in periodi di occupazione e non occupazione con rapidità e frequenza²³⁰.

Questo mercato del lavoro flessibile e segmentato pare dunque un ambiente strutturalmente sottoprotetto, dove varie forme di occupazione sono differenziate sulla base delle tutele riconosciute: in un simile contesto, una rimodulazione delle tecniche di protezione instaurata soltanto nel mercato e non più nel rapporto sembra difficilmente pensabile²³¹. Non si può infatti trascendere dalla considerazione per cui, malgrado il passaggio ad un nuovo paradigma organizzativo e malgrado il mutamento della struttura della domanda e del mercato, è solo nel rapporto di lavoro, e non nei meccanismi di transizione, che la persona del lavoratore si trova

flessibilità del lavoro, inaugurando una nuova stagione dei rapporti legge-contratto collettivo quanto alla gestione e all'utilizzo dell' "atipicità".

²²⁸ GALANTINO, 2003, 280 ss. parla di una tensione del legislatore, evidente soprattutto nel testo del d. lgs. 276/2003, che, nel momento in cui riforma il mercato del lavoro, appare diviso tra le istanze di promozione dell'autonomia delle parti come strumento di libertà e flessibilità e la necessità di tutela del lavoratore, che si manifesta attraverso le spinte garantistiche volte a creare un sistema legale e soprattutto contrattual-collettivo di limiti alla libera determinazione del contenuto dei contratti "atipici". PROIA, 2002, 435 s.

²²⁹ Così già D'ANTONA, 1995, 63, affermando che il primo ad essere coinvolto in questa fuga è proprio il legislatore. LANOTTE, 2005, 608; SPEZIALE, 2007, 45 s.; MAGNANI, 2006, 33 s. nota come, al contrario, uno degli scopi ispiratori della Riforma Biagi fosse quello di disciplinare la flessibilità incasellandola in rapporti regolamentati dalla legge, in modo da eliminare lo spazio dell'utilizzo di schemi di lavoro elusivi e fraudolenti.

²³⁰ PROIA, 2002, 452; FERRARO, 2009, 4 ss. afferma che il lavoro, prima compagno continuativo dell'intera vita della persona, si trasforma in un fenomeno discontinuo e frammentato, che sottopone la stabilità del lavoratore all'andamento di cicli variabili e imprevedibili.

²³¹ GALANTINO, 1998, 320; CARABELLI, 1999, 186 s., dà conto del forte contenuto ideologico di qualunque lettura univoca della flessibilità, tanto come strumento di occupazione e competitività quanto come fonte di sottoprotezione sociale del lavoratore e precarizzazione dei rapporti.

presente, coinvolta e implicata nella sua totalità: le nuove forme di lavoro sono sicuramente meritevoli di tutela, laddove promuovano la competitività dell'impresa e la qualità della prestazione, ma la dignità del lavoratore resta un valore assolutamente imprescindibile²³².

Certo, non è possibile legare astoricamente il concetto di dignità alla sola figura tradizionale del lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato, e tuttavia non si può tacere una certa "ipocrisia" del legislatore, che modula e scompone la tipicità del lavoro standard dichiarando di perseguire determinati scopi (la formazione del lavoratore, la copertura di esigenze temporanee e transitorie dell'impresa, la conciliazione dei tempi di vita e lavoro) e in realtà spesso pare soltanto offrire alle imprese strumenti funzionali ad una riduzione dei costi del lavoro²³³.

3.2.4. Flessibilità, costi della subordinazione ed esternalizzazioni.

Come detto fino a questo momento, la crescente domanda di flessibilità (e la flessibilità del tipo di domanda) proveniente dalle imprese ha generato le modulazioni e le articolazioni del concetto di subordinazione concretizzatesi nei vari contratti "atipici".

Tuttavia, esiste anche un altro fenomeno, più "estremo", in cui lo stesso concetto tecnico-giuridico di subordinazione, non contraddetto dai contratti atipici, viene rifiutato dalle imprese, che preferiscono ricorrere a modelli diversi dal lavoro dipendente per assicurarsi la disponibilità della forza lavoro²³⁴; alle varie modulazioni della figura standard del lavoratore subordinato si affiancano infatti vere e proprie "incursioni" nell'area del lavoro autonomo, oppure si ricorre a strumenti che permettano all'imprenditore di utilizzare le energie lavorative di soggetti non da lui dipendenti²³⁵.

Come opportunamente evidenziato, il contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato non costituisce soltanto il modello tradizionale di lavoro nell'impresa, ma rappresenta anche il paradigma negoziale tipico con cui l'organizzazione si è da sempre procurata le energie, le risorse umane di cui aveva bisogno. La società post-fordista, invece, trova nuovi modi per procurarsi la forza lavoro necessaria, rivolgendosi soprattutto al mercato e utilizzando, anche per il fattore lavoro,

²³² PROIA, 2002, 452 s; SCOGNAMIGLIO, 2006, 222. Sul tema della dignità del lavoratore e della funzione del diritto del lavoro come strumento di protezione di questo valore cfr. ampiamente VENEZIANI, 2010, 257 ss.; FERRANTE, 2011, 201 ss.

²³³ GALANTINO, 1998, 319; SPEZIALE, 2007, 51 ss., ove si paventa la c.d. "trappola della precarietà", ovvero il fenomeno per cui l'utilizzo di forme contrattuali atipiche rischia di essere fine a se stesso e, disattendendo le aspettative di formazione o miglioramento della prestazione, di bloccare il lavoratore in una situazione di instabilità senza sbocco. IVI, 58, si evidenzia come, ad esempio, il contratto a tempo determinato venga spesso utilizzato con una fungibilità pressoché totale rispetto a quello a tempo indeterminato, anche a fronte di esigenze tutt'altro che temporanee dell'impresa. Cfr. anche PERULLI, 2002, 381 ss., che evidenzia le difficoltà di conciliazione tra flessibilità del lavoro e istanze di tutela del lavoratore troppo spesso precarizzato, vulnerabile e privato della necessaria stabilità.

²³⁴ Cfr. GHERA, 2006, 161

²³⁵ LANOTTE, 2005, 609 parla di una massima frammentazione tipologica che interessa l'area sia del lavoro subordinato sia di quello autonomo, ma rischia, nel rispondere efficacemente e opportunamente alle esigenze di flessibilità delle imprese, di rendere incerti i livelli di tutela riconosciuti ai lavoratori. Cfr. già F. CARINCI, 1985, 231 s.

strumenti di natura sempre più contrattual-commerciale²³⁶. La spiegazione economica di queste tendenze è stata ricercata da varie voci della dottrina giuslavoristica, non solo italiana, in una rilettura del cosiddetto “teorema di Coase”: nel 1937, l’economista inglese Ronald H. Coase formula la sua celebre teoria, ampliata e approfondita in un successivo saggio del 1960²³⁷, incentrata sulla nozione di “costi di transazione”. In base a quest’analisi, ogniqualvolta un soggetto si rivolge al mercato per scambiare un bene o un servizio, e dunque agisce e stabilisce contatti con altri soggetti, deve sostenere determinati costi: costi di accesso al mercato, di ricerca della controparte, di negoziazione, di esecuzione della prestazione, di adempimento del contratto²³⁸. Contrariamente alla teoria neoclassica, Coase non concepisce il mercato come il luogo dell’efficienza *ex se*, ma come uno spazio in cui gli effetti negativi dell’interazione con altri soggetti possono essere efficacemente eliminati mediante meccanismi di internalizzazione e tramite la scelta del tipo di relazione più conveniente. A questo punto, si inserisce l’intervento del diritto: la legge attribuisce diritti (in senso ampio) in modo che determinati “beni” risultino già inizialmente nel possesso di coloro nelle mani dei quali è più efficiente porli, affinché il riconoscimento a priori di questi diritti elimini i costi di transazione necessari per acquisirli e scambiarli sul mercato e assicuri che la loro allocazione risponda *ex ante* a criteri di economia ed efficacia²³⁹.

Considerando specificamente l’ambito del lavoro subordinato, si è argomentato che, affinché l’impresa si procacci le risorse umane di cui abbisogna, l’instaurazione di una relazione gerarchica stabile interna all’organizzazione appare molto più efficiente della necessità di negoziare continuamente l’acquisizione di questi diritti sul mercato. L’imprenditore, infatti, ponendo in essere un’unica attività negoziale, in questo caso la conclusione del contratto di lavoro subordinato, ma più genericamente la creazione stessa dell’impresa come attività economica organizzata, istituisce una relazione di autorità che gli permette di governare in futuro tutti i fattori e i processi produttivi mantenendoli all’interno del proprio ambito di potere, di non rivolgersi più al mercato e dunque di

²³⁶ CARABELLI, 1999, 191 e ID., 2003, 90 s., fa riferimento alla “contrattualizzazione” dell’impresa e rileva che il contratto di lavoro subordinato è divenuto solo uno degli strumenti che l’impresa può liberamente scegliere di utilizzare per procurarsi le energie umane di cui ha bisogno. Il funzionamento dell’impresa, infatti, si “commercializza” sempre più anche con riguardo al fattore lavoro: il tradizionale ruolo dell’organizzazione di procurarsi sul mercato i mezzi di produzione per poi organizzarli e orientarli al risultato sembra differenziare sempre meno le risorse umane dalle altre materie prime.

²³⁷ I saggi di Coase sono raccolti in COASE, 1995, in particolare 41ss. e 199 ss.

²³⁸ Cfr. CORAZZA, 2002, 184; BONAZZI, 2008, 431 ss.

²³⁹ DEL PUNTA, 2001, 33 ss., il quale tuttavia rileva alcune incongruenze nell’applicazione del teorema di Coase per quanto riguarda l’attribuzione di diritti nell’ambito del rapporto di lavoro subordinato. Infatti, poiché detto rapporto, una volta instaurato, vive al di fuori del mercato, non si spiegherebbe un intervento del legislatore volto a disciplinarne lo svolgimento, se non ammettendo che esso sia dettato da ragioni superiori ed estranee ad una valutazione economica dei costi di transazione e dell’efficienza del mercato. Così, il sistema di tutele riservate alla lavoratrice madre sarebbe efficiente solo in quanto ella potesse decidere di rinunciare ai propri diritti in cambio di un riconoscimento economico da parte del datore di lavoro, cosa che, come noto, non è permessa nel nostro ordinamento, sulla base di considerazioni che prescindono dalla mera convenienza di mercato dell’opzione normativa.

annullare i costi di transazione²⁴⁰. Lo strumento che sorge dal contratto di lavoro subordinato, e da esso solo, e permette all'imprenditore di utilizzare proficuamente e continuativamente le energie dei propri dipendenti senza doverle ogni volta negoziare sul mercato è il potere direttivo che, a fronte dell'unico atto negoziale iniziale, permette di allocare le risorse nel modo e nel luogo ove esse siano necessarie all'organizzazione, dotando il contratto iniziale della necessaria flessibilità quanto al suo oggetto²⁴¹.

Tuttavia, la scelta della relazione gerarchica e dell'internalizzazione delle relazioni nell'impresa non è necessariamente la più efficiente, in quanto è sempre possibile tornare a rivolgersi al mercato se questa opzione risulta più conveniente; il giudizio di convenienza viene svolto comparando due diversi ordini di costi, associati a ciascuna delle due opzioni possibili: i costi di transazione, propri delle relazioni di mercato, e i costi di gestione interna dell'impresa, implicati nella relazione gerarchica²⁴². Per quanto riguarda specificamente il fattore produttivo lavoro, i costi di gestione assumono una veste ben precisa, che opportunamente porta la definizione di "costi di subordinazione"²⁴³: i costi di subordinazione sono quelli strutturalmente associati alla fattispecie del contratto di lavoro subordinato in quanto tale, poiché la subordinazione, ovvero lo stabile inserimento del dipendente nell'impresa e la sua sottoposizione al potere direttivo comporta dei costi inevitabili, che si sostanziano nella necessità di mantenere sempre e comunque il lavoratore all'interno dell'organizzazione (e dunque retribuirlo, assolvere agli oneri fiscali e previdenziali e agli altri obblighi di legge, sostituirlo a proprie spese se assente o impossibilitato all'adempimento), anche in tutti quei momenti in cui il lavoratore, con la sua presenza, le sue energie e la sua prestazione non sia realmente utile alle necessità o al fabbisogno dell'impresa. La contropartita di questi costi, come detto (cfr. *supra*, § 3.1.1), è proprio la possibilità per l'imprenditore di avere il lavoratore sempre a disposizione e di poterne dispiegare e dirigere le energie senza operazioni di negoziazione esterne all'impresa stessa.

Come detto, tuttavia, l'impresa post-fordista vive un generale processo di degerarchizzazione e di dematerializzazione dell'esercizio dei poteri imprenditoriali, almeno in senso tradizionale: il potere

²⁴⁰ PEDRAZZOLI, 1998, 59 s.; DEL PUNTA, 2001, 34; CORAZZA, 2002, 184 s.

²⁴¹ CORAZZA, 2002, 185. Del resto, già SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 29; 39 s. affermava che l'obbligo di prestare lavoro e la subordinazione fossero due cose diverse, per cui, mentre il primo poteva essere proprio di qualunque lavoratore (anche di quelli le cui energie e la cui prestazione vengono volta per volta "negoziare" sul mercato), solo la seconda identificava il lavoratore subordinato e, parimenti, solo dallo stabile inserimento all'interno dell'organizzazione produttiva poteva derivare quel potere direttivo dell'imprenditore che qualifica la subordinazione stessa. M. G. GAROFALO, 2009, 17 s. afferma che questa nozione di "flessibilità" come possibilità per il potere direttivo di incidere sull'oggetto del contratto di lavoro nel corso dello svolgimento del rapporto non costituisce una definizione tecnica, ma soltanto una nozione generica di adattabilità delle mansioni all'interno dell'impresa.

²⁴² CORAZZA, 2002, 185

²⁴³ Il termine è usato per la prima volta in questo senso e con la spiegazione che segue da PEDRAZZOLI, 1998, 62; per un'analisi circa la natura, fissa o variabile, di questi costi, cfr. SPALLINI, 2009, 23 ss.

direttivo non è più necessariamente continuato nel tempo e nello spazio, e la dipendenza assume molto spesso le forme di una collaborazione comunicativa²⁴⁴. L'impresa orizzontale vive di un'ottica più partecipativa che autoritaria, per cui, posto che ogni lavoratore, anche subordinato, diventa un collaboratore nell'impresa, e ciò che interessa è la sua capacità di autonoma gestione di processi piuttosto che la sua sottoposizione a direttive, l'imprenditore potrebbe avere un interesse sempre più limitato all'esercizio dei suoi tradizionali poteri e dunque attribuire a questa prerogativa un valore minore in termini economici²⁴⁵.

Queste considerazioni influenzano ovviamente le scelte imprenditoriali quanto ai mezzi di acquisizione del fattore lavoro: riassuntivamente, l'opzione dell'imprenditore diventa, anche riguardo alle risorse umane, *make or buy*, ovvero decidere se sia più conveniente “fare” il lavoro al proprio interno, con dipendenti stabilmente inseriti nell'impresa, oppure rivolgersi al mercato e “comprare” quello stesso lavoro per servirsene²⁴⁶. Il sempre più limitato valore che l'impresa attribuisce alla stabilità dell'inserimento del lavoratore al proprio interno e alla possibilità di esercitare i propri poteri renderebbe sproporzionati i costi della subordinazione rispetto ai suoi benefici, e dunque spiegherebbe il massiccio ricorso al mercato di molte imprese, che utilizzano contratti commerciali per procurarsi esternamente le risorse umane necessarie. In questa generale propensione alla preferenza dei costi di transazione rispetto a quelli di subordinazione e gestione interna, entrano ovviamente in gioco vari fattori: ad esempio la specializzazione tecnologica o professionale che può essere più facilmente trovata all'esterno dell'impresa piuttosto che creata con la formazione dei lavoratori interni, oppure, in un contesto globalizzato come quello attuale, la possibilità di rivolgersi a controparti commerciali stanziate in paesi con ordinamenti giuridici più “convenienti” dal punto di vista economico e normativo²⁴⁷.

²⁴⁴ Cfr. GHERA, 2006, 176 ss. con esplicito riferimento ai sistemi c.d. di Qualità Totale (*Total Quality Management*), una declinazione particolare del post-Taylorismo, in cui ogni lavoratore collabora e partecipa al fine della realizzazione dell'obiettivo finale dell'impresa. Il singolo, in questo schema, è responsabile di un preciso segmento del processo e ne gestisce autonomamente la buona riuscita in modo da orientarlo alla ricerca della massima qualità in ogni fase del flusso produttivo. Per approfondimenti giuslavoristici sui sistemi della Qualità Totale cfr., tra tutti, GALANTINO, 1995, 4 ss.; CORNO, 1997, 11 ss.

²⁴⁵ R. PESSI, 2003, 593, afferma che il modello partecipativo, collaborativo, orientato al dialogo e all'adesione, prima esclusivo appannaggio del rapporto di lavoro dirigenziale, tende a divenire la figura generale del lavoro subordinato all'interno dell'impresa post-fordista. Cfr. anche F. CARINCI, 1985, 221 s.; CARABELLI, 2003, 106. Tuttavia GAETA, 1997, 120 s., mette in guardia contro letture eccessivamente organicistiche della “partecipazione” del lavoratore all'interno dell'impresa post-fordista, in quanto il nesso tra lavoratore e organizzazione deve comunque essere interpretato in chiave meramente tecnico-funzionale, come relativo al solo momento iniziale dell'instaurazione del rapporto, restando invece del tutto ininfluenti le successive vicende dell'organizzazione stessa.

²⁴⁶ CARABELLI, 2003, 93 s.; PROIA, 2002, 446, evidenzia che l'impresa snella potrebbe, in linea teorica, fare a meno di qualunque tipo di gestione del lavoro, tanto subordinato quanto autonomo, per servirsi solamente di rapporti di natura commerciale.

²⁴⁷ Cfr. CORAZZA, 2002, 186 s.; PERULLI, 2012, 253; del resto, già CARABELLI, 1999, 191, individuava uno dei fattori che hanno spinto il legislatore ad aprirsi a forme di decentramento produttivo ed esternalizzazione prima assolutamente vietate nella necessità di fronteggiare il fenomeno, in precedenza sconosciuto e invece facilitato dall'integrazione

Tuttavia, come opportunamente notato, sarebbe errato affermare che la moderna impresa snella abbia sostituito completamente le relazioni gerarchiche con le relazioni di mercato, poiché, al contrario, essa continua, e non potrebbe altrimenti, ad esercitare la propria autorità e i propri poteri di coordinamento dei fattori produttivi, semplicemente mutando i soggetti passivi verso cui tali prerogative di gestione sono indirizzate: l'impresa snella non costituisce più una piramide verticale, ma una rete orizzontale, al cui interno devono però in ogni caso essere integrati e coordinati i vari fattori produttivi, in modo che si orientino all'obiettivo finale dell'organizzazione²⁴⁸. Così, l'impresa flessibile esercita i propri poteri di gestione non più sui lavoratori, ma sui partner commerciali da cui "compra" il lavoro necessario: lavoratori autonomi (o meglio, come si vedrà oltre, "parasubordinati"), agenzie di somministrazione, appaltatori, imprese di fornitura. Questi soggetti, a loro volta, gestiscono il lavoro e ne sopportano i costi, mettendolo a vario titolo a disposizione dell'impresa committente, che dunque non si rivolge realmente al mercato, perché allora veramente eccessivi sarebbero i costi di transazione, ma sviluppa forme reticolari di internalizzazione "estesa" dei costi di gestione ed organizzazione²⁴⁹.

L'impresa snella decide così di concentrarsi su quello che sa fare al meglio, di specializzarsi al massimo e di comprare tutto il resto (con tutti i vantaggi che ciò comporta in termini ad esempio di riduzione delle scorte, di annullamento del magazzino e di costruzione di catene di valore aggiunto), secondo la formula "*Do what you do best, make it better and outsource the rest*"²⁵⁰: ciò che non fa parte del "meglio" che l'impresa sa fare, della specializzazione elettiva su cui raggiungere la massima efficienza, deve essere *outsourced*, ovvero, con termine italiano, esternalizzato, espunto dall'impresa stessa per essere collocato altrove²⁵¹.

Fenomeni di esternalizzazione esistevano, nella pratica, già prima che in Italia fossero organicamente regolamentati e, in alcuni casi, permessi. Il panorama degli strumenti, spesso ai limiti della legalità, con cui le imprese cercavano di assegnare a manodopera altrui lo svolgimento di parti o fasi dei propri processi produttivi era variegato nella realtà, contraddittorio e lacunoso nel

dell'economia a livello globale, della delocalizzazione delle attività produttive verso paesi lontani, dove ordinamenti che sottoproteggono il lavoratore abbattano notevolmente il costo della manodopera. MAZZOTTA, 1979, 482 ss. vedeva nel decentramento produttivo una delle principali strategie per l'accesso al lavoro irregolare.

²⁴⁸ ACCORNERO, 2001, 312 ss.; DALL'AGATA, 2002, 46 ss.; VICARI, 2002, 73 ss. afferma che il modello di impresa a rete è qualcosa di più dell'*outsourcing*: la prima infatti va oltre il secondo, non si limita alla massima specializzazione e all'alleggerimento dalle attività non essenziali, ma crea una struttura di gestione dinamica della conoscenza.

²⁴⁹ PEDRAZZOLI, 1998, 60 s.; R. PESSI, 2003, 591 s.; cfr. anche CASTELVETRI, 1997, 82 ss.

²⁵⁰ VICARI, 2002, 71; CARABELLI, 2003, 93 s.

²⁵¹ Come precisa CARABELLI, 2003, 95, l'esternalizzazione è uno strumento e un concetto di tipo giuridico e non fisico-materiale, in quanto spesso non avviene alcuno spostamento spaziale-logistico della prestazione lavorativa, ma soltanto un mutamento nella titolarità giuridica del rapporto. Esempio tipico e rappresentativo di questo è l'appalto endoaziendale.

diritto²⁵². La regola generalmente vigente era il divieto assoluto di interposizione, posto dalla legge n. 1369 del 1960, con cui il legislatore mirava a proteggere i lavoratori da indebite forme di sfruttamento da parte di un datore di lavoro privo di tale veste formale e dunque non direttamente tenuto e responsabile, ai sensi di legge, nei loro confronti²⁵³; tuttavia, il divieto assoluto posto dalla legge risultava stretto per le necessità delle imprese, e questa incompatibilità della norma con le esigenze della produzione si è resa man mano più evidente a partire dagli anni '80, in occasione delle trasformazioni del paradigma organizzativo e del mutamento della concezione del lavoro che si è cercato di esporre²⁵⁴. Così, ad esempio, diverse imprese iniziarono ad affidare parti del proprio processo produttivo ad altre imprese, solitamente più piccole, mediante lo strumento dell'appalto: molto spesso, l'appaltatrice finiva per lavorare in regime di monocommittenza, per cui, nella sostanza, si realizzava una fattispecie di lavoro nell'interesse di un soggetto diverso dal datore, ma senza che i dipendenti riuscissero ad avere il riconoscimento di particolari tutele ricollegate a questa situazione²⁵⁵.

A partire dalla fine degli anni '90, il legislatore prende atto del cambiamento della struttura dell'impresa e della nascita di modelli reticolari e orizzontali, articolati sulla frammentazione del processo produttivo affidato a soggetti diversi: si passa da una concezione negativa dei fenomeni di esternalizzazione come strumento di elusione della normativa di tutela del lavoro ad un'apertura nei confronti della loro funzione di strumento di competitività e modernizzazione delle imprese sul piano globale, pur rimanendo un certo clima di "sospetto" che porta all'apposizione di una serie di limiti specifici preposti al legittimo utilizzo di questi istituti²⁵⁶. Il permesso concesso alle imprese di utilizzare "condizionatamente" questi istituti si trova sistematizzato per la prima volta in un

²⁵² Doveroso il riferimento, per quanto attiene alle fattispecie interpositorie, alle loro caratteristiche e alla loro natura illecita, a MAZZOTTA, 1979. Cfr. anche VENEZIANI, 1993, 278 s. Per l'utilizzo del lavoro a domicilio come forma di esternalizzazione permessa anche nella vigenza del generale divieto di interposizione cfr., tra tutti, CHIECO, 1996, 404 ss.

²⁵³ La proibizione, secondo alcuni, era in realtà già radicata nell'ordinamento italiano in epoca precedente, e precisamente sulla base del dettato dell'art. 2127 c.c., che sanciva il divieto per l'imprenditore di affidare il lavoro a cottimisti che a loro volta si servissero di propri dipendenti per svolgerlo. Cfr. GALANTINO, 2012a, 179 s.; *contra* però PROIA, 2002, 422.

²⁵⁴ CALCATERRA, 2002, 127 ss.; A. PESSI, 2008, 407 ss.; DEL PUNTA, 2008, 131 s. afferma che, negli anni '90, mentre la dottrina giuslavoristica maggioritaria puntellava il divieto di interposizione per assicurarne la tenuta, l'opinione prevalente nella prassi lo considerava "poco più di un reperto preistorico".

²⁵⁵ CORAZZA, 2002, 215; ICHINO, 2004, 258 ss. parla di un'applicazione "opportunistica" della legge 1369/1960 che, a fronte del divieto assoluto di interposizione, tollerava forme surrettizie di esternalizzazione nella forma dell'appalto di servizi *labour intensive*.

²⁵⁶ F. CARINCI, 1985, 210 s.; LANOTTE, 2005, 610 ss., fa riferimento alla storica legge 196/1997 sul lavoro interinale come primo momento in cui il legislatore ammette che la dissociazione tra le due figure del datore di lavoro formale e di quello sostanziale non rappresenta un disvalore assoluto, ma può essere utilizzata come strumento legittimo di efficiente organizzazione del processo produttivo nell'impresa; PERULLI, 2002, 365 ss. nota come la libertà "condizionata" cui vengono sottoposti i regimi legali delle esternalizzazioni accomuni tutti i Paesi europei. Per una ricostruzione storica della disciplina della somministrazione in Italia cfr. M.T. CARINCI, 2008, 19 ss.

quadro unitario nel d. lgs. 276/2003: non è difficile riconoscere, nell'articolazione normativa, la risposta specifica alle varie esigenze dell'organizzazione snella, che necessita talora di integrare nel proprio processo produttivo dipendenti non propri, e ricorre allora alla somministrazione di manodopera, talaltra di acquistare prestazioni e servizi dai singoli, e si serve della collaborazione coordinata e continuativa qualificata dal progetto, o ancora che vuole assegnare intere fasi del processo produttivo all'organizzazione altrui del lavoro, tramite lo strumento dell'appalto, o infine che cede rami d'azienda per contrattualizzare la relazione prima gerarchica tra il centro e la periferia dell'impresa²⁵⁷.

Per quanto riguarda l'appalto e la somministrazione (e, prima di essi, il lavoro interinale *ex l.* 196/1997), l'apertura dell'ordinamento è stata letta come importante accettazione del radicale cambiamento da essi portato: per la prima volta, infatti, si rompe lo schema bilaterale connaturato al contratto/rapporto di lavoro, che, a prescindere dalle varie interpretazioni possibili, lega l'imprenditore e il lavoratore, stabilendo diritti e doveri in senso sinallagmatico. Le fattispecie interpositorie, invece, scindono la figura del datore di lavoro, dissociando colui che è responsabile del lavoro da colui che materialmente lo utilizza, incrinando inevitabilmente lo schema negoziale del lavoro nell'impresa²⁵⁸. Uno dei caratteri tipici, ed anzi identificativi, della subordinazione è infatti l'effettiva idoneità e l'orientamento finalistico della prestazione del lavoratore a produrre un risultato o un'utilità che vada a vantaggio del datore di lavoro²⁵⁹; le forme interpositorie metterebbero in crisi questo tipo di rapporto, perché l'utilità prodotta dalla prestazione del lavoratore, subordinato al proprio datore, andrebbe a vantaggio di un soggetto diverso, non legato al primo da un rapporto contrattuale.

In realtà, ben si può argomentare che lo schema tipico dell'inserimento del lavoratore nell'impresa non venga per forza contraddetto dalle fattispecie interpositorie: in questi casi, infatti, la prestazione di lavoro serve effettivamente l'utilità del datore ("formale"), poiché è obiettivo di questi che il risultato dell'attività o l'attività stessa vadano a creare vantaggio e utilità per un altro soggetto (il datore di lavoro "sostanziale"), nonché sua volontà che la prestazione del dipendente sia inserita nel

²⁵⁷ Cfr. A. PESSI, 2008, 424 s.; M.T. CARINCI, 2008, 6 ss.; per uno sguardo sul quadro generale degli obiettivi di modernizzazione e competitività perseguiti con l'apertura del diritto del lavoro verso le nuove forme di organizzazione cfr. BIAGI, 2001, 257 ss.. Per un'autorevole opinione "a caldo" sulla legge delega 30/2003 quanto all'annunciata abrogazione della legge 1369/1960, nonché sui timori di uno scardinamento del diritto ad opera delle ragioni dell'economia, cfr. MAZZOTTA, 2003, 6 ss.

²⁵⁸ Così CARABELLI, 1999, 189 s., che vede in questo modo realizzato un "sogno nascosto" dell'imprenditore; GALANTINO, 2003, 258 s. Tuttavia, non tutta la dottrina concorda circa la reale abrogazione della l. 1369/1960, in quanto sarebbe ancora presente nell'ordinamento un divieto generale di interposizione, mentre le singole forme di esternalizzazione lecite sarebbero state poste dal legislatore come esplicite eccezioni alla regola, cfr. DEL PUNTA, 2008, 129 ss.

²⁵⁹ Cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 14 ss.; MAZZOTTA, 1979, 267 ss.; RICCARDI, 2009, 59 ss.

ciclo produttivo altrui²⁶⁰. Nemmeno le forme interpositorie, dunque, proprio come i rapporti atipici, contraddicono la subordinazione ma piuttosto la “raddoppiano”, inseriscono un duplice vincolo di dipendenza, poiché la prestazione del lavoratore viene da una parte inserita nell’organizzazione dell’utilizzatore e dall’altra sottoposta al datore di lavoro, nonché una duplice alienità, poiché entrambi i “datori” di lavoro esercitano poteri sul lavoratore: quello formale dal punto di vista dell’amministrazione del rapporto, quello sostanziale invece sotto il più pregnante aspetto della direzione della prestazione all’interno dell’impresa²⁶¹.

Tuttavia, bisogna ammettere che anche l’interesse dell’imprenditore che utilizza la prestazione del lavoratore si atteggia in modo particolare rispetto a quello del datore di lavoro tradizionale: il committente nell’appalto e l’utilizzatore nella somministrazione, infatti, compiono, come detto, una scelta orientata al “buy” e non al “make”. Ciò che questi soggetti decidono di non “fare” ma di “comprare” non è un bene, un prodotto realizzato mediante il lavoro alle dipendenze altrui (come accade nella subfornitura²⁶²) ma è la forza-lavoro stessa, che, prima assolutamente e inderogabilmente “fuori commercio”, diventa essa stessa prodotto “in commercio”, acquistabile dall’impresa con un negozio di tipo commerciale, senza che il committente o l’utilizzatore siano toccati dall’instaurazione di un rapporto di lavoro con la manodopera di cui si servono²⁶³.

Come già accennato, l’apertura dell’ordinamento verso queste forme di “acquisto” della forza lavoro è stata accompagnata da una serie di cautele e il permesso vive all’interno di un complesso apparato di garanzie; nel caso dell’appalto, la vera garanzia di genuinità passa per la necessaria

²⁶⁰ ALESSI, 2012, 34 s., riporta le posizioni dottrinali che svalutano l’idea del datore di lavoro come soggetto che materialmente utilizza la prestazione del lavoratore, dato che, come detto, non necessariamente l’utilità per il datore di lavoro coincide con la materiale utilizzazione della prestazione, ben potendosi invece sostanziare nella messa a disposizione di quella prestazione a vantaggio di altra organizzazione e altro imprenditore. Cfr. NAPOLI, 1995, 1080 s.

²⁶¹ PROIA, 2002, 423 s. sostiene che questo doppio profilo di alienità e duplice inserimento nell’organizzazione aggiungerebbe al pur intatto e non contraddetto tipo del lavoro subordinato ulteriori elementi ad esso normalmente estranei, e perciò chiamati “extratipici”, che definirebbero questi rapporti come “sottotipo” del lavoro subordinato. Cfr. VENEZIANI, 1993, 281; ICHINO, 2004, 294 ss. parla dell’utilizzatore e del somministratore come “co-datori” di lavoro del prestatore; *contra* M.T. CARINCI, 2008, 14 s., che non vede in alcun modo scalfita la regola di fondo dell’unicità del datore di lavoro, ma rileva un’operazione del legislatore volta a suddividere, con espressa previsione normativa, singole prerogative datoriali solitamente unitarie tra i vari soggetti coinvolti in questo tipo di rapporti, per cui si potrebbe parlare di codatorialità (o pluridatorialità) solo in senso atecnico.

²⁶² Per un’interessante lettura della rilevanza giuslavoristica della fattispecie del contratto di subfornitura, nel quadro degli strumenti di decentramento produttivo e del divieto di interposizione al di fuori delle ipotesi disciplinate dalla legge, cfr. DE STEFANO, 2010, in particolare 13 ss.

²⁶³ MAZZIOTTI, 2003, 506 ss.; LANOTTE, 2005, 624; PERULLI, 2012, 251, afferma che i meccanismi di incontro tra domanda e offerta di lavoro hanno assunto tratti tipicamente “mercantili”, in cui l’uomo e il suo lavoro vengono concepiti come una mera risorsa economica. CHIECO, 2006, 149 ss., nota che, nel caso della somministrazione, si assiste all’inedito fenomeno per cui il potere direttivo-organizzativo dell’utilizzatore, proprio del datore di lavoro, non deriva dalla conclusione di un inesistente contratto di lavoro subordinato, bensì da un contratto commerciale, quello con cui l’agenzia trasferisce all’imprenditore i poteri datoriali da esercitare sulla prestazione somministrata.

organizzazione dei mezzi di produzione da parte dell'appaltatore²⁶⁴ e purtuttavia non si può ignorare che anche questa organizzazione subisce la smaterializzazione propria delle strutture produttive e imprenditoriali nel mondo post-fordista e dunque perde i connotati della fisicità (disponibilità di strumenti, mezzi materiali, risorse) per trasformarsi nel mero esercizio, da parte dell'imprenditore-appaltatore, dei poteri direttivi nei confronti dei lavoratori e, d'altra parte, nella predisposizione di mezzi del tutto immateriali (conoscenze, professionalità, strutturazione finalistica delle prestazioni) che in fondo altro non sono se non la gestione del lavoro stesso²⁶⁵. In ultima istanza, ben si può dire che l'organizzazione dei mezzi che deve sussistere in capo all'appaltatore coincida totalmente con l'organizzazione del lavoro, vero strumento di produzione nell'impresa della conoscenza, e dunque, affinché l'appalto risulti genuino, basterà che l'appaltatore-datore di lavoro effettivamente eserciti i tipici poteri volti ad organizzare la manodopera nei confronti dei propri dipendenti.

Per quanto riguarda invece la somministrazione di manodopera, si è giustamente evidenziato che essa non costituisce, a rigor di termini, un tipo di "esternalizzazione": come più volte detto, infatti, si definiscono esternalizzazioni tutti quegli strumenti volti ad "alleggerire" l'impresa di una parte dei propri processi produttivi, che vengono dislocati all'esterno, per cui sono sicuramente strumenti di esternalizzazione il trasferimento di ramo d'azienda e l'appalto (soprattutto extra-aziendale), mentre la somministrazione alleggerisce l'impresa non di una *periphery*, ma semplicemente di quei costi e di quegli obblighi connessi all'utilizzo del lavoro subordinato. Certo, ben si potrebbe argomentare che, visto il ridotto interesse dell'impresa per la gestione diretta della manodopera, l'organizzazione, la direzione, la retribuzione stessa del lavoro non fanno più parte del *core business* e possono essere messi nelle mani di partner commerciali per essere acquistati come prodotto finito; tuttavia, anche per quest'ultima ragione, appare chiaro che la somministrazione viene presentata all'impresa come un modo per procurarsi non il lavoro, ma i lavoratori di cui abbisogna mediante uno strumento alternativo rispetto al contratto di lavoro subordinato (eventualmente anche nelle sue articolazioni "atipiche"). L'impresa che necessita di lavoratori si trova dunque di fronte ad una duplicazione degli strumenti possibili per la loro acquisizione: può

²⁶⁴ CALCATERRA, 2002, 134 ss. Questa è del resto la regola generale del contratto di appalto *ex art.* 1655 c.c., cfr. GALGANO, 2006, 569 ss., e difatti, anche nel regime di divieto di interposizione, serviva a distinguere l'appalto genuino, con organizzazione dei mezzi e rischio d'impresa a carico dell'appaltatore, da quello fittizio, volto alla mera messa a disposizione della manodopera assunta dall'appaltatore, senza alcuna organizzazione retrostante, cfr. MAZZOTTA, 1979, 386 ss.; CHIECO, 1996, 327 ss..

²⁶⁵ Così si esprime l'art. 29 d lgs. 276/2003. LANOTTE, 2005, 625 s. evidenzia la valenza totalmente immateriale della nozione di organizzazione dei mezzi produttivi contenuta in questa norma; DEL PUNTA, 2008, 133 s. riporta le difficoltà della giurisprudenza a fronte della progressiva svalutazione dell'organizzazione dei mezzi materiali nell'attività d'impresa dell'appaltatore; A. PESSI, 2008, 406 s. rileva come l'immaterialità dell'organizzazione dei mezzi e degli strumenti necessari alla realizzazione del risultato abbia mutato anche la stessa nozione di servizio.

ricorrere al lavoro subordinato o al lavoro somministrato di soggetti dipendenti formalmente da qualcun altro ma inseriti nell'organizzazione e obbligati nei suoi confronti esattamente alla pari degli altri²⁶⁶.

Questa visione può essere confermata dalla considerazione della notevole vicinanza disegnata dal legislatore tra il contratto di lavoro a tempo determinato e la somministrazione a tempo determinato: identiche infatti sono le causali giustificatrici poste alla base dei due istituti (“ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive”), così come identica sarebbe la natura temporanea delle esigenze che spingono l'impresa a servirsi dell'uno o dell'altro strumento, e soprattutto non vi sarebbe alcuna differenza nella funzione economico-organizzativa dei due schemi²⁶⁷, per cui la scelta sarebbe rimessa totalmente nelle mani dell'imprenditore, che può decidere alternativamente se assumere lavoratori a termine o ricorrere alla somministrazione di lavoro temporaneo²⁶⁸.

Anche per quanto riguarda la somministrazione a tempo indeterminato, d'altra parte, il rischio è quello di concepire l'istituto come una mera alternativa al contratto di lavoro standard, ma, si potrebbe dire, nei confronti di questo istituto l'atteggiamento di “sospetto”²⁶⁹ è ancora ben presente nel legislatore, che infatti ha previsto la legittimità del suo utilizzo soltanto in un numero chiuso di ipotesi determinate, individuate non sul versante delle esigenze dell'impresa, bensì su quello delle attività lavorative, tipizzate e tassativamente elencate. A questo riguardo, infatti, l'ordinamento vuole togliere all'imprenditore ogni possibilità di scelta alternativa tra i due istituti su un piano di parità, ponendo dunque un argine piuttosto forte alla destrutturazione del paradigma del lavoro stabile²⁷⁰; del resto, non è difficile comprendere come nella somministrazione a tempo indeterminato il rapporto instaurato tra il lavoratore e l'agenzia, pur presentandosi come un ordinario rapporto di lavoro subordinato, presenti notevoli deviazioni soggettive ed oggettive rispetto al modello standard, poiché del tutto peculiare è l'oggetto, che consiste nella mera

²⁶⁶ LANOTTE, 2005, 630 s.; RICCARDI, 2009, 69 ss.

²⁶⁷ ICHINO, 2004, 282 ss.; ALESSI, 2012, 8 ss. evidenzia il pericolo, a fronte di una tale somiglianza dei due istituti, di un appiattimento al ribasso delle tutele, laddove è invece scontato che la dissociazione tra datore di lavoro formale e sostanziale crei un profilo di rischio di sottoprotezione del lavoratore che non può essere ignorato dal legislatore. Cfr. anche LANOTTE, 2005, 612 s.; interessante la posizione di GUARRIELLO, 2000, 296 s., ove si afferma la necessità di un controllo giudiziale che investa direttamente le scelte organizzative dell'imprenditore e ne verifichi la legittimità alla luce del diritto dei lavoratori all'occupazione. Infatti, solo un sindacato giudiziale che entri direttamente nelle scelte imprenditoriali può essere adeguato alle istanze di tutela dei lavoratori poste dal mutato contesto post-fordista.

²⁶⁸ LANOTTE, 2005, 616 s. Tuttavia, ALESSI, 2012, 9, sostiene che le ragioni per cui il datore di lavoro preferisce l'uno o l'altro strumento restano differenziate: poiché infatti la somministrazione è economicamente più costosa, a causa della voce di spesa del compenso da corrispondere all'agenzia, l'imprenditore vi ricorre solo laddove ritenga opportuno non occuparsi della fase di ricerca e selezione del personale, e poi di quella successiva di amministrazione e gestione dello stesso.

²⁶⁹ Cfr. CARABELLI, 1999, 191; RICCARDI, 2009, 64 ss.; BELLARDI, 2008, 88, riporta l'atteggiamento di aperta opposizione dei sindacati nei confronti di questo istituto, che rappresenta la più radicale scissione del lavoro dall'impresa.

²⁷⁰ LANOTTE, 2005, 619

disponibilità del prestatore a lavorare, mentre sarà un inedito potere direttivo-organizzativo del datore di lavoro, i cui confini si estendono ben al di là della dimensione dell'impresa, a trasformare l'attesa del lavoro in prestazione concreta e determinata, individuando, con dilatato potere di assegnazione, non solo l'*an* e il *quomodo* della prestazione, ma anche, e soprattutto, l'organizzazione entro la quale e il soggetto a favore e sotto le direttive del quale essa dovrà essere svolta²⁷¹.

La contrattualizzazione dell'impresa, con esternalizzazione di parte dei suoi processi produttivi, può avvenire anche in forme meno "strutturate", che non implicano il contatto con un'altra impresa ma direttamente con un lavoratore²⁷². Come detto, il lavoratore diventa, nell'impresa snella, egli stesso parte di un ciclo, di un flusso di dati e informazioni: una fase di questo processo viene messa nelle sue mani, gli viene affidata come un incarico da svolgere e da portare a conclusione²⁷³.

Questa fotografia dell'impresa può spiegare piuttosto agevolmente un altro profilo della perdita di interesse, da parte dell'imprenditore, per l'esercizio di un pregnante potere direttivo sul lavoratore, poiché sempre meno rilevano le concrete modalità di svolgimento della prestazione e sempre più, invece, ciò che viene richiesto è un risultato finito: anche la singola prestazione di lavoro si trasforma così in un servizio, che può essere fornito e acquistato di volta in volta sul mercato²⁷⁴.

Lo status del lavoratore fin qui descritto, persona fisica legata all'impresa cui fornisce la propria prestazione sotto forma di servizio, ma non inserito in essa mediante il vincolo della subordinazione, è classicamente definito come "parasubordinazione", come "zona grigia" tra l'autonomia e la subordinazione, figura che possiede caratteristiche di entrambi i poli eppure difficilmente può essere ascritta con piena sicurezza ad uno dei due²⁷⁵.

²⁷¹ GRANDI, 1999, 341 s., definisce il lavoro interinale a tempo indeterminato un contratto di lavoro speciale a causa delle deviazioni oggettive rispetto al tipo standard. Non di questa opinione, ma in un momento antecedente all'entrata in vigore della legge 196/1997, NAPOLI, 1995, 1080 s. Contrario anche PROIA, 2002, 422, il quale afferma che ben si può argomentare che il tipo di cui all'art. 2094 c.c., prima della legge 1369/1960, ammetteva una dissociazione tra il datore di lavoro e l'utilizzatore materiale della prestazione.

²⁷² CARABELLI, 1999, 191

²⁷³ PERSIANI, 2013, 832 s.; LANOTTE, 2005, 605, che richiama l'esplicita dicitura del Libro Bianco. R. PESSI, 2003, 591 s.; PERULLI, 2002, 338 s. indaga etimologicamente il significato del termine inglese *job*, che evoca una parte, un segmento di qualcosa, e lo contrappone alla "carriera", la strada che inizia e continua linearmente.

²⁷⁴ CARABELLI, 2003, 104, legge questa "mercificazione" della prestazione di lavoro anche come conseguenza dell'accresciuto livello di immaterialità e contenuto professionale della maggior parte delle attività richieste nell'impresa. Inoltre, interpreta il fenomeno come rispondente, in linea di massima, anche ai bisogni di alcuni lavoratori, che, consapevoli del proprio valore, ritengono più vantaggioso vendere le proprie prestazioni direttamente sul mercato.

²⁷⁵ Cfr., per tutti, BROLLO, 1991, 87 ss.; PISANI-LUNARDON, 2007, 38 ss.; FERRARO, 2009, 249 ss.; GALANTINO, 2012a, 22 ss., in cui tra l'altro si afferma che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, concettualmente ascrivibili alla fattispecie del lavoro autonomo, sono da sempre considerati nella prassi alternative al lavoro subordinato; MARTELLONI, 2010, 647 ss.; SALOMONE, 2000, 337 s.; GAETA-TESAURO, 1993, 213 parla di lavoro "parautonomo" come tendenza generale del diritto del lavoro post-moderno.

Nel nostro ordinamento, l'area della parasubordinazione viene normativamente ricondotta al dettato dell'art. 409 c.p.c., che, per la prima volta, parla di “rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato” al fine di sottoporre le controversie attinenti questi rapporti di lavoro al rito speciale introdotto dalla legge 11 agosto 1973, n. 533. Come è stato notato, il dettato di questa norma è figlio di una realtà esistente e concreta, di una “zona grigia”, appunto, riscontrabile nella prassi, dove forme di lavoro coordinato ma non subordinato nell'impresa sono sempre state utilizzate nelle organizzazioni produttive²⁷⁶; il mutamento del paradigma organizzativo e, come poco sopra spiegato, il sempre maggiore ricorso a forme di collaborazione di questo tipo ha spinto il legislatore della Riforma Biagi ad intervenire sulla materia non con una semplice operazione di estensione delle tutele, ma con la creazione di una vera e propria nuova fattispecie, il lavoro a progetto²⁷⁷.

Senza potersi qui soffermare sulle caratteristiche della fattispecie e sui problemi interpretativi che la formulazione normativa pone²⁷⁸, ci si limiterà ad evidenziare quale rapporto legghi la flessibilizzazione dell'impresa a questa forma di organizzazione del lavoro. Il lavoro parasubordinato, infatti, pone il lavoratore in una situazione di “quasi-inserimento” nell'organizzazione e, al contempo, lo colloca sul mercato come soggetto singolo, che vende il proprio lavoro sotto forma di servizio; il collaboratore è vicino all'impresa e orienta la propria prestazione all'interno dei processi e delle finalità di essa, e tuttavia organizza da solo, in autonomia, lo svolgimento della propria prestazione²⁷⁹. Dal punto di vista del lavoro subordinato, questa evoluzione appare perfettamente coerente con le necessità dell'impresa post-fordista: l'imprenditore rinuncia all'esercizio di pregnanti poteri direttivi e preferisce coordinare nell'impresa prestatori autonomi di servizi, per godere del risultato della loro attività. Tuttavia, poiché il lavoro parasubordinato, nella rigida alternativa autonomia/subordinazione, è senza dubbio da ricondurre alla prima e non alla seconda, si assiste al fenomeno inverso, quello di un'attrazione di lavoratori

²⁷⁶ DE LUCA TAMAJO, 2003, 4; GALANTINO, 2012a, 21 s. molto opportunamente rileva come le collaborazioni coordinate e continuative non presentassero, sul piano dogmatico, nulla di rivoluzionario, poiché ricollegabili al *genus* dei contratti d'opera *ex* art. 2222 c.c. La vera “rivoluzione” è invece riconducibile al massiccio uso che nella pratica si è fatto di tali rapporti, nel momento in cui molte imprese hanno iniziato a considerarli alternative più economiche al lavoro subordinato. D'ANTONA, 1995, 89 s. riteneva che questa “zona grigia” dovesse essere lo spazio in cui l'autonomia individuale potesse essere libera di definire il proprio assetto di interessi, a patto di non ledere ingiustificatamente i diritti del prestatore di lavoro

²⁷⁷ MAZZIOTTI, 2003, 507; MAGNANI, 2013, 802 ss.; LANOTTE, 2005, 639, critico riguardo la scelta del legislatore di introdurre una nuova fattispecie invece di agire sul piano delle tutele e del potenziamento dei controlli antifraudolenti.

²⁷⁸ Si rimanda, nella vastissima letteratura sul tema, a PEDRAZZOLI, 2004, 657 ss.; PALLINI, 2005; MEZZACAPO, 2007, 804 ss.; MARTELLONI, 2012. Da ultimo, sulla riforma introdotta dalla legge 92/2012, G. SANTORO-PASSARELLI, 2012, 137 ss.; MANASSERO, 2012, 21 ss.; PINTO, 2013, 199 ss.

²⁷⁹ DE LUCA TAMAJO, 2003, 5; cfr. Cass. 25 giugno 2013, n. 15922.

formalmente autonomi verso un'organizzazione che esercita, nei loro confronti, un potere non indifferente, quello di coordinare²⁸⁰ continuativamente nel tempo la loro prestazione di collaborazione all'interno dell'impresa²⁸¹.

Una lettura storica di questo fenomeno evidenzia come le nuove tecnologie abbiano portato alla rinascita del lavoro autonomo, forma tutto sommato minoritaria, fatto salvo l'esercizio delle professioni, nei decenni in cui prevalente era la figura del dipendente dell'impresa fordista, e invece storicamente frequente in epoca pre-industriale, quando la maggior parte della produzione era affidata agli artigiani, piccoli imprenditori o lavoratori autonomi, che vendevano i propri beni direttamente sul mercato. Tuttavia, il "lavoro autonomo di seconda generazione"²⁸² rinasce sì nell'epoca del post-Taylorismo, ma rinasce indebolito, "azzoppato", dopo decenni in cui l'apparato delle tutele si è innervato esclusivamente sullo *status* di lavoratore subordinato, escludendo sistematicamente dal suo campo di azione l'area del lavoro autonomo, a prescindere dalla reale considerazione, oggi più che mai necessaria e attuale, della reale posizione di forza o debolezza del prestatore non subordinato che accede direttamente al mercato²⁸³. L'ambiguità di questa figura di collaboratore parasubordinato emerge anche dalla considerazione pratica circa l'altissima percentuale di coloro che lavorano in regime di monocommittenza, dunque in una posizione di esclusività e bilateralità della prestazione, molto simile a quella del lavoratore subordinato nei confronti del proprio datore di lavoro. Ciò che sembra emergere nella pratica, in altre parole, è un'altra situazione di deviazione dalla causa del contratto, per cui il lavoro parasubordinato, e in particolare il lavoro a progetto, viene utilizzato dall'impresa come strumento per procurarsi prestazioni di lavoro (il più delle volte non direttamente connesse al *core business*) senza dover sostenere i costi della subordinazione²⁸⁴.

²⁸⁰ Poiché due dei tre elementi presentati dall'art. 409 c.p.c., la collaborazione e la continuità, sono caratteristiche proprie del lavoro subordinato, resta solo la coordinazione, al posto dell'eterodirezione, a distinguere le due fattispecie. Sulla natura della coordinazione e sui suoi rapporti con il concetto di eterodirezione non sussiste accordo in dottrina: in particolare, non si comprende se tale differenza sia meramente quantitativa o intrinsecamente qualitativa. Cfr., tra tutti, PINTO, 2006, 446 ss.; ROCCELLA, 2008, 27 ss.; MARTELLONI, 2010, 650.

²⁸¹ Cfr. GHERA, 2006, 181 s.; MAZZIOTTI, 2003, 507 ss., nota la "stranezza" di una forma di lavoro autonomo a prestazione non istantanea, come normalmente proprio della fattispecie, ma continuativa nel tempo, aspetto al contrario caratteristico della prestazione subordinata.

²⁸² L'espressione è di BOLOGNA-FUMAGALLI, 1997

²⁸³ Cfr. PEDRAZZOLI, 1998, 53 ss.; originale la posizione di NAPOLI, 1995, 1140 s., che fonda la distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, in un contesto di accresciuta permeabilità dei confini tra le due fattispecie, proprio sulla valutazione soggettiva circa la possibilità di accesso diretto del lavoratore al mercato, nonché sulla natura del collegamento tra la prestazione svolta e l'impresa. Nel caso di collegamento strutturale, infatti, la prestazione non potrà che essere subordinata, mentre un collegamento soltanto funzionale tra l'impresa e un'attività che potrebbe essere ugualmente ricercata sul mercato dovrebbe classificare il lavoratore come autonomo.

²⁸⁴ SPEZIALE, 2007, 52, cita i dati CNEL 2006 in base ai quali "oltre il 90% dei collaboratori ha un unico committente; l'81% svolge la propria attività lavorativa presso la sede dell'impresa committente; oltre il 60% non decide autonomamente l'orario di lavoro". Del resto, proprio questa situazione ha spinto il legislatore a prevedere, all'art. 1, comma 23, legge 28 giugno 2012, n. 92, il divieto, per il collaboratore a progetto, di svolgere compiti meramente

Le forme di atipicità che esulano dalla subordinazione, dunque, come il lavoro somministrato, il ricorso all'appalto, le collaborazioni parasubordinate, paiono funzionali, in un'ottica di snellimento dell'impresa, ad una riduzione ben precisa delle spese, che mira al conseguimento del lavoro necessario abbattendone i costi fissi e dunque, più che all'elasticità della forza lavoro in risposta agli andamenti della domanda e del mercato, alla presenza continua di una manodopera meno costosa per l'impresa che la utilizza, anche in termini di facilità nel recesso²⁸⁵.

Si può dunque affermare che, in ultima istanza, lavoro "atipico" e forme di esternalizzazione vengano utilizzati per scopi in certa misura analoghi e, d'altra parte, pongano i medesimi problemi di sottoprotezione dei lavoratori: la situazione globale in termini di stabilità e protezione di cui godono i lavoratori "atipici", infatti, non pare, solo in virtù del loro status di lavoratori subordinati, realmente migliore rispetto a quella dei lavoratori "esterni" all'impresa, poiché tutte le tutele sembrano radicalizzate nella struttura *core/contingent* e la pienezza delle garanzie spetta solo a coloro che sono stabilmente legati al nucleo dell'impresa, mentre chi ne resta alla periferia soffrirà sistematicamente di un regime di sottoprotezione²⁸⁶.

Questa radicalizzazione, riproposta tanto più evidentemente nel fenomeno delle esternalizzazioni, non può che creare forme di *dumping* sociale, anche se l'impresa non esce dal proprio paese per procurarsi il lavoro di cui ha bisogno: basti pensare al collaboratore parasubordinato, che, spesso posto sul mercato in una fittizia posizione di autonomia ma in realtà gravato da significativa debolezza contrattuale, finisce per offrire la medesima prestazione di un lavoratore subordinato, ma con standard inferiori di tutela e dunque costi ridotti per l'impresa che se ne serve²⁸⁷. I principali profili di sottoprotezione dei lavoratori in regime di esternalizzazione paiono collegati al reddito, costantemente minore rispetto a quello dei lavoratori subordinati a parità di mansioni e profilo professionale, nonché alla posizione sempre "esterna" del collaboratore, che, non stabilmente

esecutivi o raccolti sotto un progetto descritto come semplice riproposizione dell'oggetto sociale del committente; d'altra parte, il successivo comma 26 del medesimo articolo ha introdotto una presunzione di collaborazione coordinata e continuativa qualora il collaboratore titolare di partita IVA rientri in almeno due di queste tre situazioni: un rapporto con il committente di durata complessivamente superiore a otto mesi in due anni consecutivi; il conseguimento, da questo rapporto o da rapporti ad esso strettamente collegati, di almeno l'80% del suo fatturato annuo; una postazione fissa presso la sede del committente. Cfr. PROIA, 2013, 792 ss.; FERRARO, 2013, 147 ss., entrambi critici circa l'idoneità di questi criteri a qualificare efficacemente il lavoro autonomo economicamente dipendente.

²⁸⁵ SPEZIALE, 2007, 49; PASSALACQUA, 2005, 73, rileva l' "indifferenza" del datore di lavoro post-fordista rispetto all'utilizzo di lavoro subordinato o, a vario titolo, non subordinato all'interno della propria impresa.

²⁸⁶ CORAZZA, 2002, 212 s., afferma peraltro che la prima vera situazione di sottoprotezione rischia di essere quella delle imprese appaltatrici di lavoro, piccole e spesso operanti in regime di monocommittenza.

²⁸⁷ CARABELLI, 1999, 192 s.

collegata all'impresa, rischia di impedire l'opportuno sviluppo di percorsi di crescita e di adesione alla realtà produttiva²⁸⁸.

Non sembra invece che l'impresa si serva di lavoro non subordinato necessariamente per profili professionali bassi, a differenza di quanto accade per i lavoratori subordinati "atipici", sistematicamente relegati nella periferia dell'impresa, in posizioni di secondo piano; molto spesso, al contrario, collaboratori parasubordinati o imprese appaltatrici di lavoro forniscono professionalità medio-alte, specializzate soprattutto in ambito tecnologico. Pare piuttosto che l'impresa si serva sovente di forme di lavoro non subordinato per testare anticipatamente le capacità del prestatore, risparmiando i costi di ricerca e selezione, e utilizzando questa fase contrattuale prodromica come sostituzione del periodo di prova²⁸⁹.

Tuttavia, se anche la situazione di partenza non vede una penalizzazione della professionalità dei lavoratori non subordinati, il pericolo di un circolo vizioso che radicalizzi le posizioni interne ed esterne all'impresa non è affatto remoto. Se i lavoratori esterni sviluppano la propria carriera con continui passaggi da un'impresa ad un'altra, l'acquisizione della professionalità e il loro percorso formativo potrebbero essere molto più lenti e frammentati rispetto a quelli di un lavoratore interno all'impresa, poiché solo il secondo sarebbe formato, aggiornato e potenziato dall'organizzazione che l'ha stabilmente legato a sé. Il lavoratore esterno, invece, la cui mobilità troppo spesso ostacola la continuità della carriera, sempre più difficilmente potrebbe competere con lavoratori interni formati e specializzati, e dunque, anche accedendo all'impresa, guadagnerebbe posizioni periferiche, a contenuto professionale gradatamente minore. Rischia così di riproporsi la già menzionata "trappola della precarietà", in cui la permanenza di determinati lavoratori all'esterno dell'impresa non sarebbe più "temporanea (sono precari coloro che attendono 'pazientemente' di entrare nel mercato del lavoro stabile), ma tenderebbe a divenire cronica (chi è precario perché dotato di scarsa professionalità non avrà mai la possibilità di accedere ai posti stabili)"²⁹⁰.

²⁸⁸ CORAZZA, 2002, 202 s. menziona anche il rischio di scarsa partecipazione sindacale di lavoratori "esterni" all'impresa; DALL'AGATA, 2002, 57 ss. Concorde BELLARDI, 2008, 85, che vede nella segmentazione dei processi produttivi anche la frammentazione dell'interesse di gruppo che legava i soggetti nell'affiliazione e nell'attività sindacali. Cfr., per le misure adottate dal legislatore al fine di evitare questo fenomeno, CHIECO, 2006, 156 ss.

²⁸⁹ ACCORNERO, 2001, 315 s.; CARABELLI, 2003, 99 ss.; SPEZIALE, 2007, 49 nota come questo costituisca ovviamente un'illegittima deviazione dalla funzione causale di questi istituti.

²⁹⁰ Così CARABELLI, 2003, 102; MAGNANI, 2004, 189 s. Cfr. anche GALANTINO, 1998, 319; ACCORNERO, 2001, 319 s.; SPEZIALE, 2007, 51 ss. e già GAETA-TESAURO, 1993, 211, che rilevano il dualismo esistente all'interno dell'impresa tra lavoratori "standard" e lavoratori "atipici", in conseguenza della crescente frammentazione normativa del tipo della subordinazione. BERTON-RICHIARDI-SACCHI, 2009, 29 ss. affermano che la precarietà non è necessariamente e nemmeno immediatamente conseguenza della flessibilità del lavoro, ma può essere apprezzata soltanto sul medio-lungo periodo, come effetto di una flessibilità incontrollata ed eccessivamente prolungata, che giunge a danneggiare la carriera del lavoratore.

4. Qualche provvisoria conclusione: sull'unitarietà e irrinunciabilità del concetto di subordinazione.

Dal quadro sopra tratteggiato appare chiaro che la flessibilità, genericamente intesa come impatto del mutato paradigma organizzativo sul lavoro, sulla sua organizzazione e sul suo diritto, non è affatto stata priva di effetti e di conseguenze sul concetto di subordinazione descritto *supra* (§ 3.1.). C'è chi ha parlato di una “crisi di identità del contratto di lavoro”²⁹¹ e chi ha affermato che la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. non gode certo “di ottima salute”²⁹².

Ciò che sicuramente si può dire è che la flessibilità ha scardinato e scomposto la circolarità perfetta fra tre elementi che, reggendosi l'uno sull'altro, costruivano un'architettura apparentemente immutabile: da una parte la figura socialtipica del lavoratore subordinato nell'impresa, dall'altra un prototipo normativo modellato con sicurezza su questa figura, e infine gli effetti di queste norme, ovvero un solido apparato di tutele e garanzie dedicate alla fattispecie del lavoro subordinato. La rottura e la frammentazione di questa circolarità mettono chiaramente in crisi la vocazione unificante ed egemonica della subordinazione, sfumano le caratteristiche e i confini della fattispecie e portano anche il diritto del lavoro, suo inseparabile baluardo, verso una deriva “post-moderna”, verso articolazioni prima sconosciute e processi di “sfrangiamento” delle tutele tradizionali²⁹³.

Il nesso esistente tra subordinazione e diritto del lavoro, inteso come diritto protettivo e “ineguale”, è innegabile ed essenziale: già a partire dal dettato codicistico, è l'art. 2094 c.c. che ricollega all'esistenza del vincolo di subordinazione l'applicazione delle norme contenute nel Codice, nonché, con lo stratificarsi della legislazione protettiva nei decenni successivi, dell'intero apparato di garanzie dedicate²⁹⁴. La subordinazione, in altre parole, è l'unico strumento mediante il quale un rapporto di lavoro può entrare all'interno dello statuto protettivo approntato dal diritto e dunque tuttora irrinunciabile appare la funzione selettiva svolta dal concetto in esame²⁹⁵; la scelta di

²⁹¹ GHERA, 1999, 477; LUNARDON, 2007, 6, parla di una crisi del modello tradizionale iniziata già da un trentennio.

²⁹² PROIA, 2002, 411

²⁹³ Cfr. GAETA-TESAURO, 1993, 208 ss., ove si denuncia un crescente abbandono dei punti di riferimento teorici considerati assestati nel diritto del lavoro tradizionale, anche se questa “fuga” della dottrina dalla fattispecie tipica di cui all'art. 2094 c.c. appare spesso troppo frettolosa e addirittura imprudente e incurante delle pericolose conseguenze di questo allontanamento. Vale la pena ricordare, tuttavia, la pregnante dichiarazione di intenti ribadita dal legislatore della c.d. Riforma Monti-Fornero, che individua nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato il “contratto dominante” e la forma comune di rapporto di lavoro, cfr. GHERA, 2013, 27 ss.; FERRARO, 2013, 149.

²⁹⁴ SPAGNUOLO-VIGORITA, 1967, 19 s. che tuttavia IVI, 139, rileva una persistente sfasatura, “endemica” al diritto del lavoro, tra la sua natura e vocazione protettive e la necessità di un costante richiamo e ancoraggio ad uno schema civilistico.

²⁹⁵ GHERA, 2006, 153 s. parla di “funzione protettiva della subordinazione”, che passa per l'essenziale garanzia dell'indisponibilità del tipo, senza che questo contraddica la natura contrattuale del rapporto di lavoro in esame. L'indisponibilità del tipo vincola, infatti, non solo le parti, ma lo stesso legislatore, che non può negare la qualifica della subordinazione ad un rapporto che, nel suo concreto svolgimento, ne rivesta le caratteristiche. Cfr. DE LUCA TAMAJO, 1976, 199 ss.; D'ANTONA, 1995, 65 ss.; LUNARDON, 2007, 4 ss. nota come il dibattito teorico sulla natura della

collegare proprio a questo elemento l'applicazione automatica dell'intero statuto protettivo deriva dall'assunto per cui nel rapporto di lavoro subordinato (e, teoricamente, solo in esso), è presente in modo pregnante e centrale la persona del lavoratore, che si identifica col lavoro stesso, messo a disposizione e dispiegato nell'impresa, e dunque proprio attraverso la tutela del lavoro è lo stesso essere umano che vi è coinvolto a ricevere protezione²⁹⁶.

La carica destabilizzante portata dalla flessibilità del lavoro sul concetto di subordinazione è dunque legata direttamente al destino dell'apparato protettivo approntato dal diritto del lavoro. Il concetto di subordinazione parrebbe contraddetto e messo in crisi dall'attenuazione del potere gerarchico all'interno dell'impresa²⁹⁷, dalla crescente autonomia del lavoratore nello svolgimento delle sue mansioni, dai meccanismi collaborativi-orizzontali sviluppati nelle nuove organizzazioni produttive. Tuttavia, una nozione meno stringente e più ampia dell'eterodirezione come non-autonomia, come sottoposizione del lavoratore ai poteri imprenditoriali, non può che rilevare come il datore di lavoro non abbia mai smesso di "determinare dinamicamente il funzionamento dell'organizzazione del lavoro"²⁹⁸ e dunque la nozione di lavoro subordinato non possa considerarsi automaticamente negata né contraddetta dall'introduzione di semplici modalità tecnico-organizzative differenti nello svolgimento della prestazione, come maggiori spazi per l'autoregolazione, accresciuta cooperazione orizzontale, richiesta di partecipazione comunicativa²⁹⁹. Il lavoro flessibile, infatti, non è necessariamente meno subordinato: può essere meno rigido, più vario e polivalente, meno continuato nel tempo e nello spazio, meno unitario nell'inserimento della prestazione all'interno

subordinazione e sui criteri più adatti a qualificarla abbia risvolti del tutto pratici e sia volto a definire l'ambito di applicazione della disciplina correlata alla fattispecie.

²⁹⁶ Cfr. GRANDI, 1999, 313 ss., che giustamente rileva come in qualunque tipo di prestazione di lavoro la persona che svolge l'attività non possa che essere coinvolta. Tuttavia, le particolari modalità con cui si svolge la prestazione di lavoro subordinato (con specifico riguardo all'inserimento della prestazione e del lavoratore nell'impresa, all'alienità degli strumenti e del risultato, alla sottoposizione della persona ai poteri del datore di lavoro) fondano le istanze di tutela della persona del lavoratore, storicamente incorporate nel diritto del lavoro come un apparato unitario innervato sul concetto di subordinazione. GUARRIELLO, 2000, 291, nota come, nel rapporto di lavoro subordinato, anche un elemento normalmente oggettivo come l'oggetto del contratto acquisti una valenza soggettiva e di tutela: le mansioni, infatti, rilevano sotto forma di professionalità soggettiva del lavoratore, e dunque la disciplina dell'oggetto diventa disciplina della tutela della persona e delle sue competenze.

²⁹⁷ DE LUCA TAMAJO, 2003, 5 s., rileva la tendenza giurisprudenziale a svalutare sempre più l'elemento della sottoposizione del lavoratore al potere gerarchico-direttivo dell'imprenditore come indice di subordinazione.

²⁹⁸ NAPOLI, 1995, 1130 ss. Del resto, *supra* § 3.2.4, si è rilevato come non solo modalità flessibili o "atipiche" non facciano venir meno il potere organizzativo dell'imprenditore, ma anche come raramente la relazione gerarchica interna all'impresa venga sostituita integralmente da una relazione di mercato. L'imprenditore, infatti, continua ad esercitare il proprio potere di organizzazione e coordinamento dei fattori produttivi, mutando soltanto i soggetti passivi di questi poteri.

²⁹⁹ GUARRIELLO, 2000, 282, afferma che queste modalità di svolgimento della prestazione sono radicalmente inidonee a mutare il sinallagma contrattuale, la sua causa tipica o l'assetto degli interessi delle parti.

dell'organizzazione, ma nessuna di queste caratteristiche implica necessariamente una riduzione o una negazione della subordinazione³⁰⁰.

Pare dunque non condivisibile l'opinione di chi vede nell'art. 2094 c.c. la descrizione di una realtà ormai superata e legata alla "fotografia" di un'impresa fordista che non trova più il proprio riscontro nella realtà: il codice civile, infatti, nella sua dicitura ampia e quasi generica, focalizza qualunque tipo di lavoro svolto in un seppur labile collegamento con una qualunque impresa ed è idoneo a ricomprendere qualsiasi forma di lavoro subordinato, a prescindere dagli elementi accidentali presenti nel contratto (apposizione del termine, orario ridotto, prestazione discontinua) o dalle concrete modalità con cui la prestazione si svolge (esile sottoposizione al potere gerarchico, autonomia, polivalenza delle mansioni)³⁰¹. Anzi, si potrebbe arrivare a dire che nemmeno le forme non subordinate di lavoro nell'impresa contraddicono l'architettura di cui all'art. 2094 c.c. poiché, ad esempio, anche nella somministrazione di lavoro il rapporto esistente tra lavoratore e agenzia va comunque risolto e analizzato tenendo presente il dettato codicistico³⁰².

L'art. 2094 c.c. pare dunque mantenere una notevole elasticità di fronte ai mutamenti della realtà socio-economica, grazie all'ampiezza della sua dicitura letterale e alla flessibilità nell'interpretazione dei suoi indici; la nozione di subordinazione descrive infatti soltanto un contenuto minimale, le caratteristiche essenziali di una fattispecie cui nessuna impresa e nessuna organizzazione del lavoro, per quanto snelle, possono rinunciare: la subordinazione può comprendere al proprio interno qualunque forma e declinazione di flessibilità, sia contrattuale sia esecutiva del rapporto, e questo a causa della scarsa funzione selettiva di un concetto talmente minimale da rimanere sempre valido nel suo contenuto³⁰³.

Sarebbe del resto impensabile una definizione di subordinazione diversa per ogni tipologia contrattuale flessibile, e questo non tanto per ragioni di unità dogmatica, quanto piuttosto per l'impossibilità di frammentare la fattispecie cui viene ricollegata l'imputazione soggettiva dell'intero apparato di tutele inderogabili per il lavoratore; non è infatti il vincolo contrattuale della

³⁰⁰ GAETA-TESAURO, 1993, 214. Del resto, come detto *supra*, § 2.3, l'estensione del contenuto della mansione e l'ottica maggiormente autonoma e partecipativa in cui opera il lavoratore all'interno all'impresa non solo non riducono, ma anzi possono spesso aumentare il "grado" di subordinazione, attraverso forme di controllo diverse dal passato, ma più penetranti e pervasive.

³⁰¹ GHERA, 2006, 154 s.; PROIA, 2002, 432 s. afferma che la disciplina codicistica non è mai stata pensata, nemmeno nel contesto storico-culturale in cui è inizialmente sorta, come esclusiva di rapporti di lavoro "standard" a tempo pieno e indeterminato, tant'è che, anche nella legislazione successiva, sono isolate eccezioni alla regola quelle che differenziano, sul piano delle tutele della persona del lavoratore, i lavoratori standard da quelli flessibili.

³⁰² SPEZIALE, 2007, 59 s.; della stessa opinione, pur in un'epoca antecedente alla regolamentazione legislativa del lavoro interinale, già NAPOLI, 1995, 1080 s.

³⁰³ Così GAETA, 1997, 124 s., che parla di una vera e propria "indifferenza" del concetto di subordinazione ai mutamenti economico-sociali; cfr. anche NAPOLI, 1995, 1101 s.; SPEZIALE, 2007, 61; G. SANTORO-PASSARELLI, 2009, 214 s. Sull'irrinunciabilità del contenuto della subordinazione anche per l'impresa snella cfr. *supra* § 3.2.3, ACCORNERO, 2001, 313; CARABELLI, 2003, 9 ss.; PROIA, 2002, 439; da ultimo, PERULLI, 2012, 263 s.

subordinazione *ex se* che fonda la *ratio* del radicamento delle tutele, bensì la rilevata situazione di debolezza e sottoprotezione sociale del lavoratore, che spinge il legislatore ad associare ad un determinato modo di svolgimento della prestazione (la subordinazione) un regime di tutela soggettiva particolarmente pregnante³⁰⁴. Smettere di supporre questa debolezza appare quanto mai pericoloso, poiché la conseguenza sarebbe una progressiva “ritirata” della norma inderogabile dal rapporto di lavoro, a favore di una tendenza alla reindividualizzazione del diritto e delle sue regole. La subordinazione, invece, nel momento in cui entra nello schema contrattuale, non rappresenta tanto la manifestazione della volontà delle parti, quanto la base per l’applicazione dell’intero statuto protettivo che alla subordinazione si accompagna: inserire la subordinazione come contenuto del momento contrattuale o del (prevalente) momento attuativo del rapporto significa sottrarre alla disponibilità delle parti la possibilità di separare quella subordinazione dallo statuto protettivo che necessariamente deve accompagnarla, e dunque anche, in una certa misura, porre limiti invalicabili all’autonomia individuale, a favore delle fonti che le sono sovraordinate³⁰⁵.

Tuttavia, come detto, l’imputazione soggettiva delle tutele è collegata alla subordinazione non in quanto contenuto contrattuale deciso dalle parti, ma sulla base della considerazione della debolezza e della dipendenza socio-economica del prestatore, debolezza che oggi può considerarsi da una parte esistente anche in figure di lavoratori non subordinati (basti pensare ai collaboratori a progetto) e dall’altra modulata, all’interno della stessa subordinazione, in base alle caratteristiche esecutive della prestazione (come detto *supra*, § 3.2.3, l’atipicità dei contratti flessibili è costruita sottraendo singoli profili di tutela considerati non essenziali al nucleo della fattispecie)³⁰⁶. Nemmeno questa considerazione contraddice però l’unitarietà e la necessità della nozione di subordinazione, poiché la diversità dei lavoratori quanto a grado maggiore o minore di debolezza non è certo una novità portata dall’impresa flessibile: da sempre, infatti, i lavoratori, pur tutti parimenti vincolati dalla subordinazione, non sono ugualmente forti o ugualmente deboli, e questo in considerazione di caratteristiche personali, come il genere, l’età, la disabilità, oppure attinenti al

³⁰⁴ GHERA, 1988, 633 ss., soprattutto 636 s.; D’ANTONA, 1990, 536 ss.

³⁰⁵ Doveroso il rimando alla fondamentale opera di DE LUCA TAMAJO, 1976, soprattutto 46 ss., ove l’inderogabilità della norma lavoristica viene ricollegata alle istanze di tutela del contraente debole. Cfr. GHERA, 1999, 491 ss., ove esplicito è il riferimento all’istituto che concretizza questo limite che la subordinazione stessa pone all’autonomia contrattuale, ovvero l’indisponibilità del tipo, che altro non è se non il divieto di separare fattispecie ed effetti protettivi; GAETA-TESAURO, 1993, 220 s. e GAETA, 1997, 115 mettono in guardia contro una deriva individualistica del diritto del lavoro, che finirebbe, nel negare la posizione di disegualianza tra le due parti, per rimettere alla loro libera e volontaria determinazione anche la disponibilità del tipo contrattuale. Già BALLESTRERO, 1987, 298 s. afferma che, dove si ritira la norma inderogabile per lasciare spazio all’autonomia individuale entrano solamente quei lavoratori abbastanza forti sul mercato per poter imporre la propria volontà, mentre gli altri restano semplicemente privi delle necessarie tutele.

³⁰⁶ Cfr. D’ANTONA, 1995, 67 ss.

lavoro, come la professionalità, l'inquadramento, l'anzianità di servizio³⁰⁷. Ecco perché, laddove il legislatore tenta di modulare e adattare le tutele frammentando il tipo della subordinazione, l'effetto è quello di una pericolosa balcanizzazione, e non di una razionale flessibilizzazione, dello statuto protettivo del lavoro subordinato³⁰⁸.

Si può allora richiamare l'autorevole opinione per cui il codice civile si sarebbe limitato a fornire la descrizione di una fattispecie di base molto rigida, ma minimale, generica, per questo paradossalmente ampia nella sua (carente) funzione selettiva e adattabile ai mutamenti della realtà esterna: questo perché il legislatore stesso avrebbe voluto prevedere processi di integrazione e applicazione demandati ad altre fonti, soprattutto sul piano degli effetti³⁰⁹. Ecco perché, a fronte dell'irrinunciabilità e dell'unitarietà del concetto di subordinazione, altre fonti possono intervenire per immettere in essa la necessaria flessibilità e rispondere così alle esigenze della mutata realtà sociale; il tipo di flessibilità immesso nella subordinazione dovrebbe essere però già in sé portatore di tutele, in un modello di flessicurezza (cfr. ampiamente Cap. I) che non ricerchi a posteriori la compatibilità tra le innovazioni del diritto del lavoro e la salvaguardia delle garanzie, ma cerchi di integrare i due aspetti nel processo di gestione del lavoro stesso.

La tradizionale garanzia portata dal contratto individuale, infatti, affidata in ultima istanza alla verifica giudiziale, appare inidonea a proteggere adeguatamente il lavoratore, in quanto molto faticosamente questa fonte riesce ad incorporare in sé i mutamenti dell'organizzazione e a dotarli della necessaria importanza in sede di costruzione dell'apparato di tutele. La nuova organizzazione, i suoi mutamenti, le sue esigenze e le nuove istanze di protezione che essa pone ben possono e devono invece essere incorporati nei contratti collettivi³¹⁰, e in particolare in quelli che, ponendosi direttamente al livello aziendale, il più vicino all'impresa e ai lavoratori in essa coinvolti, possono mantenere intatto il contenuto protettivo minimo della subordinazione modulandone compatibilmente la flessibilità³¹¹.

³⁰⁷ Cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, 1986, 985 s.; GHERA, 1988, 636 ss. Del resto, all'interno del diritto antidiscriminatorio, stanno progressivamente entrando istanze positive di parità di trattamento per i lavoratori legati all'impresa da diversi tipi di contratti e rapporti, cfr. GALANTINO, 2012a, 257 ss. Tuttavia DE LUCA TAMAJO, 2003, 6, è scettico riguardo ad un'estensione del concetto di subordinazione dai connotati eccessivamente "sociologici", che creerebbe il pericolo di un'ulteriore labilità dei confini tra le varie fattispecie e dunque di una radicale incertezza nell'applicazione dello statuto protettivo.

³⁰⁸ GAETA-TESAURO, 1993, 216 ss.

³⁰⁹ Cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, 1986, 989 s., che parla di una "storicità" della subordinazione, non nel senso di continuo mutamento del suo contenuto e significato sulla base della realtà esterna, bensì come connessione della nozione stessa a particolari valutazioni, sempre di stampo protettivo, compiute di volta in volta dall'ordinamento.

³¹⁰ Cfr. D'ANTONA, 1990, 545 ss. che analizza la natura contrattata della legislazione innovativa in materia di rapporti di lavoro flessibili, nonché gli spazi storicamente riconosciuti al sindacato in materia di gestione di questi contratti.

³¹¹ Cfr. F. CARINCI, 1985, 238; GHERA, 2006, 201 ss.

Se dunque è il mercato, con le sue esigenze di competitività e innovazione, ad aver messo in (apparente?) crisi il concetto di subordinazione e soprattutto in (reale) pericolo l'apparato di tutele per il lavoratore, pare che tocchi nuovamente al rapporto di lavoro ristabilire il luogo in cui conciliare flessibilità del lavoro e sicurezza della persona³¹². Nelle pagine precedenti, si sono evidenziati i problemi che la flessibilità, non controbilanciata dalla sicurezza, può portare nel rapporto di lavoro, in termini, tra l'altro, di lesione della professionalità, di indebita espansione del dovere di diligenza, di frammentazione dei percorsi di carriera, di perdita di stabilità, di dicotomizzazione di profili sui modelli *core/periphery*: ecco perché la flessibilità della prestazione deve essere attratta all'interno dello schema stesso della subordinazione, inteso, come più volte detto, come apparato di tutele per il lavoratore³¹³.

La garanzia di un'immissione di sicurezza e di tutela all'interno della stessa flessibilità che interessa il rapporto può essere data proprio dalla partecipazione, in senso garantistico, delle parti sociali ai processi di flessibilizzazione e alla gestione della flessibilità stessa. In particolare, non si può negare come il livello di contrattazione aziendale, a diretto contatto tanto con la flessibilità di cui l'impresa ha bisogno, quanto con la sicurezza richiesta dai lavoratori, possa essere la sede più idonea a modulare il rapporto concretamente³¹⁴, mantenendo quanto più possibile intatto lo schema negoziale e agendo all'interno di esso su singoli profili di flessibilità, nella garanzia fornita da un soggetto collettivo che si pone come rappresentante delle istanze dei prestatori. Non è infatti pensabile che la flessibilità venga posta come un concetto normativo, oppure come una politica unitaria che il legislatore cerca di perseguire riforma dopo riforma: ben più opportuno pare invece dare spazio agli

³¹² SCOGNAMIGLIO, 2006, 221 s. afferma che il lavoro umano, per quanto modificato dallo sviluppo delle tecnologie, non potrà mai essere superato e, di conseguenza, non è prevedibile un accantonamento del diritto del lavoro e delle forme di disciplina del rapporto subordinato che esso comporta. Decisamente contrario ad uno dei pilastri della strategia della *flexicurity* di cui al Cap. I, ovvero lo spostamento delle tutele dal rapporto al mercato, CARABELLI, 2003, 109, il quale afferma che in nessun caso le seconde potranno sostituire le prime, ma al massimo dovranno aggiungersi ad esse e affiancarle. Cfr. NAPOLI, 2002, 12; PASSALACQUA, 2005, 18. CORAZZA, 2004, 51 ss. descrive l'efficace e tradizionale tecnica di tutela che lega il lavoratore stabilmente all'impresa e, in questo modo, lo protegge dalla variabilità delle vicende relative al datore di lavoro ma esterne al rapporto. La smaterializzazione dell'impresa mette in crisi questo ancoraggio del rapporto all'organizzazione e dunque espone il lavoratore ad una lacuna in termini di tutela.

³¹³ GUARRIELLO, 2000, 282 ss., che evidenzia la crescente funzione gestionale che il contratto collettivo aziendale ricopre, occupandosi direttamente di profili attinenti alla variabilità della prestazione di lavoro nell'impresa.

³¹⁴ PERULLI, 2002, 400 ss.; BORZAGA, 2007, 669, per quanto attiene specificamente al ruolo della contrattazione collettiva nel conciliare la tutela della professionalità del lavoratore con le esigenze di flessibilità organizzativa; concorda GUARRIELLO, 2000, 287 ss. valorizzando la funzione innovativa e dinamica della contrattazione aziendale, che spesso ha anticipato soluzioni poi adottate a livello nazionale; BELLARDI, 2008, 91 s. afferma che la primaria funzione della contrattazione collettiva a fronte dell'utilizzo di contratti atipici o di forme di esternalizzazione è quella di combattere un utilizzo di essi che devii dalla loro genuina e autentica struttura causale. Tuttavia, molti interventi dei contratti collettivi nazionali paiono volti a porre limiti meramente quantitativi all'utilizzo di queste fattispecie più che ad attenuare qualitativamente la precarietà in esse esistente.

interessi presenti nel quadro giuridico in continuo mutamento attraverso la mediazione di chi meglio dovrebbe essere in grado di interpretarli, ovvero le rappresentanze collettive³¹⁵.

Nel capitolo che segue si cercherà di esaminare l'applicazione concreta di un modello di flessicurezza istituito all'interno del rapporto di lavoro e della dimensione dell'impresa attraverso la mediazione del fondamentale ruolo delle rappresentanze dei lavoratori e della contrattazione a livello aziendale, nel tentativo di comprendere se davvero una simile soluzione può portare al raggiungimento di un equilibrio positivo tra i due concetti che, dal principio di questo studio, paiono nel lavoro e nel suo diritto inevitabilmente presenti e inevitabilmente contrapposti: la libertà e la sicurezza³¹⁶.

³¹⁵ CARUSO, 2005, 535 ss., il quale però rileva non pochi problemi sul punto, da una parte a causa dell'atteggiamento spesso negativo ed eccessivamente "tradizionalista" dei sindacati, dall'altra per la scarsa partecipazione proprio dei lavoratori flessibili a strutture rappresentative rigide e difficilmente inclusive nei loro confronti; già GALANTINO, 1985, 337 s. affermava che i sindacati, per gestire efficacemente le sfide della flessibilità, avrebbero dovuto abbandonare un atteggiamento esclusivamente conflittuale e farsi partecipi degli obiettivi dell'impresa. CORAZZA, 2004, 118 ss. nota come la frammentazione dell'impresa porti anche al pericolo di una frammentazione del contratto che all'impresa deve applicarsi, con uno svuotamento del suo contenuto e dei suoi significati, anche in relazione alla problematica individuazione della figura del datore di lavoro come interlocutore negoziale.

³¹⁶ PERULLI, 2012, 286 ss.; già NAPOLI, 2002, 17

CAPITOLO III - LA FLESSIBILITA' CONTRATTATA

NEL RAPPORTO DI LAVORO E NELL'IMPRESA:

L'ESPERIENZA TEDESCA

Sommario: 1. La disciplina collettiva del rapporto di lavoro. 1.1. Fondamento della contrattazione collettiva e classificazione dei contratti. 1.1.1. (segue) Ambito soggettivo di applicazione del contratto collettivo. 1.2. Il ruolo delle rappresentanze aziendali dei lavoratori: *betriebliche Mitbestimmung* e *Betriebsvereinbarungen*. 1.3. Il rapporto tra contratto collettivo e *Betriebsvereinbarung*. 1.4. Le *betriebliche Bündnisse für Arbeit* (“alleanze aziendali per il lavoro”). 1.5. Il principio di favore (*Günstigkeitsprinzip*). 2. La flessibilità contrattata nel diritto del lavoro tedesco: strumenti, soluzioni e limiti. 2.1. Il coinvolgimento del *Betriebsrat* nelle politiche occupazionali. 2.2. Il ruolo del *Betriebsrat* nelle trasformazioni dell'impresa (*Betriebsänderungen*). 2.3. La flessibilizzazione della prestazione di lavoro tra poteri dell'imprenditore e *Mitbestimmungsrechte*. 2.3.1. Prestazione di lavoro e *Weisungsrecht*. 2.3.2. La collocazione dell'orario di lavoro (§ 87, comma 1, n. 2 BetrVG). 2.3.3. La riduzione e l'incremento della durata dell'orario di lavoro (*Kurz- e Mehrarbeit* ex § 87, comma 1, n. 3, BetrVG). 2.3.4. Il lavoro in gruppo (*Gruppenarbeit*, § 87, comma 1, n. 13, BetrVG). 2.4. Altre forme di flessibilità contrattata nell'impresa. 2.4.1. La gestione collettiva dei tempi di lavoro come strumento di politica occupazionale. 2.4.2. L'orario scorrevole (*Gleitzeit*) e l'orario fiduciario (*Vertrauensarbeitszeit*). 2.4.3. Le *Arbeitsabruf-Klauseln* (“clausole di lavoro a chiamata”). 2.4.4. Il modello dell'orario annuale. 2.4.5. Gli *Arbeitszeitkonten*. 3. Qualche considerazione finale: *flexicurity* “alla tedesca”?

1. La disciplina collettiva del rapporto di lavoro

1.1. Fondamento della contrattazione collettiva e classificazione dei contratti

Nell'ordinamento della Repubblica Federale Tedesca, l'autonomia collettiva trova il proprio fondamento direttamente nella Costituzione (*Grundgesetz*, GG), e precisamente all'art. 9, comma 3, che recita: “Il diritto di associarsi per la tutela e il miglioramento delle condizioni economiche e lavorative è riconosciuto a tutti e per ogni tipo di professione. Ogni disposizione che limiti od ostacoli questo diritto è nulla.”

Già nel 1954, la Corte Costituzionale (*Betriebsverfassungsgesetz*, BVerfGE), con sentenza 629/52, affermava che la legittimazione contenuta nella norma avesse una duplice valenza e coprisse due ordini di libertà, diversi anche se collegati. Da una parte, infatti, a tutti gli individui viene riconosciuto il diritto di associarsi, di creare corpi collettivi al fine di partecipare alla determinazione delle condizioni di lavoro, eventualmente anche servendosi di strumenti conflittuali (*Koalitionsfreiheit*), dall'altra, viene dotato di rilevanza costituzionale lo strumento tipico che i sindacati usano per perseguire la propria missione, ovvero il contratto collettivo, l'accordo concluso

con la parte imprenditoriale al fine, appunto, di stabilire condizioni di lavoro concordate (*Tarifautonomie*)¹.

Soggetti legittimati alla conclusione di contratti collettivi sono i sindacati di qualunque livello, per conto dei lavoratori da essi rappresentati, le associazioni dei datori di lavoro come controparte, nonché l'imprenditore singolo, laddove si tratti di contratti conclusi a livello di impresa².

A seconda dei soggetti che concludono il contratto collettivo, determinandone l'ambito di applicazione soggettivo, è possibile distinguere tra vari tipi di accordi³: prima di tutto, rilevano i *Verbandstarifvertrag*, contratti collettivi conclusi all'interno di un determinato settore produttivo ad opera di un sindacato di categoria e della associazione degli imprenditori attivi nel medesimo ambito. Per quanto riguarda lo spazio territoriale di applicazione, questo può essere più o meno esteso, dato che sono le stesse parti contraenti a delimitare una regione di varia grandezza, non necessariamente coincidente con la divisione geografica del territorio in *Länder*; come contenuto, questi contratti collettivi pongono di solito le condizioni di base su tutti gli aspetti del rapporto di lavoro in un determinato settore produttivo, per questo motivo vengono chiamati anche *Flächentarifvertrag*⁴.

Del tutto particolare è il secondo tipo di contratto collettivo, il *firmenbezogener* o *unternehmensbezogener Verbandstarifvertrag* (letteralmente “contratto di settore a livello di stabilimento o di impresa”): l'eccezionalità di questo tipo di contratto risiede nel fatto che esso viene concluso tra le medesime parti che solitamente stipulano il *Verbandstarifvertrag*, dunque sindacato e associazione datoriale di settore presenti in un territorio più o meno ampio, ma il suo ambito di applicazione viene limitato e circoscritto ad una o più imprese singole e specifiche, oppure ad uno o più stabilimenti della medesima impresa. Questo tipo di contratto venne inizialmente utilizzato, nei primi anni successivi alla riunificazione, per adattare le condizioni generali del contratto collettivo alle imprese dell'ex Repubblica Democratica Tedesca, ancora coinvolte in situazioni del tutto peculiari e imparagonabili a quelle dei *Länder* dell'Ovest; il contratto permette infatti non solo di integrare e specificare le regole contenute nel

¹ Cfr. DÄUBLER, 2012, 46 ss.; DIETERICH, 2000, 441 ss.; ID., 2012, 97 ss.

² PETER, 2012, 916 ss.; per la legittimazione (*Tariffähigkeit*) del datore di lavoro come singolo, anche se iscritto ad associazioni di categoria, cfr. ampiamente BAYREUTHER, 2005, 305 ss.; REINARTZ, 2008, 37 ss. e 95 ss.; SAEDY NORY-SCHACK, 2008, 689 ss.

³ Come nota SANTAGATA, 2006, 1256, nonostante il grado relativamente elevato di istituzionalizzazione eteronoma del sistema tedesco di contrattazione collettiva, l'ordinamento non detta regole specifiche sulla legittimazione a contrarre dei soggetti, né impone criteri di selezione basati ad esempio sulla rappresentatività.

⁴ REIM-NEBE, 2012, 393 s. Si precisa che nel settore privato non esistono contratti collettivi di settore validi per tutto il territorio nazionale, da cui un altro nome per indicare questo tipo di accordi è *Bezirkstarifvertrag*, cioè contratti collettivi validi a livello di “distretto”.

Flächentarifvertrag, ma anche di derogare ad esse, di contraddirle, tanto *in melius* quanto *in pejus*, spesso soltanto per un periodo di tempo predeterminato nel contratto stesso⁵.

Questo particolare contratto collettivo ha trovato nuova vita negli ultimi anni della crisi, laddove è apparso chiaro che regole troppo generali, se non generiche, non favoriscono certo le istanze di competitività e miglioramento della singola impresa, né riescono ad utilizzare positivamente quelle forme di flessibilizzazione del lavoro che solo la specifica realtà produttiva può efficacemente prevedere. I primi esempi in tal senso sono i contratti collettivi conclusi a partire dal 2000 nel settore chimico, laddove il *Verbandstarifvertrag* ha previsto espressamente che le medesime parti contraenti stipulassero accordi specifici per le singole imprese bisognose soprattutto di aperture a spazi e strumenti di flessibilità⁶.

L'utilizzo di questo strumento ha riscosso molto successo negli ultimi anni, ed è stato salutato come una positiva soluzione del perenne conflitto (su cui *infra*) esistente tra il monopolio sindacale delle regole sul rapporto di lavoro, imposto con chiare finalità di tutela dei singoli, e l'innegabile maggiore idoneità della cogestione a livello di impresa nel conoscere ed efficacemente disciplinare le specifiche questioni organizzative aziendali, ricorrendo a strategie di flessibilizzazione controllata delle condizioni contrattuali⁷.

Non sono però mancate voci della dottrina e posizioni giurisprudenziali che hanno messo in dubbio la validità e la conformità all'ordinamento dei *firmen- o unternehmensbezogener Verbandstarifvertrag*, ritenendo illegittima una tale ingerenza delle parti sociali nella politica della singola impresa in cui le parti stesse non sono coinvolte in prima persona. Da un punto di vista civilistico, poi, questo tipo di accordo collettivo si presenterebbe come un vero e proprio contratto con effetti su terzi, privo però della necessaria copertura legislativa: in concreto, contrariamente a quanto accade normalmente nella contrattazione collettiva, le parti che stipulano l'accordo resterebbero poi estranee ai suoi effetti, con un pericolo di deresponsabilizzazione dei contraenti stessi di fronte alla regole poste⁸. In realtà, non si può disconoscere a priori fondamento costituzionale a questi contratti, poiché essi non paiono al di fuori dell'ambito di tutela garantito dall'art. 9, comma 3, GG: poiché la *Koalitionsfreiheit* legittima le parti sindacali a porre proprie regole in materia di capacità a contrarre, i soggetti che concludono accordi sulla base di un contratto collettivo che li autorizza devono considerarsi coperti in via mediata dalla medesima *Tarifautonomie* che protegge il contratto-fonte. D'altra parte, non si può limitare la libertà delle

⁵ REIM-NEBE, 2012, 394 s.

⁶ STOLLE, 2010, 61 ss.; SAEDY NORRY-SCHACK, 2008, 680;

⁷ PETER, 2012, 984; SAEDY NORRY-SCHACK, 2008, 680

⁸ Per tutti, BAYREUTHER, 2005, 293 ss., nel quadro dell'analisi della *Tariffähigkeit* dei soggetti contraenti a livello d'impresa.

parti sindacali al punto da vietare loro l'utilizzo di uno strumento ritenuto idoneo a determinare condizioni di lavoro opportune e vantaggiose, fermo restando che non solo il *firmen- o unternehmensbezogener Tarifvertrag*, bensì qualunque altro contratto collettivo non può violare la libertà d'impresa del singolo datore di lavoro, che dunque non potrà essere obbligato nemmeno dal sindacato cui appartiene a subire gli effetti di contratti che ledono le sue legittime prerogative⁹.

Molto più devono invece evidenziarsi i vantaggi del *firmen- o unternehmensbezogener Verbandstarifvertrag*, che riesce a sortire gli stessi positivi effetti di un *Betriebsvereinbarung* (accordo aziendale non sindacale, su cui *infra*, § 1.2), ma sotto lo scudo della presenza del sindacato di settore, che è in grado di garantire assistenza, competenza nella negoziazione, reale parità di forza delle parti e anche l'acquisizione di informazioni (ad esempio l'appartenenza sindacale dei singoli lavoratori nell'impresa) normalmente precluse al singolo lavoratore e al *Betriebsrat* (consiglio aziendale). Ovviamente, anche questi contratti collettivi, per raggiungere tutti i lavoratori presenti nell'impresa, ricorrono spesso ai tradizionali strumenti integrativi, come appunto i *Betriebsvereinbarungen* e le clausole di rinvio nel contratto individuale (*Bezugnahmeklausel*, su cui *infra*, § 1.1.1)¹⁰.

A livello di impresa, è ovviamente possibile, e anzi ordinario, che siano il sindacato aziendale e il singolo datore di lavoro a concludere un contratto collettivo, il cui ambito di applicazione resta circoscritto alla specifica realtà produttiva: la conclusione di questi contratti, non particolarmente diffusa in passato, è divenuta molto più frequente negli ultimi anni, sempre in virtù delle crescenti esigenze di flessibilità delle imprese. Con il termine di *Firmentarifvertrag* si indica per lo più il contratto collettivo aziendale che si limiti a recepire e riprodurre quasi integralmente il contenuto del *Verbandstarifvertrag*, solitamente con lo scopo di vincolare a quest'ultimo un datore di lavoro non iscritto al sindacato di settore stipulante (caso tipico in questo senso è quello della Volkswagen); il *Haustarifvertrag*, invece, integra attivamente il contratto di livello superiore, creando regole diverse e apposite per la singola impresa e talvolta, nei limiti in cui ciò è permesso, anche prevedendo norme completamente diverse e devianti *in pejus*¹¹. Dal punto di vista del contenuto, ex § 4, comma 3, TVG, la regola generale è però che il *Firmentarifvertrag* può derogare solo *in melius* rispetto alla disciplina del *Verbandstarifvertrag*, a meno che non sia quest'ultimo ad

⁹ SAEDY NORRY-SCHACK, 2008, 689 ss., ove opportunamente si distingue tra la *Tariffähigkeit*, la capacità di concludere contratti collettivi, riconosciuta dalla legge, e la *Tarifzuständigkeit*, la legittimazione a concluderli, che sono le stesse parti collettive a porre negli accordi espressione della propria autonomia.

¹⁰ REINARTZ, 2008, 9 s.; SAEDY NORRY-SCHACK, 2008, 698 ss.

¹¹ REIM-NEBE, 2012, 395 s.

autorizzare esplicitamente deroghe *in pejus*, mediante apposite clausole di apertura (*Öffnungsklausel*, di cui si dirà *infra*, §§ 1.1.1 e 1.3)¹².

Infine, si suole classificare a parte il *mehrgliedriger Tarifvertrag*, concluso tra più sindacati diversi che possono decidere di comportarsi come un unico soggetto contrattuale oppure come separati singoli contraenti, ognuno legittimato a modificare il contratto o a recedere da esso¹³.

Per quanto attiene invece non alle parti stipulanti, e dunque al conseguente ambito soggettivo di applicazione, bensì al contenuto del contratto collettivo, il nucleo minimo, nonché il primo storicamente riscontrabile, è rappresentato dal *Vergütungstarifvertrag*, che ha ad oggetto la determinazione della retribuzione spettante ai lavoratori, articolata sui diversi livelli di inquadramento, sulle mansioni, sulle varie voci di remunerazione¹⁴.

Ben più importante espressione dell'ampiezza dell'autonomia sindacale è invece il c.d. *Manteltarifvertrag*, contratto collettivo che copre e disciplina tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, dalla sua creazione, al suo svolgimento, alla sua cessazione. A partire dal *Leber-Kompromiss* del 1984, l'accordo con cui il sindacato IG Metall del Baden-Württemberg ottenne la riduzione dell'orario settimanale per gli operai dell'industria metalmeccanica senza effetti sulla retribuzione, il *Manteltarifvertrag* è diventato lo strumento di copertura per la gestione flessibile dell'orario di lavoro: è infatti solitamente questo contratto che apre alle fonti inferiori (contratto aziendale e *Betriebsvereinbarung*) le possibilità di suddivisione variabile dell'orario tra i lavoratori con gli *Arbeitszeitkorridor* (*infra*, § 2.4.3), di gestione della prestazione su base settimanale o annuale tramite gli *Arbeitszeitkonto* (*infra*, §§ 2.4.4 e 2.4.5), di introduzione controllata del *Kurzarbeit* (*infra*, § 2.3.3)¹⁵.

Infine, un caso a parte è costituito dai c.d. *sonstiger Tarifvertrag*, contratti collettivi “speciali”, perché destinati a disciplinare un aspetto o un frangente peculiare e chiaramente identificato: in questa categoria rientrano gli accordi di salvaguardia dei posti di lavoro, quelli di risanamento dell'impresa o anche quelli che dettino misure generali volte a fronteggiare l'attuale crisi economico-produttiva (su cui *infra*)¹⁶.

¹² BORZAGA, 2006, 561

¹³ Questo è il caso tipico del contratto per il pubblico impiego, concluso da tutti i sindacati presenti nel settore. REIM-NEBE, 2012, 396 s.

¹⁴ REIM-NEBE, 2012, 396

¹⁵ BERTELE, 2008, 102 ss.; REIM-NEBE, 2012, 403 s.

¹⁶ REINARTZ, 2008, 18 s.; REIM-NEBE, 2012, 406

1.1.1. (segue) Ambito soggettivo di applicazione del contratto collettivo

Il criterio generale per determinare l'ambito di applicazione soggettiva di un contratto collettivo, ovvero per individuare i lavoratori (e i datori di lavoro) vincolati al rispetto del suo contenuto, è quello della *Tarifgebundenheit*, vale a dire dell'associazione al sindacato stipulante, così come espresso nel combinato disposto dei §§ 3, comma 1, e 4, comma 1, del *Tarifvertragsgesetz* (Legge sul contratto collettivo, TVG). In via generale, un contratto collettivo si applica ai lavoratori iscritti al sindacato che lo ha stipulato, purché essi siano dipendenti da un datore a sua volta parte dell'associazione imprenditoriale che ha funto da controparte nel medesimo contratto (oppure dal datore che ha concluso personalmente il contratto aziendale)¹⁷.

Nonostante questa regola generale e residuale, non tutte le norme contenute nel contratto collettivo hanno la stessa natura e funzione e, dunque, anche l'ambito di applicazione soggettivo varia: si possono infatti distinguere le *Individualnormen*, quelle che disciplinano il rapporto del singolo lavoratore, dalle *Betriebsnormen*, che regolano non il rapporto in quanto tale, ma l'organizzazione, la vita e il funzionamento dell'impresa, e del lavoro nell'impresa, nel suo complesso¹⁸. Infine, i contratti collettivi contengono quasi sempre anche *betriebsverfassungsrechtliche Normen*, che regolano l'ordinamento aziendale¹⁹.

Mentre le *Individualnormen* seguono rigidamente il criterio della *Tarifgebundenheit*, per cui si applicano soltanto ai lavoratori e ai datori di lavoro iscritti alle rispettive associazioni stipulanti, è apparso chiaro fin da subito che le *Betriebsnormen* (e anche le *betriebsverfassungsrechtliche Normen*²⁰), dovessero valere in ugual maniera per tutti i dipendenti dell'impresa, a prescindere dalla loro affiliazione (o non affiliazione) sindacale, a pena, altrimenti, di rendere l'organizzazione produttiva e imprenditoriale del tutto impossibile. Per questo il § 3, comma 2, TVG sottrae le *Betriebsnormen* al criterio applicativo della *Tarifgebundenheit* e afferma che esse si applicano ugualmente a tutti i lavoratori dell'impresa: poiché queste norme attengono, come dice il nome stesso, al *Betrieb*, all'impresa e alla sua organizzazione, è sufficiente che vincolato al contratto

¹⁷ Cfr. JUNKER, 2013, 295; SAEDY NORRY-SCHACK, 2008, 685 s.; LEHMANN, 2010, 2824, il quale evidenzia il problema insito nell'impossibilità per il datore di lavoro di sapere quali lavoratori siano iscritti a quale sindacato. In questo modo, l'imprenditore non sa mai con certezza a quali dipendenti si applichino le norme contenute nel contratto collettivo, oppure a quale contratto collettivo siano vincolati determinati lavoratori.

¹⁸ JUNKER, 2013, 281

¹⁹ La Legge sull'ordinamento aziendale, *Betriebsverfassungsgesetz*, BetrVG, promulgata nel 1952, in una seconda versione nel 1972 e più volte riformata, da ultimo nel 2001, è il cuore del sistema di cogestione all'interno dell'impresa. Su alcuni aspetti di essa, prevalentemente per quanto attiene al *Betriebsrat* e ai suoi poteri di collaborazione e cogestione, ci si soffermerà ampiamente nei paragrafi che seguono.

²⁰ Ovvero tutte le norme sull'ordinamento aziendale, sulla costituzione delle rappresentanze aziendali dei lavoratori e sull'esercizio dei diritti di collaborazione, cogestione e codeterminazione (*Mitbestimmung*). Cfr. LORENZ, 2012, 1035 s.

collettivo di riferimento sia il capo di quella organizzazione, ovvero il datore di lavoro, perché l'intera impresa debba sottostarvi²¹.

La norma di cui al § 3, comma 2, TVG è stata in più occasioni sospettata di contrarietà all'art. 9, comma 3, GG, in quanto lederebbe la libertà sindacale sotto forma di libertà negativa del singolo di non iscriversi ad alcuna associazione e di non essere obbligato a sottostare a regole poste da soggetti cui egli non ha conferito alcun mandato. Tuttavia, il Tribunale Federale del Lavoro (*Bundesarbeitsgericht*, BAG)²² ha sempre rifiutato questa impostazione, affermando che la libertà sindacale negativa del singolo viene dalla norma in questione intaccata in modo del tutto marginale: le *Betriebsnormen*, infatti, più che come norme che vincolano il lavoratore, devono essere viste come norme vigenti per il datore di lavoro, poiché è quest'ultimo che, legato ad un sindacato e al contratto collettivo da esso stipulato, è obbligato a gestire la propria impresa, e le questioni attinenti al personale, secondo le regole poste da quel contratto. In altre parole, ciò cui il lavoratore sottostà è il normale e legittimo potere direttivo-organizzativo del datore di lavoro, che quest'ultimo liberamente sceglie di autolimitare, conformandosi alle norme collettive poste dal sindacato cui è iscritto²³.

La distinzione tra *Individualnormen* (o *Inhaltsnormen*) e *Betriebsnormen* non è delineata dalla legge, per cui si basa, con inevitabili margini di incertezza, sulla giurisprudenza consolidatasi negli anni: una norma contrattuale è *Betriebs-* qualora essa appaia “manifestamente irragionevole rispetto al suo scopo” se non viene applicata uniformemente a tutti i lavoratori. In altre parole, ci sono norme che, se non applicate ugualmente all'intero stabilimento o all'intera impresa, perdono completamente di senso e di utilità: queste sono, a titolo esemplificativo, la disciplina della sicurezza e dell'ergonomia sul luogo di lavoro, le regole di organizzazione del personale, quelle sugli orari di apertura dell'esercizio commerciale, sull'assunzione, l'inquadramento e la collocazione del personale. Non sono invece *Betriebsnormen*, bensì *Inhaltsnormen*, quelle che riguardano la suddivisione dell'orario di lavoro tra i dipendenti (istituzione dei turni, aumento dell'orario, trasformazione del rapporto da *part-time* a *full-time* e reversibilità di questa scelta),

²¹ RIEBLE-KLUMPP, 2009, 206 ss.; HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 769 s., laddove opportunamente si nota come queste norme, proprio perché a carattere marcatamente organizzativo e dunque collettivo, debbano essere contenute in un accordo collettivo che garantisca uguale vigenza e applicazione nei confronti di tutti i dipendenti, e non sia sufficiente né adatto il loro mero inserimento in ogni singolo contratto individuale.

²² L'*Arbeitsgerichtsgesetz* (ArbGG) del 1953 istituì per la prima volta nella Germania Ovest un'autonoma giurisdizione in materia di lavoro, articolata su tre gradi di giudizio: i Tribunali del lavoro (*Arbeitsgericht*, AG) - composti da un presidente togato e due membri laici nominati dalle parti, rappresentanti dei contrapposti interessi datoriali e dei lavoratori -, il Giudice d'Appello (*Landesarbeitsgericht*, LAG) e infine la Corte di ultima istanza, il *Bundesarbeitsgericht* (BAG, Tribunale Federale del Lavoro), con sede a Kassel, organo collegiale composto da cinque giudici di cui tre togati.

²³ BAG 7.11.1995; HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 770

nonché tutte quelle che prevedono un peggioramento degli standard minimi imposti dalla legge in materia di condizioni di lavoro²⁴.

Problematico appare l'inquadramento di quelle norme contrattuali che, come si vedrà *infra* (§ 2.3, in particolare 2.3.3), impongono forme di riduzione dell'orario di lavoro e della retribuzione, oppure di aumento dell'orario senza corrispondente aumento della retribuzione, al fine di salvaguardare i posti di lavoro nell'impresa, evitando il ricorso a licenziamenti per motivi economici altrimenti necessari in un momento di difficoltà. Secondo alcuni, queste norme sono in ogni caso *Inhaltsnormen*, perché impongono sacrifici al singolo lavoratore, mentre altri ritengono che simili misure di risistemazione e risuddivisione dell'orario di lavoro non sortirebbero il proprio scopo se non applicate uniformemente in tutta l'impresa: tuttavia, possono definirsi *Betriebsnormen* solo quelle attinenti appunto alla riduzione o aumento dell'orario di lavoro, mentre in alcun caso si può negare che siano mere *Inhaltsnormen* le regole sugli aggiustamenti della retribuzione, che quindi varranno solo per i lavoratori iscritti al sindacato firmatario del contratto collettivo che ha introdotto queste forme di accordi di salvaguardia dell'occupazione²⁵.

Lo strumento più usato per garantire uniforme applicazione delle norme del contratto collettivo all'interno dell'impresa è quello delle *Bezugnahmeklausel*, clausole di rinvio al contratto collettivo inserite nel contratto individuale: in questo modo, le condizioni del contratto collettivo richiamato entrano direttamente nel regolamento del rapporto individuale, e vi trovano applicazione a prescindere dal criterio della *Tarifgebundenheit*²⁶. La *Bezugnahmeklausel* ha tuttavia valore costitutivo e individuale, mai normativo, per cui le norme del contratto collettivo diventano norme del contratto individuale, alla pari delle altre e sottoposte alle medesime vicende; è possibile introdurre la clausola di rinvio esplicitamente oppure anche con un comportamento concludente, purché il rimando sia chiaro e trasparente tanto nella fonte richiamata quanto nell'oggetto specifico di rinvio²⁷.

La giurisprudenza del BAG è piuttosto aperta nel riconoscere spazio di applicazione alle *Bezugnahmeklausel*, in quanto esse costituiscono uno strumento contrattual-civilistico di ingresso

²⁴ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 771; per tutte, BAG 17.6.1997

²⁵ JUNKER, 2013, 281; LORENZ, 2012, 1033

²⁶ Il rinvio (*Verweisung*) contenuto nella *Bezugnahmeklausel* può essere di vario tipo: la dottrina distingue tra rinvio statico, al testo vigente in un preciso momento storico di un contratto collettivo specificamente individuato, dinamico debole, al testo modificato nel tempo di un contratto collettivo specifico, e dinamico forte (detto anche *Jeweiligkeitsklausel*), al contratto collettivo vigente in quel momento per l'impresa, qualunque esso sia e sarà nel futuro. Cfr. LORENZ, 2012, 1079 ss., e in particolare 1084 ss.; PREIS, 2010, 362 s.

²⁷ SCHNEIDER, 2009, 61 s.; JUNKER, 2013, 285; PREIS, 2010, 362 s., laddove si richiama, tra tutte, BAG 19.3.2003, che ha dichiarato inefficace una clausola di rinvio per lesione dell'obbligo di trasparenza, dato che era al lavoratore impossibile comprendere a quale norma il contratto individuale facesse riferimento, tanto più che questo rimando avrebbe potuto comportare per il lavoratore stesso anche svantaggi e sacrifici.

delle norme collettive nel rapporto di lavoro altrimenti ad esse sottratto; in particolare, il rinvio più vantaggioso per il lavoratore pare quello dinamico, che sortisce l'effetto di legare la retribuzione del singolo agli aumenti solitamente previsti dalle parti sociali con periodicità²⁸. Un aspetto problematico della *Bezugnahmeklausel* potrebbe essere quello del controllo giudiziale: poiché infatti il dettato del contratto collettivo diventa a tutti gli effetti clausola del contratto individuale, dovrebbe poter essere sottoposto al medesimo sindacato di conformità alle norme imperative dell'ordinamento che grava su tutti gli accordi tra privati. In realtà, anche in questo campo il BAG ha adottato un'interpretazione elastica e di favore, affermando che, pur inserito in una clausola del contratto individuale, il contenuto del contratto collettivo resta tutelato dalla *Tarifautonomie* di cui all'art. 9, comma 3, GG, e quindi sottoposto ai soli controlli di conformità alla Costituzione, al buon costume e all'ordine pubblico²⁹.

La *Bezugnahmeklausel* può però essere inserita soltanto nei contratti individuali di lavoratori che non siano iscritti ad alcun sindacato (o comunque ad alcun sindacato con cui il datore di lavoro o l'associazione di cui questi fa parte abbiano concluso un contratto collettivo), dato che, in tutti gli altri casi, ogni lavoratore ha il diritto a vedersi applicare il contratto collettivo cui risulta legato in base al criterio, bilaterale, della *Tarifgebundenheit*³⁰. Può accadere, infatti, che più contratti collettivi trovino formale applicazione nella medesima impresa (si parla allora di *Tarifkonkurrenz*): se si tratta di due contratti di diverso livello, ma conclusi dalle medesime parti sindacali, vale il principio di specialità e dunque si applicherà quello con l'ambito di validità più ristretto, ovvero quello che da un punto di vista spaziale, personale e oggettivo sia più vicino alla realtà da regolare³¹. Se però il datore di lavoro conclude un contratto aziendale con un sindacato, e contemporaneamente è vincolato ad un *Verbandstarifvertrag* concluso dall'associazione cui appartiene con altro sindacato, non si parlerà più di concorrenza, ma di vero e proprio conflitto tra norme contrattuali: in questo caso, mentre, come detto, le *Betriebsnormen* contenute nel contratto aziendale vincoleranno tutti i dipendenti dell'impresa senza distinzioni, per quanto riguarda le

²⁸ Per una panoramica della giurisprudenza del BAG in materia di *Bezugnahmeklausel*, e quanto alla questione circa la loro legittimità portata di fronte alla Corte di Giustizia Europea, cfr. MARINELLI, 2008, 938 ss.

²⁹ BAG 3.4.07, che ritiene invalido il solo rinvio ad un contratto collettivo che improvvisamente introduca aspetti del tutto imprevedibili e assurdi nel rapporto di lavoro; tuttavia PREIS, 2010, 364 s., nota come il rinvio dinamico forte si esponga a profili di rischio per il lavoratore che, ad esempio in caso di trasferimento d'azienda, potrebbe trovarsi legato all'applicazione di un contratto collettivo del tutto estraneo al settore di riferimento e alle sue regole.

³⁰ JUNKER, 2013, 308 s.; PETER, 2012, 978

³¹ BAG 23.5.2005; SANTAGATA, 2006, 1253 s.; SAEDY NORY-SCHACK, 2008, 682 ss., ove però si pone il problema della *Tarifkonkurrenz* tra *Firmentarifvertrag* e *firmenbezogener Verbandstarifvertrag*, che hanno lo stesso ambito di applicazione e non sono suscettibili di classificazione in un rapporto generalità/specialità

Inhaltsnormen ciascun lavoratore avrà il diritto di vedersi applicato il *Firmentarifvertrag* o il *Verbandstarifvertrag*, a seconda del sindacato cui sia iscritto³².

Per quanto riguarda invece il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale del lavoratore *tarifgebunden*, l'efficacia del primo sul secondo è immediata, nel senso che non c'è bisogno di dichiarazione né di rinvio esplicito per decretarne la prevalenza, e vincolante, poiché il secondo non può derogare al primo se non *in melius*, a pena di nullità delle clausole contrarie³³. Per aprire spazi di derogabilità al contratto individuale (nonché ai contratti collettivi di livello inferiore e soprattutto ai *Betriebsvereinbarungen*, su cui *infra*, § 1.2), i contratti collettivi contengono delle *Öffnungsklausel* (clausole di apertura o di uscita), con cui autorizzano espressamente altre fonti a derogare, entro limiti posti dalla clausola stessa, al dettato contrattuale: queste clausole, espressione del potere dispositivo delle parti sociali che possono scegliere di porre regole con margini di derogabilità ad opera di altri attori, sono di primaria importanza nell'architettura della flessibilità controllata³⁴.

Si segnala, infine, che l'ordinamento tedesco conosce un meccanismo di estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo *erga omnes* tramite una procedura amministrativa di riconoscimento della *Allgemeinverbindlichkeit* (efficacia generale) ad opera del Ministero del Lavoro: questa ipotesi, disciplinata dai §§ 5-12 TVG, è però nella pratica del tutto residuale e ha trovato applicazione in un numero limitatissimo di casi concreti³⁵.

1.2. Il ruolo delle rappresentanze aziendali dei lavoratori: *betriebliche Mitbestimmung e Betriebsvereinbarungen*

Il § 1 della Legge sull'ordinamento aziendale (*Betriebsverfassungsgesetz*, BetrVG) prevede che all'interno di ogni stabilimento con almeno cinque dipendenti sia costituito un organo di rappresentanza degli interessi dei lavoratori, il *Betriebsrat* (consiglio aziendale), cui vengono assegnati una serie di compiti, molto pregnanti, volti a garantire forme di partecipazione dei dipendenti alla gestione e all'organizzazione del lavoro nell'impresa³⁶. Si parla a questo riguardo di

³² PETER, 2012, 978; per una ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza circa il problema della coesistenza di più contratti collettivi nella medesima impresa, cfr. WENDELING-SCHRÖDER, 2000, 339 ss.

³³ JUNKER, 2013, 288

³⁴ Cfr. BERTELE, 2008, 103 ss.; SCHNEIDER, 2009, 62; SAEDY NORY-SCHACK, 2008, 686 s.; MARINO, 2005, 186; BORZAGA, 2006, 567 s., riporta come originariamente le *Öffnungsklausel* avessero la funzione assolutamente eccezionale di prevedere deroghe "d'emergenza" al contratto collettivo vista la difficile situazione in cui versavano i nuovi *Länder* dell'Est, per cui queste clausole venivano definite *Notfallklausel* o *Härtefallklausel*.

³⁵ Cfr. LAKIES, 2012, 1485 ss.; JUNKER, 2013, 303

³⁶ Senza potersi soffermare troppo sul tema, si segnala che l'istituzione dei *Betriebsrat* affonda le proprie radici nel fondamentale *Betriebsrätegesetz* (Legge sui consigli aziendali) del 1920, promulgato in attuazione del § 165 della

un “doppio canale” di rappresentanza dei lavoratori nell’impresa, in quanto alla rappresentanza del sindacato (anche a livello aziendale), si affianca quella, non a carattere sindacale, del *Betriebsrat*, dotato di proprie prerogative e di una propria capacità di concludere accordi con il datore di lavoro³⁷. Tratto saliente della rappresentanza aziendale è la sua obbligatorietà per il lavoratore: a differenza di quanto accade per l’affiliazione sindacale, che è totalmente libera e prevede un atto di volontà del lavoratore, la rappresentanza dei dipendenti da parte del *Betriebsrat* è prevista direttamente dalla legge, e in alcun modo il singolo può dissociarvisi o rinunciarvi, fintantoché permane il suo rapporto di lavoro nell’impresa³⁸.

Il BetrVG distingue chiaramente le diverse materie nell’ambito delle quali il *Betriebsrat* vanta diritti di cogestione, a seconda che queste riguardino gli aspetti sociali, la disciplina concreta del lavoro, vicende personali dei dipendenti o aspetti economici³⁹; inoltre, anche i poteri partecipativi del consiglio aziendale sono distinti e graduati partendo dal semplice diritto di informazione, all’obbligatorio interpello e ascolto (*Anhörung*), al diritto di opposizione, al vero e proprio diritto di veto, fino ai diritti di codeterminazione in senso stretto (*Mitbestimmungsrechte*), previsti dal § 87 BetrVG, nell’esercizio dei quali il *Betriebsrat* decide insieme al datore di lavoro e alla pari di

Costituzione di Weimar, paragrafo che non solo sanciva la libertà di organizzazione, sindacale o associativa di categoria, tanto per i lavoratori quanto per i datori di lavoro, ma dichiarava altresì la necessità della cooperazione delle forze sociali nella determinazione delle condizioni lavorative e salariali, nonché nelle decisioni volte allo sviluppo dell’impresa e dell’economia nazionale: a tali fini, il secondo comma del paragrafo parlava espressamente dell’istituzione di «*Arbeiterräten*» (consigli dei lavoratori). Per quanto riguarda un quadro complessivo sul punto, doveroso almeno il rinvio a DÄUBLER, 2006; MATTHES, 2009, 874 ss.; più genericamente, SÖLLNER-WALTERMANN, 2009, 296 ss; in Italia, SPAGNUOLO-VIGORITA, 1961, 93 ss. Si precisa inoltre che, in questo studio, ogni riferimento alla codeterminazione e alla cogestione sottintende che si parli di *betriebliche Mitbestimmung*, ovvero delle forme di partecipazione del *Betriebsrat* alla determinazione delle condizioni di lavoro nell’impresa; non verrà invece in alcun modo presa in considerazione la *unternehmerische Mitbestimmung*, che regola le forme di partecipazione dei lavoratori alla gestione degli organi societari: su questo tema si veda, tra tutti, WIBMANN, 2009, 1244 ss.; in Italia, PEDRAZZOLI, 1977, 273 ss.

³⁷ STOLLE, 2010, 48 s.; JUNKER, 2013, 346 ss. e in particolare 352, ove si precisa come, nella pratica, *Betriebsrat* e sindacati aziendali siano il più delle volte collegati e cooperino, compenetrandosi all’interno dell’impresa; ugualmente SANTAGATA, 2005, 641, parla di un progressivo superamento, almeno in molte realtà aziendali, della dicotomia del doppio canale di rappresentanza; PEDRAZZOLI, 1977, 272 s., spiega le ragioni storiche che hanno spinto il legislatore del Dopoguerra a svuotare le imprese delle loro rappresentanze sindacali, per trasferire la presenza sindacale solo all’esterno degli stabilimenti produttivi; a questo proposito, è d’uopo fin d’ora precisare che il *Betriebsrat*, a differenza dei sindacati, non può ricorrere a strumenti conflittuali, in particolare allo sciopero, dato che la sua azione si basa su una “fiduciosa cooperazione” (§ 2 BetrVG) con il datore di lavoro per il bene dei lavoratori e dell’impresa.

³⁸ WEISS, 2002, 643; JUNKER, 2013, 346 ss; nonostante i suoi doveri di fiduciosa collaborazione con l’imprenditore e il divieto di ricorrere a strumenti conflittuali, non sussiste alcun dubbio circa il fatto che il *Betriebsrat* rappresenti, tuteli e sostenga gli interessi dei lavoratori, essendo esclusa ogni funzionalizzazione del suo ruolo alle ragioni generali della produzione o dell’economia, cfr. SPAGNUOLO-VIGORITA, 1961, 139 ss. Circa il mutamento storicamente determinato della struttura del personale nell’impresa, in cui ora si trovano apprendisti, lavoratori somministrati, distaccati, in appalto, e la necessità che la rappresentanza del *Betriebsrat* si estenda davvero a tutti i soggetti che prestano la propria attività all’interno della realtà aziendale, cfr. HEILMANN-RUDOLF, 2001, 212 s.

³⁹ PEDRAZZOLI, 1977, 264 ss.; per un approfondimento sull’importante riforma del 1972 circa le prerogative del *Betriebsrat* in materia di vicende personali del lavoratore quanto al rapporto di lavoro cfr. RICHARDI, 1972, 1 ss.

questi⁴⁰. Tuttavia, è importante puntualizzare che in ogni caso i diritti del *Betriebsrat* sono di *Mitbestimmung*, di co-determinazione, per cui in alcun modo il consiglio aziendale potrà intervenire unilateralmente a disciplinare aspetti del lavoro nell'impresa⁴¹: il BetrVG, infatti, non prescrive all'imprenditore di disciplinare obbligatoriamente determinate materie, ma prevede che, se questi vuole dettare regole in quegli specifici ambiti, sia tenuto a farlo non da solo, bensì cooperando in accordo con il *Betriebsrat*⁴².

Il risultato concreto e tipico di questa cooperazione è classicamente costituito dai *Betriebsvereinbarung* (accordi aziendali) ex § 77 BetrVG, accordi sottoscritti dal datore di lavoro e dal *Betriebsrat*, contenenti regole circa la costituzione, il contenuto, la conclusione del rapporto di lavoro, nonché regole *betriebliche* e *betriebsverfassungsrechtliche*. Prima e fondamentale caratteristica del *Betriebsvereinbarung* è quella di applicarsi indistintamente a tutti i lavoratori dell'impresa, senza alcuna limitazione⁴³: questa, del resto, è l'ovvia conseguenza di quanto detto circa il carattere necessario della rappresentanza del consiglio aziendale nei confronti dei dipendenti. Oltre a ciò, è necessario però distinguere le diverse ipotesi, a seconda che contenuto dell'accordo sia o meno una materia oggetto di obbligatoria *Mitbestimmung* ex § 87, comma 1, BetrVG. Se infatti la materia rientra nell'elenco, l'effetto del *Betriebsvereinbarung* sarà immediato e vincolante nei confronti di tutti i dipendenti, e prevarrà sulle norme contenute nel contratto individuale, sia in senso peggiorativo sia in senso migliorativo (§ 77, comma 4, BetrVG); se invece la materia è estranea a quelle oggetto di obbligatoria codeterminazione, le norme del *Betriebsvereinbarung* varranno in ogni caso se migliorative del contratto individuale, mentre non prevarranno su disposizioni del contratto individuale più vantaggiose per il lavoratore. In altre parole, al di fuori delle materie oggetto di obbligatoria *Mitbestimmung*, *Betriebsvereinbarung* e contratto individuale diventano norme poste sullo stesso piano, laddove l'applicazione dell'uno o dell'altro verrà stabilita sulla base del principio di favore (*Günstigkeitsprinzip*, su cui *infra*, § 1.5), con preferenza della norma più vantaggiosa per il lavoratore⁴⁴.

⁴⁰ Cfr. WALTERMANN, 1993, 682 s.; doveroso segnalare che SPAGNUOLO-VIGORITA, 1961, 197 ss., definisce il dovere generale di collaborazione come norma-limite e non norma di scopo con autonoma funzione giuridica.

⁴¹ FITTING ET AL., 2012, 1302; RICHARDI, 2012, 1071

⁴² RICHARDI, 2012a, 1262; per l'illegittimità di norme collettive che dettino regole individuali, cfr. SÄCKER, 1972, 61 ss.

⁴³ Per le limitate esclusioni soggettive, tra cui spicca la non applicabilità ai dirigenti, cfr. RICHARDI, 2012, 1086 ss.

⁴⁴ RICHARDI, 2012, 1101 ss., ove si puntualizza che, secondo l'opinione comune, anche nelle materie oggetto di obbligatoria *Mitbestimmung* il contratto individuale può sempre derogare *in melius* all'accordo aziendale, che si pone dunque come semplice dichiarazione di standard minimi: l'utilizzo di una clausola di apertura (*Öffnungsklausel*) in tal senso, anche se teoricamente possibile, sarebbe perciò superfluo e ridondante. IVI, 1112 s. si precisa che il lavoratore non può rinunciare ai diritti conferitigli da un accordo aziendale se non con l'esplicito consenso del *Betriebsrat* che l'ha concluso, né d'altra parte, finché rimane in vita il suo rapporto di lavoro nell'impresa, può in alcun modo perdere quei diritti.

Gli accordi aziendali sono legittimati a disciplinare qualunque aspetto del rapporto di lavoro nell'impresa, e non solo quelli attinenti alle materie oggetto di *Mitbestimmung* elencate nel § 87 BetrVG: questa competenza, inizialmente limitata alle sole questioni sociali, è stata invece estesa progressivamente dal BAG fino a comprendere anche tutte le questioni personali del lavoro nell'impresa. Da una parte, infatti, si è affermato che l'accordo aziendale può contenere tutte le regole previste dal contratto individuale di lavoro; dall'altra, al § 77, comma 3, BetrVG, che vieta al *Betriebsvereinbarung* di disciplinare le materie oggetto di contrattazione collettiva (sul punto si tornerà *infra*, § 1.3) è stata data lettura in senso positivo, come affermazione di una competenza generale e residuale degli accordi aziendali riguardo tutti gli ambiti lasciati liberi dall'autonomia sindacale⁴⁵.

Il *Betriebsvereinbarung* è insieme simile al e diverso dal contratto collettivo: entrambi hanno efficacia normativa, prevalgono (a certe condizioni) sul contratto individuale e hanno una veste giuridica di accordo privato dotato di effetti e rilevanza su un piano più alto rispetto ai normali negozi autonomi dei singoli⁴⁶. Tuttavia, si muovono su due piani completamente differenti, poiché rappresentano interessi eterogenei e diversa è l'autonomia che viene espressa mediante la loro conclusione⁴⁷. Non è possibile, infatti, tacere della differenza tra il *Betriebsvereinbarung* e la potestà normativa del contratto collettivo, il quale trova fondamento direttamente nella Costituzione e postula il dovere del legislatore di autolimitarsi nella disciplina dei rapporti di lavoro, in modo da lasciare spazio all'autonomia sindacale; inoltre, il semplice ingresso del lavoratore nell'impresa mediante la stipulazione di un contratto sinallagmatico non sembra paragonabile alla pregnante dichiarazione di volontà (estesa alla previsione degli effetti) significata dall'atto di affiliazione ad un sindacato. Tuttavia, correttamente si evidenzia come l'art. 74, n. 13, GG obblighi il legislatore a disciplinare il diritto del lavoro, e in particolare l'ordinamento aziendale, così dotando i *Betriebsvereinbarung*, parte della *Betriebsverfassung*, di una seppur mediata copertura costituzionale⁴⁸. Del resto, fin dall'entrata in vigore del primo BetrVG del 1952, la giurisprudenza del BAG non ha mai avuto dubbi nel riconoscere che, laddove si tratti di norme attinenti al lavoro, alle condizioni di lavoro e all'organizzazione dell'impresa, i *Betriebsvereinbarung* hanno valore

⁴⁵ WALTERMANN, 1993, 681 e giurisprudenza ivi citata; LINSENMAIER, 2008, 7

⁴⁶ Il *Betriebsvereinbarung* in senso stretto, disciplinato dal § 77 BetrVG, può avere ad oggetto soltanto le materie di cui al § 87. Per il resto, datore di lavoro e *Betriebsrat* possono concludere accordi su qualunque altra materia collegata al rapporto di lavoro e al lavoro nell'impresa, ma questi saranno accordi informali *ex* § 88 BetrVG, e dunque non avranno il medesimo effetto immediato e vincolante per tutti i lavoratori. Cfr. WORZALLA, 2011, 1049 ss.; RICHARDI, 2012, 1074 s.

⁴⁷ MAACK-BEILE, 2001, 8; RICHARDI, 2012, 1085 s.

⁴⁸ BAG, 12.12.2006; LINSENMAIER, 2008, 4 s. e dottrina ivi citata.

normativo e immediato nei confronti del contratto individuale, nonostante il tenore letterale del § 77 BetrVG lasci dedurre solo la seconda caratteristica e non anche la prima.

Il problema, però, non ha mai riguardato l'ampiezza delle materie possibile oggetto di accordi aziendali, quanto piuttosto l'effetto eteronomo sortito sul contratto individuale: in altre parole, non si discute sul fatto che i *Betriebsvereinbarungen* abbiano effettivamente il potere di determinare le condizioni di lavoro dell'impresa ma, tanto più considerando che essi possono comportare anche degli svantaggi per i dipendenti (basti pensare agli accordi per il prolungamento o la riduzione dell'orario di lavoro senza modifica della retribuzione), ci si interroga sul fondamento di questa potestà normativa, che parrebbe contraddire il monopolio della legge e del contratto collettivo in materia di lavoro, imponendo un'inedita forma di eteronomia privata. Secondo parte della dottrina, la legittimazione sarebbe direttamente nella legge, che, istituendo meccanismi per l'elezione democratica del *Betriebsrat*, lo autorizzerebbe anche a concludere accordi che non contraddicono il principio di democraticità nella creazione normativa; secondo altri, viceversa, il fondamento nascerebbe dal contratto individuale che, inserendo il lavoratore nell'impresa del datore, lo vincola anche alla rappresentanza del consiglio aziendale e delle norme da esso legittimamente poste⁴⁹.

La Corte Costituzionale, d'altra parte, ha confermato che anche i *Betriebsvereinbarungen*, come tutte le fonti normative, trovano la propria legittimazione (e la legittimazione dei propri effetti immediati e vincolanti sulle fonti di rango inferiore) nella garanzia della democraticità dei meccanismi della loro creazione. Così, non solo la copertura di una legge parlamentare come il BetrVG dovrebbe già fornire idonea legittimazione, ma ulteriormente la democraticità con cui vengono eletti i *Betriebsrat* nell'impresa e il controllo procedurale a cui sono sottoposti i loro atti giustificano l'effetto eteronomo delle norme da loro create⁵⁰. Inoltre, valore costituzionale deve già essere riconosciuto al ruolo stesso del *Betriebsrat*, che impedisce al datore di lavoro di decidere unilateralmente, esercitando semplicemente i propri poteri direttivo-organizzativi, su determinati aspetti del rapporto: proprio per questo la legge, unica fonte legittimata in tal senso, autorizza il consiglio aziendale ad influire anche in senso peggiorativo sul contenuto del rapporto individuale, con un'inedita incursione di una norma privata su altra norma privata⁵¹.

Si è pure affermato che un *Betriebsvereinbarung* che, con riguardo ad una o più delle materie ex § 87 BetrVG, intacchi i diritti riconosciuti al singolo dal contratto individuale, ben potrebbe essere incostituzionale per lesione del diritto alla libertà personale del singolo di cui all'art. 2 GG. Non è

⁴⁹ LINSSENMAIER, 2008, 2; doveroso inoltre un rinvio alla fondamentale opera di RICHARDI, 1968.

⁵⁰ Così da ultimo BVerfGE, 13.7.04, il cui contenuto è stato recepito nella già citata BAG 12.12.06. Cfr. LINSSENMAIER, 2008, 9 ss. Per la funzionalizzazione dei poteri del *Betriebsrat* alla protezione del lavoratore, teleologia che delimita anche la legittimità dell'esercizio dei poteri stessi, cfr. SÄCKER, 1972, 52.

⁵¹ WALTERMANN, 1993, 683

possibile infatti negare il carattere radicalmente eteronomo che le norme dell'accordo aziendale rivestono per il lavoratore, dato che quest'ultimo non ha effettuato alcuna rinuncia alla propria autodeterminazione negoziale in materia di lavoro né ha conferito alcun mandato al *Betriebsrat*, né con l'ingresso nell'impresa né con l'elezione del consiglio aziendale stesso. La volontà del lavoratore non copre in alcun modo, nemmeno mediato, le regole poste dal *Betriebsrat*, che dunque mantengono un carattere strettamente eteronomo, anche quando regolano gli istituti di cui al § 87 BetrVG: persino il contratto individuale che esplicitamente rinvii ad un *Betriebsvereinbarung* non può trasformare norme eteronome in norme autonome, ma si limita a contenere una volontaria rinuncia del lavoratore all'applicazione del *Günstigkeitsprinzip*⁵².

A questo riguardo è doveroso richiamare la fondamentale sentenza del BAG del 20.11.1987, con la quale la Suprema Corte ha affermato che i *Betriebsvereinbarung* valgono come condizioni generali di lavoro, e per questo motivo è come se ogni contratto individuale concluso all'interno dell'impresa contenesse un rinvio dinamico forte all'accordo aziendale vigente di momento in momento⁵³. Da questo deriva che, anche se il lavoratore non può autonomamente e singolarmente impugnare il *Betriebsvereinbarung*, può far valere in giudizio l'ingiusta lesione dei propri diritti individuali da parte di esso: il giudice avrà allora il potere di controllare il contenuto dell'accordo aziendale dal punto di vista della sua conformità all'ordinamento, al buon costume e all'ordine pubblico, nonché del rispetto della riserva alla contrattazione collettiva di cui al § 77, comma 3, BetrVG (su cui subito *infra*). D'altra parte, il giudice potrà valutare le norme del *Betriebsvereinbarung* anche sotto il profilo della loro idoneità a raggiungere lo scopo prefissato, nonché della loro proporzionalità rispetto all'obiettivo⁵⁴.

E' comunque innegabile un certo atteggiamento "di favore" della giurisprudenza nei confronti dello strumento del *Betriebsvereinbarung*, indispensabile, come si vedrà, per gestire in modo dinamico la vita di imprese sempre più sottoposte alle sfide della competizione globale e della crisi: in particolare, il BAG ha promosso con diverse pronunce una cosiddetta "politica di apertura" del contratto individuale all'accordo aziendale. Così, l'insolito e teoricamente non del tutto giustificato utilizzo di una *Bezugnahme Klausel* con rinvio dinamico forte (a valenza dichiarativa e mai costitutiva) all'accordo aziendale sortisce l'effetto di una rinuncia del lavoratore all'applicazione del *Günstigkeitsprinzip*, con la conseguenza che i rapporti individuali potranno da quel momento in

⁵² LINSENMAIER, 2008, 7

⁵³ Cfr. il commento di PREIS, 2010, 366, ove peraltro si mette in dubbio che una simile *Bezugnahme Klausel* sia compatibile con il principio di chiarezza e trasparenza del rinvio. Del resto, parte della giurisprudenza successiva si è parzialmente distaccata da questa interpretazione.

⁵⁴ Cfr. WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 28 s.; LINSENMAIER, 2008, 12

poi essere disciplinati in adattamento automatico alle regole collettive poste dal datore di lavoro e dal *Betriebsrat*⁵⁵.

1.3. Il rapporto tra contratto collettivo e *Betriebsvereinbarung*

Come detto, la regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro in Germania passa attraverso un doppio canale, che vede la contemporanea presenza di contratti collettivi conclusi dai sindacati e di accordi aziendali conclusi dal *Betriebsrat*.

La legge istituisce tra le due fonti una gerarchia molto chiara: il § 77, comma 3, BetrVG, pone la regola del cosiddetto *Tarifvorrang* (o *Tarifvorbehalt*), ovvero della riserva a favore della contrattazione collettiva, anche se in realtà, più che di una riserva, si tratta di un diritto di precedenza e prevalenza, per cui il *Betriebsvereinbarung* non può intervenire a regolare materie che siano, nel caso specifico o solitamente, già regolate dal contratto collettivo⁵⁶. L'ordinamento risolve dunque in radice i possibili conflitti tra le norme poste dalle due fonti, ponendole su piani gerarchici del tutto differenti, laddove la prevalenza del contratto collettivo dovrebbe assicurare il rispetto dei diritti fondamentali e costituzionali nella determinazione delle condizioni di lavoro, in virtù della già discussa legittimazione contenuta nell'art. 9, comma 3, GG⁵⁷. Ogni contraddizione tra i due canali è dunque a priori risolta a favore del contratto collettivo, dato che l'ampiezza, costituzionalmente necessitata, dei diritti e poteri del sindacato non può nemmeno marginalmente o involontariamente essere limitata da un'altra fonte, priva della medesima pregnanza garantistica nei confronti dei lavoratori⁵⁸.

Per quanto riguarda i caratteri concreti del *Tarifvorrang*, per il § 77, comma 3, il *Betriebsvereinbarung* non può regolare una materia già regolata dal contratto collettivo: poiché la legge tace sul punto, deve ritenersi che non rilevi il livello del contratto collettivo vigente, bensì soltanto che un qualunque contratto collettivo vincoli il datore di lavoro, ma non necessariamente tutti i lavoratori, ponendo regole su un determinato oggetto⁵⁹. Tuttavia, il § 77, comma 3, parla

⁵⁵ PREIS, 2010, 365 s.

⁵⁶ JUNKER, 2013, 386; SAEDY NORY-SCHACK, 2008, 675 ss.; cfr. SÄCKER, 1972, 42 ss., che nota come già il § 2 BetrVG affermi che datore di lavoro e *Betriebsrat* cooperano con fiducia “nel rispetto dei contratti collettivi vigenti”, ricostruendo dunque il rapporto tra le due fonti in termini di sussidiarietà.

⁵⁷ A questo riguardo, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha elaborato la cosiddetta *Kernbereichslehre*, la “teoria del nocciolo duro”, in base alla quale i fondamenti più importanti del diritto del lavoro, dunque la disciplina del nucleo fondante del rapporto, devono essere obbligatoriamente regolati dalla contrattazione collettiva, con pari limitazione tanto della legge quanto dei *Betriebsvereinbarung*. Cfr. BORZAGA, 2006, 570 s.

⁵⁸ RICHARDI, 2012, 1126; LEHMANN, 2010, 2826, il quale tuttavia si affretta a notare come in base a questa regola “più di metà dei *Betriebsvereinbarung*” conclusi in Germania dovrebbero essere inefficaci, dato che, nella pratica, molteplici sono le violazioni, più o meno importanti e manifeste, del *Tarifvorbehalt*.

⁵⁹ In realtà, sul punto sussistono opinioni parzialmente discordanti, cfr. SÄCKER, 1972, 67 s.

anche di materie “solitamente regolate dal contratto collettivo” (criterio della *Tarifüblichkeit*), come dire che gli accordi aziendali non possono disciplinare nemmeno una materia che, pur se non normata nel caso concreto, viene di consuetudine trattata dall’autonomia sindacale. Per determinare dunque questo secondo confine, piuttosto complesso, la giurisprudenza prende in esame la contrattazione collettiva e le sue tendenze consolidate nel settore produttivo di riferimento, nonché gli ambiti oggettivo e soggettivo dei contratti; in particolare, la costante conclusione di contratti aziendali che regolano una determinata materia la inserisce di diritto tra quelle “solitamente normate”. Infine, questa consuetudine nella regolamentazione può anche decadere, nel momento in cui la disciplina di una materia venga abbandonata nelle tornate contrattuali successive⁶⁰.

La situazione non dovrebbe essere diversa nemmeno laddove si tratti delle materie oggetto di obbligatoria *Mitbestimmung* ex § 87 BetrVG: anche in questo caso, infatti, se il contratto collettivo regola uno di questi ambiti, sarà precluso l’intervento di un *Betriebsvereinbarung* sul punto⁶¹. Tuttavia, pare doversi ammettere che, per quanto riguarda le materie di cui al § 87 BetrVG, valga soltanto il criterio della effettiva regolamentazione da parte del contratto collettivo, e non anche quello della *Tarifüblichkeit*, per cui l’accordo aziendale potrà intervenire ogniqualvolta l’oggetto non sia effettivamente e concretamente disciplinato da un contratto collettivo nel caso specifico⁶².

Così, ad esempio in materia di riduzione o prolungamento dell’orario di lavoro (oggetto di obbligatoria *Mitbestimmung* ex § 87, comma 1, n. 3, come si vedrà *infra*, § 2.3.3), la disciplina contenuta in un contratto collettivo non potrà vietare l’introduzione di *Kurz-* o *Mehrarbeit* mediante *Betriebsvereinbarung*, ma, se un contratto collettivo regola direttamente la loro istituzione nell’impresa, l’accordo aziendale perderà le proprie prerogative⁶³.

Ovviamente, l’autonomia sindacale può volontariamente decidere di lasciare spazi di azione e di disciplina al *Betriebsvereinbarung*, mediante l’introduzione nel contratto collettivo delle *Öffnungsklausel*, clausole di apertura che autorizzano l’accordo aziendale ad intervenire in determinate materie, di solito all’interno di una cornice di riferimento fissata dal contratto stesso, che può prevedere semplici integrazioni o vere e proprie deroghe, anche *in pejus*⁶⁴. Per avere validità, la clausola di apertura deve essere chiara e precisa, identificando con trasparenza l’ambito e le condizioni poste: il suo primo effetto sarà così quello di porre sullo stesso piano, limitatamente

⁶⁰ Cfr. ampiamente RICHARDI, 2012, 1131 ss., con dottrina e giurisprudenza ivi citate.

⁶¹ Così BAG, 24.1.1987, che dunque permette la conclusione di accordi aziendali solo se autorizzati esplicitamente, con funzione integrativa, dal contratto collettivo stesso; tuttavia, una parte della dottrina sostiene in realtà che il § 77, comma 3, BetrVG, non si applichi affatto nelle materie di cui al § 87 BetrVG, per cui il *Tarifvorbehalt* cederebbe di fronte all’obbligatoria *Mitbestimmung*, cfr. SÄCKER, 1972, 64 ss.

⁶² ROBERT, 2003, 80 s.; RICHARDI, 2012, 1135

⁶³ JUNKER, 2013, 386; RICHARDI, 2012, 1135

⁶⁴ BERTELE, 2008, 103 ss.

all'oggetto o agli oggetti identificati, due fonti altrimenti gerarchicamente ordinate, aprendo così alla determinazione della regola applicabile sulla base del *Günstigkeitsprinzip*.

Un cenno è qui doveroso al cosiddetto *Cafeteriasystem*, ipotesi in cui il *Verbandstarifvertrag* fornisce alle parti dell'impresa non un'unica clausola di apertura, bensì una serie di possibili opzioni di regolamentazione dei vari aspetti del rapporto di lavoro (*Optionlösungen* o *Menülösungen*), tra cui le parti stesse potranno liberamente scegliere quella che meglio si adatta alle loro esigenze e alla loro situazione: data la rinuncia, di fatto, del contratto collettivo al proprio potere normativo, la legittimità di questo strumento viene fortemente messa in dubbio⁶⁵.

Se il *Betriebsvereinbarung* disciplina, senza autorizzazione, una materia già oggetto di contratto collettivo, oppure travalica i limiti della *Öffnungsklausel*, ad esempio agendo in funzione derogatoria e non solo integrativa, esso deve considerarsi inefficace e non sortirà alcun effetto⁶⁶. Inoltre, non sussiste alcuna vincolatività del criterio cronologico: se un contratto collettivo disciplina per la prima volta una determinata materia, alla sua entrata in vigore decadono tutti i *Betriebsvereinbarung* che in un tempo precedente avevano regolato il medesimo oggetto⁶⁷.

Una situazione particolare si verifica nel momento in cui nella medesima impresa siano contemporaneamente in vigore più contratti collettivi, e solo alcuni di essi prevedano delle *Öffnungsklausel* a favore degli accordi aziendali in determinate materie: in questo caso, il *Betriebsvereinbarung* che detti una disciplina in attuazione di quelle *Öffnungsklausel* vincolerà solo i lavoratori legati al contratto collettivo che ha autorizzato l'apertura, mentre gli altri lavoratori non saranno toccati dall'efficacia di quell'accordo; questo costituisce un caso molto particolare in cui, all'interno dell'impresa, il *Betriebsvereinbarung* non vincola tutti i lavoratori, ma soltanto alcuni, in base al criterio della loro affiliazione sindacale⁶⁸.

Si precisa infine che, mentre la *betriebliche Mitbestimmung* non può in alcun modo contraddire il contratto collettivo ed intervenire sulla sua efficacia, non è vero il contrario, poiché il contratto collettivo può regolare questioni di *Betriebsverfassung*, estendendo i diritti di codeterminazione, ma non riducendoli⁶⁹. Così, mentre è illegittimo un contratto collettivo che autorizzi il datore di lavoro a decidere in totale autonomia sulle materie di cui al § 87 BetrVG, o ad estromettere il *Betriebsrat*

⁶⁵ REINARTZ, 2008, 6; BORZAGA, 2006, 568

⁶⁶ Tuttavia, nel contratto individuale può entrare anche la disposizione di un *Betriebsvereinbarung* nullo per violazione del *Tarifvorbehalt*, se il lavoratore a ciò consente volontariamente. Il *Tarifvorbehalt*, infatti, vincola il datore a non concludere accordi validi per l'intera impresa in violazione della riserva di contrattazione collettiva, ma lascia libera la volontà individuale del dipendente di accettare l'ingresso di norme nel proprio contratto. Cfr. RICHARDI, 2012, 1137.

⁶⁷ SÄCKER, 1972, 68 s.; RICHARDI, 2012, 1136

⁶⁸ RICHARDI, 2012, 1138 ss. Ovviamente, il contratto collettivo può essere modificato, secondo le modalità ordinarie, dalle parti che l'hanno sottoscritto, per cui una *Öffnungsklausel* ben potrebbe essere rimossa, facendo così perdere efficacia agli accordi aziendali conclusi in sua esecuzione e sotto la sua copertura.

⁶⁹ WEISS, 2002, 647 s.

dall'esercizio dei suoi diritti, è possibile che le parti sindacali amplino l'obbligo di codeterminazione ad altri aspetti del lavoro e dell'organizzazione nell'impresa⁷⁰.

D'altra parte, però, nonostante la non esplicita menzione nella legge, non è possibile che un sindacato utilizzi lo strumento del *Betriebsvereinbarung* e della sua efficacia generale per estendere a tutti i lavoratori dell'impresa le norme contenute in un contratto collettivo, dato che non è questo lo scopo della *Betriebsverfassung*, né il ruolo ricoperto dal *Betriebsrat*⁷¹.

1.4. Le *betriebliche Bündnisse für Arbeit* (“alleanze aziendali per il lavoro”)

Un caso a parte è costituito da accordi collettivi, conclusi tra il datore di lavoro e il sindacato, il *Betriebsrat* o anche i lavoratori uniti ma non organizzati in modo rappresentativo, che prendono il nome di “alleanze aziendali per il lavoro” (*betriebliche Bündnisse für Arbeit*) o “patti per l'occupazione” (*Beschäftigungspakt*). Questo tipo di accordi coinvolge molto spesso datori di lavoro non iscritti ad alcun sindacato, e dunque non legati a contratti collettivi di livello territoriale: dato che negli ultimi anni si è registrato un aumento dei casi di “fuga” degli imprenditori dalle associazioni di categoria, si spiega anche la maggiore diffusione di questo tipo di accordi⁷².

Il caso pilota in tal senso è il *Burda-Fall* del 1998/99, in cui un accordo tra la parte datoriale e i lavoratori (favorevoli al 98,5%) ridusse drasticamente una serie di vantaggi goduti dai dipendenti (voci della retribuzione, ferie, orario di lavoro garantito) in cambio della conservazione del posto di lavoro e della promessa di non effettuare licenziamenti economici in un momento di difficoltà per l'impresa. Il BAG si pronunciò però sull'illegittimità, e conseguente inefficacia, di accordi di questo tipo, affermando che essi ledono il principio costituzionale della *Tarifaautonomie*, in quanto derogano senza alcuna distinzione a norme di legge e di contratto imperative e non dispositive; d'altra parte, il BAG esplicita il proprio timore che accordi di questo tipo, privi della dovuta copertura sindacale, mettano in una posizione di eccessiva debolezza i lavoratori, disposti ad accettare condizioni anche molto svantaggiose perché spaventati dallo spettro del licenziamento. Inoltre, la compresenza di norme di vario tipo (*Inhaltsnormen*, *betriebliche Normen* e anche norme obbligatorie per i doveri reciproci delle parti stipulanti) rende complesso legittimare questo tipo di accordi; a ciò si aggiunga il pregnante impegno del datore di lavoro a non intimare licenziamenti

⁷⁰ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 789; RICHARDI, 2012a, 1254 s.; HANAU, 2006, 36, pone l'esempio specifico del *Kurzarbeit*: un contratto collettivo che legittimasse la sua introduzione per autonoma scelta del datore di lavoro, senza necessità di accordo con il *Betriebsrat* o con le parti sindacali, sarebbe illegittimo per contrarietà al *Betriebsverfassungsgesetz*.

⁷¹ RICHARDI, 2012, 1136, segnala come inizialmente si volesse esplicitare questo divieto in un'apposita norma di legge.

⁷² SANTAGATA, 2005, 646 s.

economici per il tempo di durata dell'alleanza, materia, questa, oggetto di libera determinazione imprenditoriale e organizzativa e dunque difficilmente giustiziabile⁷³.

In effetti, le alleanze per il lavoro tendono a disciplinare senza alcuna distinzione tutti gli aspetti della (ri)organizzazione del lavoro nell'impresa: dall'orario, alle mansioni, ai turni, alla retribuzione, alle ferie, in un complessivo, ma non sempre dotato di copertura legale, rinnovamento della struttura aziendale in senso di maggiore efficienza e con lo scopo preciso di superare un momento di difficoltà e crisi. Pare però che le alleanze per il lavoro non debbano ritenersi illegittime in sé quanto al loro contenuto, ma piuttosto debbano sempre essere concluse a mezzo di un contratto collettivo, che assicuri la non indebita ed eccessiva penalizzazione dei lavoratori nel bilanciamento tra salvaguardia del posto e delle condizioni⁷⁴.

Un caso recente e molto importante di *betriebliches Bündnis für Arbeit* è l'intesa conclusa tra la società Siemens e il sindacato IG Metall nel 2010, con applicazione a tutte le società Siemens e collegate sul territorio tedesco: con questo accordo, la Siemens si è impegnata a non chiudere alcuno stabilimento in Germania (*Standortssicherung*), in cambio di concessioni in materia di deviazione dalle regole tradizionali del rapporto di lavoro, comprese quelle contenute nel contratto collettivo. Questo accordo è parso una risposta positiva alle spinte centrifughe del *Betriebsrat*, che tende, tanto più in frangenti difficili come quelli recenti e attuali, a rifiutare la tradizionale tutela del sindacato e a riprendere in mano l'organizzazione aziendale per concludere "accordi che guardino al futuro"⁷⁵.

La conclusione di questo e di altri simili (più o meno legittimi, come si è visto) accordi conferma l'opinione per cui la maggior parte dei lavoratori pare disposta a rinunciare transitoriamente a determinati diritti e vantaggi pur di essere certa di un'occupazione sul lungo periodo: d'altra parte, molte alleanze contengono l'impegno del datore di lavoro a compensare, non appena possibile, i sacrifici effettuati. E' chiaro che simili accordi si basano su una forte fiducia reciproca tra i lavoratori e l'imprenditore, dato che i primi scambiano svantaggi attuali con la promessa di vantaggi futuri: questa fiducia deriva il più delle volte dal coinvolgimento del *Betriebsrat*, che assicura informazioni puntuali e trasparenti sulla reale situazione dell'impresa, e inoltre si fa garante del fatto che i sacrifici saranno distribuiti in modo omogeneo e secondo giustizia, non solo tra tutti i lavoratori ma anche tra dipendenti e imprenditore⁷⁶.

⁷³ Cfr. BAG, 20.4.1999; HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 745 s.

⁷⁴ SAEDY NORY-SCHACK, 2008, 678 s.; sulla violazione del *Tarifvorrang* cfr. STOLLE, 2010, 113 ss.

⁷⁵ REINARTZ, 2008, 18 s.; cfr. LEHMANN, 2010, 2821, che parla di un aperto contrasto, nel contesto della crisi, tra il diritto del lavoro tradizionale e le ragioni dell'economia (e dell'occupazione).

⁷⁶ LEHMANN, 2010, 2823 ss.

Il vero problema delle *betriebliche Bündnisse für Arbeit* riguarda tuttavia la loro coercibilità e vincolatività: poiché le norme contenute nell'accordo non riguardano soltanto materie oggetto di obbligatoria *Mitbestimmung*, ogni lavoratore conserva il diritto di non aderirvi e di conservare le proprie più vantaggiose condizioni contenute nel contratto individuale. Così, se il 93% dei lavoratori dell'impresa volontariamente sottostà alle regole dell'alleanza, il 7% che non aderisce non potrà in alcun modo essere costretto in tal senso: dove infatti l'efficacia di un accordo non si basa direttamente sulla legge (per mezzo dell'applicazione del criterio della *Tarifgebundenheit*, a causa della qualifica di *Betriebsnormen*, oppure perché si tratta di *Betriebsvereinbarung* in materie ex § 87 BetrVG), non c'è modo di raggiungere e vincolare la totalità dei lavoratori dell'impresa⁷⁷.

Di fronte alla diffusione e ai profili di necessità ed efficienza di questi accordi, i partiti cristiano-democratici tedeschi (CDU e CSU) hanno avanzato la proposta dell'introduzione di un § 88 a BetrVG, che riconosca efficacia generale nell'impresa, e potestà di deviare alle norme del contratto collettivo, agli accordi sottoscritti dal *Betriebsrat*, o, in sua assenza, da una rappresentanza dei lavoratori *ad hoc* costituita, che abbiano come obiettivo la salvaguardia dell'occupazione e dei posti di lavoro; al momento, la proposta di legge non ha avuto seguito, a causa della ferma opposizione del partito social-democratico (SPD)⁷⁸.

1.5. Il principio di favore (*Günstigkeitsprinzip*)

Di fronte alla molteplicità di fonti collettive che regolano il rapporto di lavoro, cui si unisce ovviamente il contratto individuale, il principio generale per determinare la norma applicabile in concreto è quello della condizione più favorevole al lavoratore, il *Günstigkeitsprinzip*.

Il principio di favore non viene codificato esplicitamente in via generale dalla legge, ma il § 4, comma 3, TVG, afferma che “patti contrari [al dettato del contratto collettivo] sono ammissibili soltanto qualora siano autorizzati dal contratto collettivo stesso oppure comportino una modifica della disciplina in senso più favorevole al lavoratore”⁷⁹. Fin dall'entrata in vigore della norma, nella vigenza del BetrVG del 1952, dottrina e giurisprudenza hanno adottato una definizione ampia di “patti contrari” (*abweichende Abmachungen*), ricomprendendovi i contratti collettivi di livello

⁷⁷ Questo è il caso deciso da BAG, 10.9.09, che ha cercato, in casi come questi, un'apertura, anche se con molte difficoltà, alla possibilità di intimare un licenziamento di scambio (*Änderungskündigung*, § 2 *Kündigungsschutzgesetz*, Legge di protezione contro il licenziamento, KSchG), a mezzo del quale al lavoratore venga proposta la prosecuzione dell'occupazione a mutate condizioni, mentre a fronte di un suo rifiuto il rapporto di lavoro si estinguerà. Molto critico sulla chiusura dell'ordinamento nei confronti delle alleanze per il lavoro SIEBER, 2004, 821 s.

⁷⁸ Cfr. RICHARDI, 2012, 1140

⁷⁹ Per il dibattito circa il fondamento costituzionale del *Günstigkeitsprinzip*, che sarebbe ancorato all'art. 9, comma 3, GG, cfr. ROBERT, 2003, 32 ss.

inferiore, i *Betriebsvereinbarungen* e il contratto individuale, creando dunque un sistema generale di derogabilità, per cui la fonte di rango superiore potesse essere derogata da quella inferiore o in presenza di esplicita autorizzazione (*Öffnungsklausel*, su cui *supra*, §§ 1.1.1 e 1.3), oppure perché la disposizione inferiore risulta più vantaggiosa per il lavoratore⁸⁰.

L'entrata in vigore del BetrVG del 1972, e del già citato § 77, comma 3, ha però modellato diversamente l'applicabilità del *Günstigkeitsprinzip*, che pare ora doversi limitare ad un uso nel conflitto tra fonti del medesimo rango, quindi tra contratti collettivi ugualmente efficaci ed applicabili, tra *Betriebsvereinbarung* e contratto individuale al di fuori della materia ex § 87 BetrVG, ma mai tra contratto collettivo e *Betriebsvereinbarung*, a meno di una *Öffnungsklausel*⁸¹.

La concreta applicazione del principio di favore consiste nel confrontare i singoli istituti del rapporto di lavoro regolati da più fonti, e quindi applicare la regola che maggiormente avvantaggia il lavoratore⁸². Questa formulazione del *Günstigkeitsprinzip* ha suscitato, soprattutto negli ultimi anni, molteplici critiche, in quanto pare riduttivo ed eccessivamente rigido confrontare singoli istituti tra di loro senza considerare che un assetto complessivo del rapporto di lavoro potrebbe risultare più vantaggioso rispetto ad un altro, anche se specifici aspetti non rispecchiano questo; in particolare, come nel già citato caso Burda, pare miope non mettere sul piatto della bilancia anche il vantaggio apportato dalla conservazione del posto di lavoro per il futuro, e compararlo con i sacrifici in termini di orario e retribuzione che i lavoratori devono sostenere. Tuttavia, la giurisprudenza del BAG e la dottrina maggioritaria sono concordi nell'affermare che in nessun caso la sicurezza del posto di lavoro può entrare nel giudizio di favore, perché comparare istituti e aspetti differenti sarebbe come mettere a confronto "mele e pere"⁸³.

Per superare questa impostazione, già nel 2002 era stata avanzata una proposta di legge che aggiungesse ulteriori commi al § 4 TVG, permettendo una valutazione globale della sicurezza del rapporto di lavoro come contropartita più favorevole agli svantaggi della modifica delle singole condizioni di lavoro⁸⁴. Il tema del *Günstigkeitsprinzip*, infatti, è ormai indissolubilmente legato a

⁸⁰ SÄCKER, 1972, 53 ss.

⁸¹ SAEDY NORRY-SCHACK, 2008, 677 s., anche se in alcuni casi la giurisprudenza ha affermato che la fonte superiore pone solo degli standard minimi, sempre derogabili *in melius* dalle fonti inferiori.

⁸² ROBERT, 2003, 136 ss.; JUNCKER, 2013, 289. Ad esempio, in materia di orario di lavoro, viene considerato più favorevole per il lavoratore quello che implichi una maggiore flessibilità nel suo interesse, oppure una maggiore limitazione dell'esercizio unilaterale dei poteri direttivi-modificativi del datore di lavoro, WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 28.

⁸³ SAEDY NORRY-SCHACK, 2008, 678 s.; profondamente critico sul punto SIEBER, 2004, 823 s. e già autorevolmente ADOMEIT, 1984, 26 s., che sosteneva la libertà del singolo lavoratore di scegliere tra la sicurezza del posto di lavoro e migliori condizioni contrattuali.

⁸⁴ Cfr. LEHMANN, 2010, 2826. La proposta del Partito Liberale (FDP) prevedeva peraltro una presunzione di maggior favore della regola di salvaguardia dell'occupazione nel caso in cui questa fosse stata sottoscritta dal *Betriebsrat* o da almeno il 75% dei lavoratori dell'impresa. In modo parzialmente diverso, CDU e CSU prevedevano anche un diritto di

quello della legittimità e dell'efficacia delle *betriebliche Bündnisse für Arbeit*, che, come visto, in pratica postulano una sorta di presunzione di maggiore vantaggiosità della conservazione del posto e dell'occupazione rispetto a quasi tutte le possibili modifiche *in pejus* delle condizioni di lavoro⁸⁵.

Il *Günstigkeitsprinzip* è un principio vincolante: nelle materie che non siano oggetto di obbligatoria *Mitbestimmung*, è sempre permesso al contratto individuale derogare *in melius* all'accordo aziendale. D'altra parte, anche al di fuori delle materie di cui al § 87 BetrVG, la disposizione più vantaggiosa contenuta nel *Betriebsvereinbarung* prevale per tutti e in ogni caso su quella del contratto individuale, con efficacia vincolante. Se invece, in materie non coperte dal § 87 BetrVG, si applicano le disposizioni meno vantaggiose contenute nel *Betriebsvereinbarung*, questo accade perché il lavoratore stesso, liberamente e volontariamente, ha rinunciato all'applicazione del principio di favore; inoltre, nonostante la limitazione del *Günstigkeitsprinzip* nelle materie oggetto di cui al § 87 BetrVG, il contratto individuale contrario all'accordo aziendale non è nullo, ma semplicemente inefficace, relativamente alle clausole contrarie alla disposizione collettiva, clausole che riprendono vigore non appena cessi la vigenza o la validità del *Betriebsvereinbarung*⁸⁶.

2. La flessibilità contrattata nel diritto del lavoro tedesco: strumenti, soluzioni e limiti

2.1. Il coinvolgimento del *Betriebsrat* nelle politiche occupazionali

Come notato da autorevole dottrina, pare che negli ultimi anni il diritto del lavoro si sia posto un unico problema principale e che la funzione fondamentale della materia abbia spostato il suo baricentro su un obiettivo ben preciso: la promozione dell'occupazione (e la lotta alla disoccupazione)⁸⁷.

Sulla base della non recente considerazione per cui le regole giuridiche influenzano l'efficienza di un sistema economico, e dunque il diritto del lavoro ben può incidere sulle vicende del lavoro stesso e della sua distribuzione nella società, l'ordinamento tedesco ha scelto da anni di utilizzare entrambi

veto motivato da parte delle associazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo cui si intendesse derogare. Cfr. SANTAGATA, 2005, 656 s.

⁸⁵ Per una panoramica dei possibili criteri di applicazione "flessibile" del *Günstigkeitsprinzip* con specifico riguardo alle *betriebliche Bündnisse für Arbeit*, cfr. ROBERT, 2003, 151 ss.

⁸⁶ RICHARDI, 2012, 1104 ss.; LINSENMAIER, 2008, 13

⁸⁷ LÖWISCH, 2006, 533; sui pericoli di un eccessivo ed esclusivo orientamento del sistema giuslavoristico a scopi di tutela dell'occupazione, giustificando in nome di questo fine qualunque scardinamento dei moduli tradizionali di disciplina del rapporto di lavoro, cfr. SANTAGATA, 2005, 661 s.

i canali di determinazione collettiva delle condizioni di lavoro come strumento politico di mantenimento dell'occupazione all'interno dell'impresa⁸⁸.

La legge di riforma del 23 luglio 2001 ha introdotto nel BetrVG il § 92 a, rubricato “salvaguardia dell'occupazione”, che sancisce espressamente il potere/dovere del *Betriebsrat* di presentare al datore di lavoro delle proposte specifiche per la tutela o la promozione dell'occupazione. La legge contiene anche un elenco, esemplificativo e non esaustivo, delle possibili proposte del consiglio aziendale: esse possono riguardare la flessibilizzazione dell'orario di lavoro, l'introduzione di nuove forme organizzative, la modifica dei ritmi e dei processi di lavoro, la formazione dei lavoratori, lo spostamento di moli di lavoro da uno stabilimento all'altro o anche da un'impresa all'altra. Le proposte del *Betriebsrat* sono circoscritte non nell'oggetto, che può essere vario, tendenzialmente senza alcuna limitazione, bensì nello scopo: esse devono avere come unico obiettivo la salvaguardia o la promozione dell'occupazione, mentre qualunque altro fine, per quanto legittimo e positivo, non può giustificare l'avanzamento di proposte ex § 92 a BetrVG⁸⁹.

Poiché la legge parla non solo di “salvaguardia”, ma anche di “promozione” dell'occupazione, sono stati sollevati dubbi circa l'indebita estensione del ruolo del *Betriebsrat*, che uscirebbe dai confini dell'impresa per diventare soggetto attivo delle politiche del mercato del lavoro: questa estensione, più che pericolosa, appare inutile, dato che non è concepibile che un organo come il *Betriebsrat* sia addirittura in grado di influenzare le politiche occupazionali a livello macroeconomico⁹⁰.

Il datore di lavoro ha il dovere di ascoltare le proposte del *Betriebsrat*, anche se queste toccano la sfera di libertà delle decisioni imprenditoriali e della gestione dell'impresa; ovviamente, egli non è obbligato a dare seguito alle proposte, ma se non lo fa deve motivare il suo rifiuto. La motivazione riguarda il più delle volte la considerazione del bilanciamento tra gli interessi dell'occupazione e quelli dell'impresa: tuttavia, l'obbligo del datore appare nella realtà piuttosto sfumato, poiché egli deve motivare il rifiuto soltanto se ritiene le misure inidonee a sortire lo scopo di tutela

⁸⁸ Cfr. C. LEHMANN-RATZMANN-BOUNCKEN, 2012, 193 ss. Mentre gli strumenti della *Betriebsverfassung* necessariamente agiscono sulla sola situazione occupazionale della singola impresa, il potere dei sindacati si estende anche alla regolamentazione concordata del mercato del lavoro nel suo complesso. Tuttavia, in questo studio non si tratterà di politiche di mercato del lavoro, ma soltanto di occupazione e flessibilità interna, a livello di singola impresa. Per un approfondimento sul coinvolgimento delle parti sociali nelle politiche del mercato del lavoro, si rimanda a HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 692 ss.; BUSCHMANN-WALTER, 2000, 321 ss.

⁸⁹ Cfr. THÜSING, 2012, 1543 ss.

⁹⁰ DÄUBLER, 2001, 6, parla di un indebito elogio di questo articolo, che, in concreto, non estenderebbe davvero i diritti di *Mitbestimmung*; d'altra parte, paventa il rischio di creazione di un *Betriebsvereinbarung* “blindato” che, protetto dallo scopo superiore di salvaguardare o favorire l'occupazione, renda di fatto inattaccabile il suo contenuto.

dell'occupazione, mentre, in teoria, se le ritiene idonee ma irrealizzabili non deve fornire ulteriori giustificazioni sul punto⁹¹.

La medesima legge di riforma del 2001 ha modificato anche il § 97 BetrVG, istituendo un potere/dovere di collaborazione del *Betriebsrat* per quanto riguarda l'introduzione di misure di formazione, aggiornamento e qualificazione professionale che si rendano necessarie per mantenere utili e spendibili le competenze dei lavoratori e dunque salvaguardare il loro ruolo e il loro posto di lavoro all'interno dell'impresa. Le misure di formazione "necessarie" sono quelle che corrispondono a mutamenti tecnico-organizzativi nell'impresa per cui il lavoratore, se non debitamente aggiornato, potrebbe legittimamente essere licenziato per motivi economico-personali *ex* § 1 KSchG⁹²; d'altra parte, l'obsolescenza delle competenze deve essere collegata a mutamenti tecnico-organizzativi introdotti o sviluppati nell'impresa, non a situazioni del tutto indipendenti dal datore di lavoro come ad esempio la scarsa abilità del lavoratore o la sua età avanzata⁹³.

Per quanto riguarda le misure di formazione interne all'impresa, il *Betriebsrat* ha un potere di codeterminazione esteso a tutti gli aspetti, dall'introduzione, all'organizzazione, alla gestione concreta; se invece si tratta di misure di formazione da svolgersi all'esterno dell'impresa, sussiste obbligo di *Mitbestimmung* solo per quanto riguarda la partecipazione dei lavoratori ai programmi di qualificazione. Il limite oltre il quale il datore di lavoro non è obbligato a formare il lavoratore, ma può legittimamente, se necessario, licenziarlo, è quello della ragionevole esigibilità (*Zumutbarkeit*) delle misure di aggiornamento, in base alla valutazione complessiva della natura, dei costi e della durata delle misure stesse⁹⁴.

Infine, è compito del *Betriebsrat* anche occuparsi della mobilità interna dei lavoratori, di fornire e diffondere informazioni sui posti di lavoro vacanti nell'impresa per dare la possibilità ai dipendenti di accedervi per primi, eventualmente anche gestendo le modalità di formazione e qualificazione mirata più opportune⁹⁵.

⁹¹ LÖWISCH, 2006, 535 s., afferma che non si possa parlare di un vero potere di iniziativa del *Betriebsrat*, che resta non autorizzato ad adottare posizioni autonome in tema di lavoro nell'impresa.

⁹² WISSKIRCHEN-BISSELS-DOMKE, 2008, 893 s., in cui si puntualizza che non rientrano tra le "misure di formazione", e dunque non sono soggette a *Mitbestimmung*, le semplici istruzioni di *routine* che devono essere date al lavoratore che svolga per la prima volta un nuovo compito o utilizzi un nuovo strumento.

⁹³ THÜSING, 2012, 1601 ss., in particolare 1604 s.

⁹⁴ LÖWISCH, 2006, 536 s.

⁹⁵ JUNKER, 2013, 404 s.; questa funzione è particolarmente rilevante nel momento in cui il *Betriebsrat* può aiutare lavoratori assunti a tempo determinato a trasformare il proprio rapporto con l'impresa, cfr. WEISS, 2002, 652

2.2. Il ruolo del *Betriebsrat* nelle trasformazioni dell'impresa (*Betriebsänderungen*)

L'impresa affronta e subisce spesso modifiche della propria struttura e della propria organizzazione, con lo scopo preciso di adattarsi ai mutamenti tecnologici, alle esigenze della domanda, alle trasformazioni del mercato. Tuttavia, è ovvio che ogni mutamento può portare con sé svantaggi, in varia misura, per il personale in essa impiegato: i mutati metodi di lavoro possono condurre all'inutilizzabilità delle competenze acquisite, la riorganizzazione di determinati settori può comportare un cambiamento di mansioni, una riduzione dell'orario o addirittura anche la cessazione del rapporto di lavoro⁹⁶.

Per questo motivo, il § 111 BetrVG, rubricato “trasformazioni dell'impresa” (*Betriebsänderungen*) prevede che, negli stabilimenti con almeno venti dipendenti legittimati al voto, in determinati casi di mutamenti organizzativo-produttivi tassativamente elencati, il datore di lavoro, prima di procedere alle pianificate trasformazioni, debba informare tempestivamente il *Betriebsrat* e valutare insieme ad esso gli svantaggi che queste modifiche comporteranno per i dipendenti. Le ipotesi di trasformazione previste dalla legge sono cinque: la chiusura dell'intero stabilimento o di sue parti essenziali, il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda, la fusione o incorporazione con altre imprese o la scissione dell'impresa, e, casi che qui vengono in esame per la loro rilevanza rispetto al tema trattato, i “mutamenti essenziali dell'organizzazione, dello scopo o dei fondamenti dell'impresa” (n. 4) e l’“introduzione fondamentale di nuovi metodi di lavoro e processi produttivi” (n. 5).

Il *Betriebsverfassungsgesetz* del 1952, all'attuale n. 4, si limitava a citare solo la modifica dello scopo dell'impresa o dei suoi fondamenti, mentre la versione successiva ha aggiunto anche il riferimento all'organizzazione. Per “scopo” dell'impresa si intende quello perseguito dal punto di vista tecnico mediante il lavoro: si parla di modifica anche quando il fine tradizionale venga integrato, ampliato, oppure affiancato da ulteriori obiettivi prima assenti. I “fondamenti” dell'impresa sono invece quegli elementi, materiali o immateriali (tanto un macchinario quanto un software, ad esempio), su cui si basa l'attività produttiva, senza i quali non è possibile svolgere il lavoro e perseguire gli obiettivi tecnico-economici. La modifica dell'organizzazione del lavoro, per fondare i *Mitbestimmungsrechte*, deve interessare il personale, tutto o una parte rilevante di esso, e deve non semplicemente toccarlo, ma avere degli effetti negativi, degli svantaggi per i lavoratori;

⁹⁶ WISSKIRCHEN-BISSELS-DOMKE, 2008, 893; ANNUB, 2012, 1901 s.

inoltre, la trasformazione deve essere “*grundlegend*”, quindi importante, afferente la struttura di base dell’impresa⁹⁷.

Il § 111, n. 5, parla invece dell’introduzione di nuovi metodi di lavoro e di nuovi processi produttivi. Per metodi di lavoro si intendono i modi con cui il lavoro umano viene inserito e gestito nell’impresa per essere finalizzato al risultato voluto, per cui è forte il connotato organizzativo di questa espressione, mentre i “processi produttivi” si riferiscono all’aspetto tecnico, al concreto svolgimento dell’attività d’impresa, dall’inizio al prodotto finito. La modifica dei metodi di lavoro deve essere ugualmente rilevante e fondamentale, per cui non è sufficiente, ad esempio, un mutamento complessivo dell’orario, essendo altresì necessario un cambiamento tanto tecnico quanto organizzativo; inoltre, poiché il riferimento è ai soli metodi di lavoro, non rilevano mutamenti nella struttura retributiva. Per quanto riguarda il requisito della “novità”, i metodi di lavoro devono essere nuovi per l’impresa, cioè ivi introdotti per la prima volta e devianti rispetto ai metodi utilizzati fino a quel momento, mentre non rileva che quei metodi siano innovativi per l’intero settore di riferimento oppure già consolidati altrove⁹⁸.

Negli ultimi anni, le trasformazioni dell’impresa hanno riguardato quasi sempre le varie forme di passaggio al paradigma produttivo post-fordista, l’introduzione di sistemi di qualità totale, l’intensificazione della produzione e lo snellimento della struttura aziendale, tutti mutamenti che, oltre ad incidere sull’impresa (ad esempio con la chiusura di alcuni settori o l’accorpamento di altri) comportano una serie di cambiamenti per i metodi di lavoro. Ovviamente, perché sorgano i diritti di partecipazione e codeterminazione del *Bestriebsrat*, è necessario che i nuovi metodi produttivi non comportino semplici spostamenti dei lavoratori, integrazioni delle mansioni e aggiornamento dei supporti tecnologici, bensì che i mutamenti siano realmente idonei a trasformare la struttura e l’organizzazione del lavoro esistente nell’impresa⁹⁹.

Qualora si verifichi una di queste situazioni, il datore di lavoro deve immediatamente coinvolgere il *Betriebsrat*, che, sulla base del seguente § 112 BetrVG, dovrà partecipare alle successive fasi del bilanciamento di interessi (*Interessenausgleich*) e della redazione del piano sociale (*Sozialplan*). Nella fase dell’*Interessenausgleich*, datore di lavoro e *Betriebsrat* cercano di bilanciare gli interessi in gioco, quello dell’impresa alla trasformazione e quello dei lavoratori a non essere da essa penalizzati, e di modellare la modifica aziendale nel modo più opportuno possibile: l’accordo su

⁹⁷ DÄUBLER, 2012a, 2172 s.; ANNUß, 2012, 1927 ss.

⁹⁸ SCHAUB-SCHINDELE, 2011, 105 ss.; ANNUß, 2012, 1931 ss.

⁹⁹ WISSKIRCHEN-BISSELS-DOMKE, 2008, 894 ss., ove si rileva come un metodo utilizzato per decidere sulla “rilevanza” della modifica valuti il numero dei lavoratori toccati da essa in base ai parametri ex § 17 KSchG, ovvero quelli che definiscono numericamente il licenziamento collettivo. Tuttavia, per quanto si dirà *infra* riguardo al concetto di *kollektiver Tatbestand* (§ 2.3.1), anche la modifica che interessi un solo lavoratore, se dovuta ad esigenze dell’impresa, è rilevante sotto il profilo della *Betriebsverfassung* e dei *Mitbestimmungsrechte*.

questo bilanciamento non deve per forza essere raggiunto, ma è obbligatorio almeno il tentativo di un'intesa¹⁰⁰. Il *Sozialplan* viene definito dal § 112 BetrVG come “l'accordo sulla compensazione o sull'attenuazione degli svantaggi economici che i lavoratori subiscono in conseguenza della pianificata trasformazione d'impresa” ed è il *Betriebsvereinbarung* concluso obbligatoriamente da datore di lavoro e *Betriebsrat* per disciplinare la migliore gestione possibile delle conseguenze negative sul personale¹⁰¹.

L'*Interessenausgleich* e il *Sozialplan* sono due istituti molto differenti dal punto di vista della *Betriebsverfassung*: mentre per quanto riguarda il primo il consiglio aziendale ha un mero potere di collaborazione (*Mitwirkung*), sul secondo insistono i *Mitbestimmungsrechte* nella loro pienezza, il che tra l'altro significa che, solo nel secondo e non nel primo, il mancato raggiungimento di un accordo fa scattare il meccanismo dell'*Einigungsstelle*¹⁰². Se poi il datore di lavoro introduce comunque le previste trasformazioni nell'impresa senza attendere la conclusione del *Sozialplan*, i sacrifici imposti ai lavoratori sono inefficaci e invalidi in radice¹⁰³.

In passato, il contenuto del *Sozialplan* si limitava alla previsione concreta e specifica dei criteri per determinare gli indennizzi economici dovuti ai lavoratori che, a causa della trasformazione, fossero stati licenziati, oppure avessero visto ridotto il proprio orario di lavoro o mutate le proprie mansioni. Negli ultimi anni, invece, il *Sozialplan* ha acquistato un contenuto molto più pregnante ed è passato da semplice strumento di compensazione degli svantaggi a luogo in cui gli svantaggi stessi possono essere evitati: così, i *Betriebsvereinbarung* stabiliscono quali lavoratori siano reimpiegabili in altri settori, quali misure di formazione garantiscano lo sfruttamento delle competenze in luogo diverso dell'impresa, quali mutamenti di mansioni siano accettabili per il lavoratore¹⁰⁴. Il *Betriebsrat* ottiene così, durante fasi complesse come quelle di trasformazione dell'impresa, il ruolo centrale di guida e di controllo delle decisioni organizzativo-economiche dal punto di vista della compatibilità con i diritti e le legittime aspettative dei lavoratori e garantisce che ogni scelta compiuta dal datore di lavoro venga a priori concordata nel bilanciamento degli interessi in gioco.

Poiché il potere/dovere di concludere il *Sozialplan* proviene direttamente dalla legge, questo particolare tipo di *Betriebsvereinbarung* non è sottoposto alla regola generale del *Tarifvorbehalt ex*

¹⁰⁰ BAG 18.12.1984

¹⁰¹ JUNKER, 2013, 416 ss.

¹⁰² Il § 76 BetrVG prevede che, qualora datore di lavoro e *Betriebsrat* non riescano a raggiungere l'accordo su un tema oggetto di *Mitbestimmung*, è necessario costituire un collegio composto da rappresentanti in ugual numero di entrambe le parti, più un presidente imparziale, scelto dalle parti stesse o nominato dal Tribunale del Lavoro. Quest'organo, che prende il nome di *Einigungsstelle* (collegio di conciliazione), ha il potere/dovere di decidere sulla materia controversa: la sua statuizione entra in vigore immediatamente e sortisce gli stessi effetti di un *Betriebsvereinbarung*.

¹⁰³ SCHAUB-SCHINDELE, 2011, 143 s.; ANNUB, 2012, 1902 ss.

¹⁰⁴ DÄUBLER, 2012a, 2266 ss.; ANNUB, 2012, 1979 ss.

§ 77, comma 3, BetrVG (cfr. *supra*, § 1.3), per cui da una parte nessun contratto collettivo potrà limitare i diritti riconosciuti al *Betriebsrat* dai §§ 111 e 112 BetrVG (e nemmeno il consiglio stesso, ovviamente, potrà rinunciare ad esercitarli), dall'altra, l'accordo aziendale concluso *ex* § 112 BetrVG sarà posto sullo stesso piano gerarchico del contratto collettivo eventualmente vigente e dunque, in caso di conflitto tra norme, per scegliere quella in concreto applicabile si ricorrerà al *Günstigkeitsprinzip*¹⁰⁵.

Nella pratica, accade spesso che i contratti collettivi si occupino direttamente delle trasformazioni dell'impresa e dei possibili danni per i dipendenti: innanzitutto, quasi tutti gli accordi sindacali contengono clausole dettagliate che vietino di licenziare un dipendente per motivi economici attinenti alle trasformazioni dell'impresa se prima non si è tentato di provvedere con misure di formazione e ricollocamento. Oltre a questo, esistono dei veri e propri *Tarifsozialplan*, ossia dei *Sozialplan* contenuti non in accordi aziendali, ma in contratti collettivi: in teoria, il *Tarifsozialplan* dovrebbe avere un respiro più ampio e obiettivi più elevati rispetto al *Sozialplan*, perché la forza persuasiva e "politica" del sindacato, che peraltro, a differenza del *Betriebsrat*, può ricorrere anche a strumenti conflittuali, dovrebbe riuscire ad incidere in modo più pregnante sulle scelte di fondo dell'imprenditore, o influenzandole *ex ante* oppure prevedendo efficaci contromisure per gli effetti *ex post*¹⁰⁶.

Infine, si segnala il nuovo § 112 a BetrVG, introdotto nel 1985, che, nel caso in cui la trasformazione dell'impresa riguardi semplicemente la riduzione del personale dipendente, impone l'obbligo di concludere il *Sozialplan ex* § 112 soltanto qualora l'entità della riduzione superi determinate soglie numeriche e percentuali, stabilite dalla norma stessa. Inoltre, cade l'obbligo del *Sozialplan* per tutti i *Betriebsänderung* che trovino luogo in imprese con meno di quattro anni di attività alle spalle. Questa norma, che chiaramente favorisce le imprese liberandole dall'obbligo del *Sozialplan* e dai pregnanti poteri del *Betriebsrat* in esso implicati, non toglie però il dovere, in capo al datore di lavoro, di cercare in ogni modo un bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, per tentare di limitare gli effetti negativi della prevista trasformazione¹⁰⁷.

¹⁰⁵ ANNUB, 2012, 1905; 1990

¹⁰⁶ JUNKER, 2013, 421; HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 727 ss., ove si dà conto di una giurisprudenza ancora oscillante per quanto riguarda l'estensione delle possibilità di influenza del sindacato sulle scelte tecnico-organizzative del datore di lavoro.

¹⁰⁷ Per il fatto che anche la semplice riduzione di personale, pure se non accompagnata da alcuna altra misura, se fondata dalla e finalizzata alla trasformazione tecnico-organizzativa dell'impresa, costituisca un *Betriebsänderung ex* § 111 BetrVG, cfr. BAG 6.12.1988; JUNKER, 2013, 422; ANNUB, 2012, 2004 ss.

2.3. La flessibilizzazione della prestazione di lavoro tra poteri dell'imprenditore e *Mitbestimmungsrechte*

2.3.1. Prestazione di lavoro e *Weisungsrecht*

La prestazione di lavoro che il dipendente deve svolgere all'interno dell'impresa del datore può difficilmente essere disciplinata in tutti i suoi particolari all'interno del contratto individuale che dà inizio al rapporto; d'altra parte, nemmeno pare pensabile che per ogni modifica del concreto atteggiarsi della prestazione di lavoro sia necessaria una modifica del contratto.

Il § 106 della Legge sulla disciplina del commercio e dell'industria (*Gewerbeordnung*, *GewO*) riconosce esplicitamente come fonte delle regole del rapporto di lavoro il potere direttivo del datore di lavoro (*Weisungs-* o *Direktionsrecht*), che può modificare le caratteristiche della prestazione dovuta in modo da adattarla volta per volta alle esigenze della organizzazione d'impresa. Questo potere del datore di lavoro subisce ovviamente delle limitazioni, che provengono prima di tutto dalle norme imperative di legge e dai contratti collettivi (ad esempio in materia di orario di lavoro, retribuzione o sicurezza), e in più anche dai *Betriebsvereinbarungen* e dal contratto individuale stesso: il *Weisungsrecht* costituisce infatti il gradino più basso nella gerarchia delle fonti del rapporto di lavoro e può essere limitato da tutte le altre¹⁰⁸.

Per quanto riguarda la natura della prestazione, si ritiene che il potere direttivo del datore di lavoro possa modificarla soltanto all'interno della cornice posta dal contratto individuale di lavoro: fermo restando il divieto di trasformare radicalmente ed essenzialmente il contenuto della prestazione stessa, è ovvio però che quanto meno preciso sarà il contratto individuale, tanto più ampio sarà il *Weisungsrecht*¹⁰⁹. Per quanto riguarda invece l'orario di lavoro, esso può essere previsto con precisione nel contratto individuale, oppure può esservi un rimando alla disciplina del contratto collettivo; in alternativa, è possibile che nel contratto venga prevista la sola durata dell'orario, mentre la sua concreta collocazione sia riservata alla determinazione del potere direttivo del datore di lavoro¹¹⁰. L'imprenditore ha infatti il potere di modificare la collocazione (giornaliera, settimanale o, come si vedrà, anche annuale) dell'orario di lavoro, ma non la sua durata: tuttavia, poiché il *Weisungsrecht* incontra i limiti delle norme imperative di legge, deve sottostare anche al *Betriebsverfassungsgesetz* e agli obblighi di codeterminazione ivi contenuti, limitandosi laddove

¹⁰⁸ PREIS, 2012, 1947; JUNKER, 2013, 112 ss.

¹⁰⁹ WANK, 2011, 907 s.; PREIS, 2012, 1949

¹¹⁰ WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 25; PREIS, 2012, 1951

esistano dei *Mitbestimmungsrechte*; inoltre, il mutamento è illegittimo se contrario al principio della *Zumutbarkeit*, la ragionevole accettabilità per la controparte contrattuale¹¹¹.

Interessante sul punto è la statuizione del BAG, che nota come la *Mitbestimmung* non debba essere considerata un mero strumento volto a limitare sempre e comunque i poteri dell'imprenditore, ma, al contrario, debba evidenziarsi che il datore di lavoro, purché le eserciti in accordo con il *Betriebsrat*, gode di prerogative e di possibilità di influenza sul rapporto di lavoro che altrimenti mai avrebbe¹¹².

Del resto, il *Betriebsvereinbarung* e soprattutto il contratto collettivo hanno, rispetto al contratto individuale, molte più possibilità di influire sull'estensione del *Weisungsrecht*, potendo portare ad una sua dilatazione¹¹³, anche se l'ampliamento del potere direttivo-modificativo ad opera della fonte collettiva può essere sottoposto ad un duplice controllo giudiziale: quello ordinario di proporzionalità dello strumento rispetto allo scopo (*billiges Ermessen*) e quello sul contenuto sostanziale dell'accordo, che non deve violare norme superiori (tra cui quelle sui *Mitbestimmungsrechte*, la cui portata non può subire limitazioni)¹¹⁴.

L'atteggiamento concreto della giurisprudenza, soprattutto negli ultimi anni e a fronte delle sfide della globalizzazione e della crisi, è stato quello di riconoscere alla flessibilità del lavoro una pregnante funzione di aumento della competitività e di contenimento dei costi in frangenti difficili, che possono così essere superati senza ricorrere allo strumento delle riduzioni di personale: tuttavia, ogniquale volta il BAG riconosce spazi di flessibilizzazione, parallelamente legittima la funzione di garanzia delle parti collettive, insieme fondamento e limite dei poteri dell'imprenditore¹¹⁵.

Prima di passare all'analisi dettagliata degli strumenti di flessibilità concordata massicciamente utilizzati dalle imprese tedesche per mantenere la massima efficienza e competitività conservando intatta l'occupazione, si precisa che il diritto di *Mitbestimmung* del *Betriebsrat* sorge, in relazione alle materie di cui al § 87 BetrVG, solo nel momento in cui tale oggetto riguardi un "fatto collettivo" (*kollektiver Tatbestand*), laddove, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, il fatto non si qualifica come collettivo perché coinvolge la totalità dei dipendenti dell'impresa, o comunque un gruppo più o meno grande di essi, bensì perché attiene all'impresa stessa e alle sue

¹¹¹ Così, da ultimo, BAG 16.3.2010; WANK, 2011, 909 s.; WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 30

¹¹² Così BAG 18.8.1987, pronunciandosi sul caso del *Leber-Kompromiss*, cui si è accennato *supra*, §1.1.

¹¹³ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 763 s.; WANK, 2011, 914 s.; BAG 18.10.1994 ha affermato, con riguardo al ricorso al *Kurzarbeit* (su cui *infra*, § 2.3.3), che il contratto collettivo può estendere le possibilità di ricorrervi su iniziativa del datore di lavoro, tuttavia, da una parte il contratto stesso deve definire termini, modalità e procedimenti della riduzione d'orario, dall'altra non può in alcun caso mettere nelle sole mani dell'imprenditore la sua gestione, poiché questo violerebbe i diritti riconosciuti al *Betriebsrat* dal § 87, comma 1, n. 3, BetrVG.

¹¹⁴ SCHNEIDER, 2009, 17 s.; PREIS, 2012, 1948 s.

¹¹⁵ HOHENSTATT-SCHRAMM, 2007, 243

esigenze. In altre parole, il requisito della “collettività” viene soddisfatto dall’interesse dell’impresa e non dal numero di lavoratori coinvolti: anche lo spostamento di orario per un solo lavoratore, se necessitato da esigenze tecnico-organizzative dell’impresa, ha bisogno di *Mitbestimmung*, mentre il mutamento che interessi più lavoratori ma per loro desideri personali, non postulerà alcun coinvolgimento del *Betriebsrat*¹¹⁶.

2.3.2. La collocazione dell’orario di lavoro (§ 87, comma 1, n. 2 BetrVG)

Il più volte citato § 87, comma 1, BetrVG, rubricato “diritti di codeterminazione”, afferma che “se non sussiste una regola di legge o di contratto collettivo, il *Betriebsrat* ha il dovere di codeterminare” nell’ambito di una serie di materie, tra cui “l’inizio e la fine dell’orario di lavoro giornaliero, ivi comprese le pause e la suddivisione del tempo di lavoro tra i singoli giorni della settimana”.

Oggetto di *Mitbestimmung* è la sola collocazione dell’orario di lavoro, non invece la sua durata, che può essere stabilita solo dal contratto collettivo e non dal *Betriebsvereinbarung*: tuttavia, fa parte della collocazione e non della durata dell’orario stabilire, ad esempio, la distribuzione della prestazione su soli quattro giorni, con un giorno libero alla settimana¹¹⁷. D’altra parte, non è possibile tacere della commistione esistente tra durata e collocazione dell’orario di lavoro nelle forme flessibili: così, la decisione di creare un orario per cui il dipendente, con un contratto da 35 ore a settimana, presti per alcune settimane solo 30 ore per poi lavorarne in un altro momento 40, modifica solo la collocazione o anche la durata dell’orario?¹¹⁸

La discussione sull’utilizzo della collocazione flessibile dell’orario come strumento di competitività per l’impresa ha inizio con il già citato *Leber-Kompromiss* del 1984 (*supra*, § 1.1), con il quale si comincia a pensare che, anche a parità quantitativa di orario di lavoro, la sua collocazione possa influire sulle *performance* positive dell’impresa. A questo proposito, bisogna distinguere tra *Arbeitszeitdifferenzierung* e *Arbeitszeitvariabilität*: con la prima si intende la definizione concreta dei differenti orari di lavoro, così come previsti per ogni singolo lavoratore nel contratto individuale, ed essa non necessita di *Mitbestimmung*, ma solo del libero esercizio del *Weisungsrecht* del datore di lavoro. E’ invece oggetto di obbligatoria codeterminazione la seconda, che indica la gestione flessibile di orari diversamente collocati sulla base delle esigenze dell’impresa, laddove ciò non sia previsto per il singolo lavoratore nel contratto individuale¹¹⁹.

¹¹⁶ Così BAG, 29.9.2004, commentata da BEPLER, 2006, 47; cfr. anche RICHARDI, 2012a, 1264 ss., in particolare 1267.

¹¹⁷ JUNKER, 2013, 392 ss.; RICHARDI, 2012a, 1324; 1328

¹¹⁸ HANAU, 2006, 34

¹¹⁹ RICHARDI, 2012a, 1329 s.

Le possibilità di intervento dei *Betriebsvereinbarung* in questa materia appaiono in costante ampliamento: da una parte, infatti, spesso il contratto collettivo contiene delle *Öffnungsklausel* che permettono agli accordi aziendali di incidere in modo rilevante sull'orario di lavoro; dall'altra, la giurisprudenza del BAG appare sempre più propensa a riconoscere diritti di codeterminazione in tutte le forme di lavoro a vario titolo "flessibile", argomentando che la gestione di contratti quali ad esempio il *part-time* o il lavoro ripartito implichi la disciplina della collocazione oraria della prestazione dovuta¹²⁰.

Com'è stato autorevolmente notato, il concetto di flessibilità dell'orario pare distinguere tra un nucleo forte e assolutamente rigido, pressappoco coincidente con la durata legale dell'orario stesso, e un contorno invece flessibile e flessibilizzabile, attinente alla collocazione¹²¹: del resto, le nuove tecnologie hanno fortemente influenzato la mobilità dell'orario, basti pensare alla gestione delle pause e dei turni nei modelli produttivi *lean* e di Qualità Totale, che diventa vero e proprio strumento di competitività¹²².

La forma più classica di flessibilizzazione della collocazione dell'orario di lavoro è il lavoro a turni (*Schichtarbeit*), che rappresenta il metodo per eccellenza di sfruttamento intensivo del lavoro per aumentare la produttività, distribuendola sulla (quasi) totalità della giornata: i rischi che questa forma di lavoro può comportare per la salute e la vita privata fondano il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali e aziendali in materia¹²³. Oggetto di *Mitbestimmung* non è solo l'introduzione del lavoro a turni, che in nessun caso può essere lasciata alla libera ed autonoma decisione dell'imprenditore, ma anche la determinazione dei turni stessi, della loro durata, dei lavoratori coinvolti, dei riposi compensativi; inoltre, anche ogni modifica dei turni esistenti, se rappresenta un *kollektiver Tatbestand* nel senso *supra* esaminato, deve essere codeterminata dal *Betriebsrat*¹²⁴.

Un *Betriebsvereinbarung* può in teoria stabilire che, in determinati casi e al ricorrere di particolari circostanze, il datore di lavoro modifichi autonomamente i turni esistenti, ma non può riconoscergli il potere automatico e unilaterale di gestire i turni a suo piacimento. Inoltre, molti accordi aziendali prevedono forme di flessibilizzazione estrema dei turni, per fare fronte alle altalenanti esigenze dell'impresa alla ricerca di efficienza e competitività: così, è possibile prevedere lo spostamento di

¹²⁰ BAG, 16.3.2004, ove peraltro si afferma che, nonostante la regola generale per cui il datore di lavoro dovrebbe sempre concedere la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale al dipendente che ne faccia richiesta, se nell'impresa è in vigore un *Betriebsvereinbarung* che rende impossibile collocare utilmente la prestazione *part-time*, l'imprenditore può legittimamente rifiutare la modifica.

¹²¹ HANAU, 2006, 36 s.

¹²² WISSKIRCHEN-BISSELS-DOMKE, 2008, 891 s.

¹²³ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 636 s.; DRAMSKI-LANG, 1997, 113 ss.

¹²⁴ RICHARDI, 2012, 1329; WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 30

lavoratori da un turno ad un altro per sostituire colleghi assenti, oppure l'incremento dei turni esistenti per far fronte a maggiori domande di produzione, così come, viceversa, ridurre o addirittura cancellare interi turni laddove l'impresa stia attraversando un momento di contrazione. Ovviamente, poiché queste modifiche implicano uno spostamento rilevante della prestazione oraria del lavoratore, nonché, eventualmente, alcune rinunce retributive, appare fondamentale il coinvolgimento del sindacato e del *Betriebsrat*¹²⁵.

In sintesi, lo *Schichtarbeit* appare un importante strumento di flessibilità nelle mani dell'impresa, per gestire le variabili moli di lavoro senza dover ridurre o aumentare di conseguenza il personale interno: in particolare, molte forme di organizzazione flessibile combinano l'utilizzo dei turni con il *Gleitzeit* (orario scorrevole), di cui si dirà infra (§ 2.4.2)¹²⁶.

2.3.3. La riduzione e l'incremento della durata dell'orario di lavoro (*Kurz- e Mehrarbeit* ex § 87, comma 1, n. 3, BetrVG)

Come detto nel paragrafo precedente, la durata dell'orario di lavoro non dovrebbe essere oggetto di *Mitbestimmung* né di *Betriebsvereinbarungen*, essendo la sua regolamentazione riservata alla legge e al contratto collettivo e, nel quadro di queste fonti, determinata in concreto dal contratto individuale¹²⁷. Tuttavia, il § 87, comma 1, n. 3, BetrVG inserisce tra le materie oggetto di obbligatoria codeterminazione la “temporanea riduzione [*Kurzarbeit*] o incremento [*Mehrarbeit*] dell'orario di lavoro abituale nell'impresa”.

Per orario di lavoro abituale nell'impresa non si intende un ipotetico orario unico a cui siano vincolati indifferentemente tutti i dipendenti, bensì è sufficiente che sia alterato l'orario abituale per un settore o per un gruppo di lavoratori: in ogni caso, tuttavia, si deve trattare di un orario a dimensione collettiva, presente nell'impresa sulla base delle sue normali esigenze produttive¹²⁸. La modifica dell'orario dev'essere temporanea, anche se non è necessario che la durata di questo mutamento sia già prevista e predeterminata al momento della sua introduzione; tuttavia, il BAG ha ritenuto che una modifica di orario che duri meno di un mese non sia sufficientemente rilevante da godere della copertura di cui al § 87 BetrVG¹²⁹.

Secondo alcuni, la necessità di codeterminazione in materia di *Kurz- e Mehrarbeit* nasce già con la prima versione del BetrVG del 1952: la funzione di riduzioni o incrementi dell'orario di lavoro viene immediatamente collegata agli obiettivi di maggiore efficienza e migliore soddisfazione delle

¹²⁵ Cfr. BEPLER, 2006, 52 s.

¹²⁶ WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 25

¹²⁷ HOFF, 1983, 182 s.

¹²⁸ JUNKER, 2013, 394; HOHENSTATT-SCHRAMM, 2007, 239 s.

¹²⁹ BAG 25.1.2005

esigenze dell'impresa, ma non si può tacere del sacrificio imposto ai lavoratori, costretti a rinunciare a parte della propria retribuzione e delle possibilità di carriera, oppure a parte del proprio tempo libero e alla programmazione dei tempi di vita. Per questo motivo, a fronte del necessario bilanciamento di interessi contrapposti, viene inserita la funzione mediatrice del *Betriebsrat*, che assicuri un'equa ripartizione dei sacrifici tra tutti i lavoratori e si faccia garante del divieto di intimare licenziamenti economici finché resta in vigore l'accordo¹³⁰.

La flessibilità dell'orario di lavoro in entrambe le direzioni è sicuramente un importante strumento di competitività delle imprese, che, di fronte alle oscillazioni della domanda, possono mantenere intatta la propria dimensione occupazionale: riducendo le ore lavorate, infatti, non è necessario pagare lavoratori che al momento non sono utili ad una produzione ferma o rallentata, mentre la previsione di prolungamenti di orario a fronte di incrementi nelle richieste può evitare il ricorso a costosi straordinari concordati individualmente. Per questi motivi, dunque, non c'è dubbio che forme di flessibilizzazione dell'orario di lavoro nell'impresa servano a salvaguardare i posti di lavoro e a tutelare l'occupazione¹³¹.

Il *Betriebsrat* ha un diritto di iniziativa nei riguardi di queste materie, diritto che sorge nel momento in cui si ritenga necessaria una modifica dell'orario di lavoro all'interno dell'impresa, al fine di sortire scopi di salvaguardia dell'occupazione: tuttavia, non può essere il consiglio aziendale a decidere quali settori dell'impresa debbano subire fermi o rallentamenti, anche se un diritto di codeterminazione in questo senso si può ricavare, per altra via, dal § 111 BetrVG (di cui si è detto *supra*, § 2.2)¹³². La codeterminazione dei piani di riduzione o incremento dell'orario è condizione di efficacia per le modifiche stesse che, se non concordate con il *Betriebsrat*, sono del tutto inefficaci; non deve però ritenersi necessaria l'autorizzazione del consiglio aziendale laddove sia il Tribunale stesso ad ordinare al datore di lavoro di ricorrere al *Kurzarbeit* nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo *ex* §§ 17 ss. KSchG, anche se il *Betriebsvereinbarung* interverrà sicuramente in un momento successivo per disciplinare le modalità concrete della riduzione di orario e di retribuzione nell'impresa. E' invece necessario l'accordo iniziale con il *Betriebsrat* per procedere ad un licenziamento collettivo modificativo (*Massenänderungskündigung*), con cui si intimi a più lavoratori dell'impresa di proseguire il rapporto a mutate condizioni di orario, oppure di cessarlo¹³³.

¹³⁰ RICHARDI, 2012a, 1340 ss.

¹³¹ HERDER-DORNREICH, 1984, 11 ss.; DÄUBLER, 2000, 7 ss.; WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 24; HOHENSTATT-SCHRAMM, 2007, 638

¹³² FITTING, 1984, 99 ss.; RICHARDI, 2012a, 1347

¹³³ RICHARDI, 2012a, 1350 ss., in particolare 1356 s.

Come detto *supra* in via generale, è necessaria la codeterminazione anche nel caso in cui l'aumento o la diminuzione di orario riguardi un solo lavoratore, purché questo sia dovuto ad esigenze dell'impresa; d'altra parte, è possibile che datore di lavoro e lavoratore si accordino nel contratto individuale per escludere il dipendente da piani di aumento o diminuzione di orario. In questo caso, l'accordo si ritiene valido per quanto riguarda la limitazione del lavoro straordinario, per cui il lavoratore potrà legittimamente valersi del *Günstigkeitsprinzip*, o volontariamente rinunciare alla sua applicazione; invece, anche se lo stesso dovrebbe valere per il *Kurzarbeit*, si tende ad escludere questa possibilità, dato che l'efficacia di simili piani, nonché la funzione della *Mitbestimmung*, si basano proprio su un'equa distribuzione dei sacrifici tra tutti i lavoratori e sulla protezione collettiva di un interesse comune a tutti, la cui tutela non può essere così vanificata¹³⁴.

Il primo rilevante utilizzo del *Kurzarbeit* come strumento per abbassare i costi a carico dell'impresa in un momento di crisi e contrazione della domanda è probabilmente l'accordo Volkswagen del 1994: con questo contratto collettivo aziendale venne introdotta nell'impresa una riduzione dell'orario settimanale fino a 28,8 ore e una, anche se non corrispondente, riduzione della retribuzione (riduzione del 16% della retribuzione a fronte della riduzione del 20% dell'orario di lavoro), evitando in questo modo il licenziamento di 30.000 dipendenti¹³⁵.

Il caso Volkswagen ha inaugurato l'utilizzo di accordi di riduzione dell'orario di lavoro anche in mancanza dei requisiti di cui ai §§ 169 ss. *Sozialgesetzbuch III* (Codice della sicurezza sociale, SGB)¹³⁶: parte datoriale e lavoratori (rappresentati dal sindacato o dal *Betriebsrat*) concordano una riduzione dell'orario e della retribuzione per abbassare i costi fissi dell'impresa in frangenti di scarsa domanda e contrazione della produzione; in cambio, il datore di lavoro si impegna a non effettuare, per tutta la durata dell'accordo, licenziamenti economici sulla base delle medesime motivazioni che hanno spinto alla riduzione dell'orario¹³⁷. Ovviamente, l'accordo deve stabilire con precisione le modalità concrete di contrazione, i settori e i lavoratori interessati, l'entità della riduzione dell'orario (normalmente non al di sotto delle 30 ore settimanali) e della retribuzione; inoltre, contiene l'impegno esplicito del datore di lavoro a non effettuare licenziamenti economici.

¹³⁴ HOHENSTATT-SCHRAMM, 2007, 632; BEPLER, 2006, 56; RICHARDI, 2012a, 1347

¹³⁵ JUNKER, 2013, 394; HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 620; 629

¹³⁶ A questo punto, è doveroso precisare che esiste anche un'altra forma di *Kurzarbeit*, quello disciplinato dai §§ 95 ss. SGB III, in cui si prevede l'intervento pubblico per fornire ai lavoratori interessati dalle riduzioni di orario un'integrazione salariale (*Kurzarbeitergeld*); per accedere a questa opzione è necessaria una procedura amministrativa che inizia con la segnalazione all'Ufficio per il Lavoro (*Arbeitsamt*) da parte del *Betriebsrat* o del datore di lavoro. Per un approfondimento, cfr. COHNEN-RÖGER, 2009, 46 ss.; in questo studio, tuttavia, non si prenderà in considerazione il *Kurzarbeit ex SGB III*, bensì solamente le forme di riduzione dell'orario, pure chiamate *Kurzarbeit*, senza integrazione salariale (solitamente perché non ricorrono i requisiti previsti dalla legge per poter richiedere l'intervento pubblico).

¹³⁷ COHNEN-RÖGER, 2009, 48, ove si precisa che ovviamente licenziamenti, anche economici, possono essere intimati nel periodo di vigenza dell'accordo, purché giustificati da ragioni nuove e diverse rispetto a quelle che hanno portato all'introduzione del *Kurzarbeit*.

L'accordo può essere contenuto in un contratto collettivo o in un *Betriebsvereinbarung*, mentre in nessun caso simili misure possono essere introdotte unilateralmente dal datore di lavoro¹³⁸.

Il *Kurzarbeit* non è uno strumento di agevole interpretazione dal punto di vista dogmatico, in quanto altera sensibilmente il sinallagma contrattuale: entrambe le prestazioni principali inizialmente concordate, l'obbligazione lavorativa e quella retributiva, subiscono una rilevante modifica, nella fattispecie una riduzione, sulla base di accordi che restano eteronomi (cfr. *supra*, § 1.2) rispetto al regolamento contrattuale¹³⁹. In più, il *Kurzarbeit* potrebbe configurarsi come uno strumento addirittura incostituzionale, dato che, con una sorta di "costrizione al *part-time*", lederebbe tanto il diritto del lavoratore a procurarsi col proprio lavoro il sostentamento sufficiente per vivere, quanto quello a realizzarsi liberamente nel lavoro e nelle possibilità di carriera ad esso collegate, entrambi garantiti dall'art. 12, comma 1, GG¹⁴⁰. Inoltre, si vede nel *Kurzarbeit* un'indebita forma di partecipazione obbligata del lavoratore al rischio d'impresa: a fronte di riduzioni della domanda e dunque in frangenti difficili per l'attività produttiva, il carico non viene sopportato solo dall'imprenditore, bensì viene redistribuito anche tra i lavoratori, che vedono ridotta di conseguenza la propria retribuzione, quasi in un indebito collegamento tra remunerazione e andamento dell'impresa¹⁴¹.

In realtà, queste critiche, legittime se rivolte contro un ipotetico potere unilaterale del datore di lavoro di imporre riduzioni di orario e retribuzione in seguito alla libera ed autonoma considerazione della situazione dell'impresa, paiono doversi respingere sulla base dei contrappesi e dei bilanciamenti operati dall'ordinamento per circondare l'istituto di ogni possibile cautela: il *Kurzarbeit*, infatti, può essere introdotto o per legge e con l'intervento di organismi pubblici (§§ 95 ss. SGB III, § 19 KSchG¹⁴²), o con la garanzia del coinvolgimento sindacale, tramite la conclusione di un contratto collettivo, oppure con la partecipazione obbligatoria del *Betriebsrat* e l'entrata in vigore di un *Betriebsvereinbarung*¹⁴³. Proprio per questo motivo non si può parlare di obbligatoria trasformazione del rapporto a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, bensì piuttosto di una riduzione collettiva, e transitoria, dell'orario di lavoro che riguarda l'impresa, e solo mediatamente i singoli lavoratori¹⁴⁴; per quanto riguarda poi la partecipazione al rischio d'impresa, un'autorevole

¹³⁸ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 627 ss.

¹³⁹ COHNEN-RÖGER, 2009, 48

¹⁴⁰ WALTERMANN, 1993, 680

¹⁴¹ HANAU, 2006, 34

¹⁴² Il § 19 KschG prevede che l'Agenzia per il lavoro (*Agentur für Arbeit*) possa, all'interno della procedura di autorizzazione del licenziamento collettivo, imporre al datore di lavoro l'introduzione del *Kurzarbeit*, per cercare di evitare o ridurre le previste cessazioni dei rapporti di lavoro nell'impresa. Cfr. SCHAUB-SCHINDELE, 2011, 32 ss.

¹⁴³ COHNEN-RÖGER, 2009, 47

¹⁴⁴ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 630

dottrina ha espresso la considerazione di buon senso per cui è meglio per il lavoratore sostenere il rischio della riduzione dell'orario e della retribuzione piuttosto che quello del licenziamento, ovvero, in altre parole “è sempre meglio la flessibilità interna di quella esterna”¹⁴⁵.

Per quanto riguarda poi le ragioni poste alla base dell'introduzione del *Kurzarbeit*, la giurisprudenza ha imposto regole piuttosto stringenti: richiamando infatti i §§ 1 e 2 KSchG, che anche per il recesso modificativo impongono una “giustificazione sociale” basata su ragioni attinenti alla persona, alla condotta del lavoratore o all'impresa, il BAG ha affermato che il ricorso al *Kurzarbeit* non può essere utilizzato come aggiramento di questa norma. Per questo motivo, anche la riduzione dell'orario, seppur concordata, deve essere giustificata da ragioni oggettive, dimostrabili ed importanti, attinenti all'impresa¹⁴⁶, per cui al ricorrere di queste ragioni l'introduzione del *Kurzarbeit* è sempre possibile, anche al di fuori dei requisiti di cui ai §§ 95 ss. SGB, che, come detto, fondano il solo intervento dell'integrazione salariale, ma non anche la riduzione concordata dell'orario in sé¹⁴⁷.

Esiste in realtà un'opinione minoritaria in dottrina che afferma, in generale, che il § 87 BetrVG fonda il diritto di codeterminazione soltanto laddove già sussista, in virtù di altra norma, un diritto di determinazione (*Bestimmung*) in capo al datore di lavoro: in altre parole, se il datore di lavoro viene legittimato dalla legge a decidere su una delle materie di cui al § 87 BetrVG, la sua *Bestimmung* fonda anche la *Mit-bestimmung* del *Betriebsrat*, se però il datore di lavoro non è autorizzato a disciplinare quella determinata materia, il § 87 BetrVG non può in sé generare, viceversa, la *Bestimmung* per mezzo della *Mitbestimmung*. Così, il *Betriebsrat* non sarebbe autorizzato a prendere l'iniziativa di introdurre il *Kurzarbeit* al di fuori dei presupposti che conferiscono questo potere al datore di lavoro (autorizzazione del Tribunale o dell'Agenzia per il lavoro, al ricorrere dei requisiti previsti dalla legge)¹⁴⁸.

L'opinione maggioritaria ritiene invece che il *Betriebsrat* abbia in ogni caso pregnanti poteri, incluso il diritto di iniziativa, in materia di *Kurzarbeit*: anche nei casi in cui la legge stessa (o l'autorità pubblica) imponga al datore di lavoro il ricorso alla riduzione dell'orario e della retribuzione, è comunque un accordo aziendale che disciplina in concreto le modalità del suo svolgimento e della sua realizzazione. Inoltre, se anche l'introduzione del *Kurzarbeit* avviene per contratto collettivo o per pattuizione individuale, è sempre necessario l'intervento del *Betriebsvereinbarung* in funzione integrativa, per disciplinare tecnicamente e concretamente lo

¹⁴⁵ HANAU, 2006, 34; questa alternativa viene così ricostruita anche da TREU, 2011a, 329

¹⁴⁶ BAG 12.12.1984; HANAU, 2006, 36; WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 29

¹⁴⁷ RICHARDI, 2012, 1345

¹⁴⁸ Cfr. WALTERMANN, 1993, 681 s.

svolgimento della modifica di orario all'interno dell'impresa¹⁴⁹. La centralità del ruolo del *Betriebsrat* in questa materia è stata confermata anche dalla giurisprudenza, che ha affermato come solo un *Betriebsvereinbarung* possa legittimamente imporre sacrifici a tutti i lavoratori, in virtù del suo effetto immediato e vincolante *ex* § 77, comma 4, BetrVG¹⁵⁰. Inoltre, il vantaggio di un intervento del *Betriebsrat* in materia di *Kurzarbeit* non è solo l'efficacia immediata e vincolante delle norme su tutti i lavoratori, bensì anche la possibilità di giungere in ogni caso ad un accordo, tramite la convocazione dell'*Einigungsstelle* (vedi *supra*, § 2.2), se datore di lavoro e consiglio aziendale non riescono a risolvere altrimenti sul punto¹⁵¹.

In concreto, l'ipotesi del ricorso al *Kurzarbeit* è stata negli ultimi anni spesso disciplinata dai contratti collettivi, che hanno lasciato spazi di apertura, di solito molto ampi, all'integrazione da parte di *Betriebsvereinbarung*: infatti, anche se la lettera della legge parla di *Mitbestimmung* sulla sola introduzione della riduzione d'orario, nella pratica il ruolo fondamentale dell'accordo aziendale è quello di disciplinare in concreto questa riduzione, prevedendone i particolari, dato che, anche se teoricamente legittimo, è difficile pensare in materia ad un contratto collettivo talmente specifico e particolareggiato da escludere totalmente il diritto di codeterminazione *ex* § 77, comma 3, BetrVG. In assenza di *Tarifvertrag* e *Betriebsvereinbarung*, è possibile l'introduzione del *Kurzarbeit* tramite pattuizione individuale, ovvero mediante una modifica concordata del contratto da datore e lavoratore, dato che, come detto, in nessun caso la riduzione dell'orario può considerarsi esercizio del *Weisungsrecht*¹⁵².

Si segnala infine che, secondo l'opinione comune, anche i lavoratori somministrati presenti nell'impresa possono rientrare nei piani di riduzione dell'orario: se infatti viene ridotta la mole produttiva dell'utilizzatore, diminuisce la richiesta di lavoro e dunque è come se fosse ridotta anche la domanda presso l'agenzia datrice, il che giustifica l'introduzione del *Kurzarbeit*; questa possibilità deve invece considerarsi preclusa nel caso di lavoratori distaccati o in appalto¹⁵³.

¹⁴⁹ RICHARDI, 2012a, 1345 s., ove si aggiunge che, anche se il § 87 BetrVG parla solo di modifiche "temporanee" di orario, deve ritenersi del tutto legittima, e anzi auspicabile, una partecipazione del *Betriebsrat* a processi di cambiamento dell'orario sul lungo periodo.

¹⁵⁰ Da ultimo, BAG 3.6.2003; BAG 14.2.1991 afferma che per la riduzione dell'orario di lavoro nell'impresa non è necessario un vero e proprio *Betriebsvereinbarung ex* § 77 BetrVG, essendo invece sufficiente un accordo informale tra datore di lavoro e *Betriebsrat*. Invece, un accordo aziendale è indispensabile per introdurre la corrispondente riduzione della retribuzione, rendendo la norma vincolante per tutti i lavoratori dell'impresa, ponendosi l'accordo al di sopra dei singoli interessi individuali dei dipendenti.

¹⁵¹ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 628

¹⁵² SCHAUB-SCHINDELE, 2011, 4 ss.; COHNEN-RÖGER, 2009, 47 s., ove si specifica che devono considerarsi invalide le pattuizioni collettive che non determinino con sufficiente precisione le condizioni di introduzione e gestione del *Kurzarbeit*, lasciando indebito spazio e potere nelle mani del datore di lavoro.

¹⁵³ RICHARDI, 2012a, 1342 s.

In conclusione, non si può tacere dell'utilizzo quanto mai massiccio che del *Kurzarbeit* è stato fatto negli ultimi anni della crisi, soprattutto nelle grandi e medie imprese, tanto che ormai quasi nessuno più dubita che proprio a questo strumento debba andare il merito principale di aver evitato l'aumento della disoccupazione pur in un momento così difficile¹⁵⁴.

Le esigenze di produttività e competitività dell'impresa possono portare anche alla richiesta di un incremento, e non della diminuzione, della durata della prestazione: si parla in questo caso di *Mehrarbeit*¹⁵⁵. Ovviamente, il *Kurzarbeit* rappresenta per i lavoratori un sacrificio maggiore rispetto al *Mehrarbeit*, dato che essi sono costretti a rinunciare a parte della loro retribuzione, e non soltanto al tempo libero¹⁵⁶. Anche il *Mehrarbeit*, come il *Kurzarbeit*, deve essere sostenuto da ragioni oggettive e rilevanti: la semplice insicurezza del datore di lavoro circa l'entità di manodopera di cui avrà bisogno nel futuro fa parte del normale rischio d'impresa e dunque non può giustificare un indiscriminato ricorso a questo strumento; inoltre, non è possibile ricorrere all'incremento dell'orario di lavoro per aggirare le norme vigenti in materia di contratti a termine e a tempo parziale¹⁵⁷.

Proprio come il *Kurzarbeit*, anche il *Mehrarbeit*, in particolare sotto forma di gestione flessibile delle ore di lavoro straordinario, viene utilizzato come strumento di competitività per fare fronte alle esigenze delle imprese, e anch'esso viene gestito con un forte coinvolgimento delle parti collettive. Così, molti contratti collettivi contengono clausole che permettono al datore di lavoro di ridurre al minimo il preavviso per la richiesta di straordinario a fronte di improvvise ed urgenti esigenze dell'impresa; inoltre, per far risparmiare al datore il costo aggiuntivo della retribuzione delle ore di straordinario (eventualmente prestate anche nel fine settimana), il contratto collettivo prevede il più delle volte obbligatoriamente che il lavoro extra non venga monetizzato e pagato, bensì compensato con un corrispondente ammontare di tempo libero, la cui fruizione ben potrà coincidere con momenti in cui l'impresa non necessita dell'orario pieno di lavoro del dipendente, a causa di rallentamenti nella produzione¹⁵⁸.

Per quanto riguarda il ruolo del *Betriebsrat*, la sentenza BAG 3.6.2003 ha affermato che gli accordi aziendali possono prevedere l'obbligo per i dipendenti di prestare lavoro straordinario anche contro

¹⁵⁴ FUCHS, 2013, 747 ss.; HENSCHHE-HEUSCHMIDT, 2012, 629 riportano che nel maggio 2009 1.533.357 lavoratori tedeschi erano interessati dal *Kurzarbeit*, e il valore è rimasto sostanzialmente immutato anche nel 2010 e nel 2011.

¹⁵⁵ Con il termine di "*Mehrarbeit*" ("lavoro in più") si indicano tanto le ore di straordinario lavorate (*Überstunden*), quanto, nel suo complesso, l'orario risultante dalla somma delle ore di lavoro ordinario e delle ore straordinarie. Cfr. HOFF, 1983, 277

¹⁵⁶ LINSENMAIER, 2008, 11

¹⁵⁷ HANAU, 2006, 35

¹⁵⁸ HERDER-DORNREICH, 1984, 77 ss.; HENSCHHE-HEUSCHMIDT, 2012, 629 s.

la loro volontà, poiché, se il contratto del singolo non prevede esplicitamente il divieto di imporre ore aggiuntive senza il consenso del soggetto, non si applica il *Günstigkeitsprinzip* e quindi il patto individuale resta aperto all'integrazione da parte delle fonti collettive¹⁵⁹.

Con una gestione integrata delle fonti, è possibile che il contratto collettivo preveda (come accennato *supra*, §1.1 e come si vedrà meglio *infra*, § 2.4.3) un *Arbeitszeitkorridor*, ovvero una durata massima dell'orario di lavoro all'interno della quale siano previste modifiche in senso flessibile a seconda delle esigenze dell'impresa: in questo caso, verrà considerato *Mehrarbeit* solamente quello che porti l'orario di lavoro al di sopra del limite massimo fissato nel *Korridor*, moltiplicandosi così le possibilità di flessibilizzazione¹⁶⁰. Inoltre, viene considerato *Mehrarbeit* anche l'imposizione di una clausola di disponibilità o reperibilità, per alcuni periodi, giorni od orari della giornata, per cui la sua introduzione necessiterà di codeterminazione da parte del *Betriebsrat*¹⁶¹.

In conclusione, il *Mehrarbeit* è chiaramente uno strumento utilissimo per l'impresa, che può risparmiare l'assunzione (eventualmente a tempo determinato) di nuovi dipendenti, coprendo il lavoro con gli straordinari dei lavoratori già presenti; ovviamente, questo è un vantaggio per la tutela dell'occupazione interna, ma in linea di principio penalizza quella esterna all'impresa. Proprio per questo, in senso quasi opposto, esistono clausole di contratti collettivi che vietano il ricorso al lavoro straordinario se quelle attività aggiuntive possono essere svolte da disoccupati assunti appositamente nell'impresa: questa misura, di sicura rilevanza, trova però applicazione pressoché nulla nella pratica¹⁶².

2.3.4. Il lavoro in gruppo (*Gruppenarbeit*, § 87, comma 1, n. 13, BetrVG)

Il § 87, comma 1, n. 13, BetrVG stabilisce un diritto di codeterminazione del *Betriebsrat* in materia di “principi circa la gestione del lavoro in gruppo; ai sensi di questa norma, si intende per lavoro in gruppo quello in cui, nell'ambito dei processi di lavoro aziendali, un gruppo di lavoratori svolge un compito complessivo ad esso assegnato in modo essenzialmente autonomo e con propria responsabilità.”

Il lavoro in gruppo è un'altra strategia di modernizzazione dell'impresa, che incrementa la propria flessibilità e produttività assegnando a vari gruppi di lavoratori un obiettivo da perseguire

¹⁵⁹ Cfr. LINSSENMAIER, 2008, 11 s.

¹⁶⁰ HAHN, 2010, 55

¹⁶¹ RICHARDI, 2012a, 1344. Ovviamente, come del resto in tutte le altre materie oggetto di *Mitbestimmung*, si sta parlando dell'introduzione dello straordinario o della clausola di disponibilità/reperibilità per uno o più lavoratori già presenti nell'impresa, e precedentemente a ciò non obbligati; non è invece necessaria la codeterminazione laddove si assuma nuovo personale ad orario maggiorato, oppure con clausola di disponibilità/reperibilità.

¹⁶² BEPLER, 2006, 45

autogestendo la propria organizzazione interna; esso viene usato come mezzo di competitività, in quanto racchiude in sé i concetti di *job enlargement*, *job enrichment* e *job rotation*, tipici di metodi di lavoro che puntano alla qualità totale, alla responsabilizzazione del singolo lavoratore, alla creazione di processi snelli a valore aggiunto, alla riduzione della burocratizzazione¹⁶³.

Ovviamente, questo tipo di organizzazione può anche avere dei risvolti negativi, come ad esempio l'inequiva distribuzione dei compiti all'interno del gruppo oppure indebite pressioni sui lavoratori, soprattutto su quelli più deboli. Questa è la ragione per cui è stato promosso un coinvolgimento del *Betriebsrat* in materia, anche se questa norma ha creato alcuni problemi: infatti, il *Gruppenarbeit* non riguarda solo il singolo rapporto di lavoro, o plurimi rapporti di lavoro individuali, bensì l'organizzazione complessiva dell'impresa e dei processi produttivi, cosa che ha fatto paventare l'avvenuta creazione di una clausola generale di codeterminazione in materia di scelte datoriali. Tuttavia, tali timori devono essere fugati dalla precisione con cui il legislatore ha definito il lavoro di gruppo ai fini della norma, limitandolo al suo significato più ridotto e concreto¹⁶⁴: analizzando infatti la definizione che del *Gruppenarbeit* dà il § 87 BetrVG, è chiaro che non qualunque tipo di attività svolta collettivamente da più lavoratori farà sorgere l'obbligo di *Mitbestimmung*, bensì soltanto quella in cui un gruppo realmente autonomo ma contemporaneamente inserito nel normale processo produttivo dell'impresa si assuma la responsabilità di giungere ad un risultato, a patto che proprio il risultato sia l'unico aspetto del rapporto di lavoro che il datore può controllare. Per questo motivo, devono considerarsi escluse dall'ambito del § 87 BetrVG tutte quelle forme di lavoro condiviso sottoposto però al rigido controllo da parte di un *team leader*, nonché i casi in cui alcuni lavoratori vengano estromessi dal processo produttivo per lavorare su un diverso e separato progetto, ad esempio di ricerca e sviluppo¹⁶⁵.

Inoltre, viene fortemente circoscritto l'ambito di efficacia dei *Betriebsvereinbarung* sul punto, che valgono solo per i lavoratori del gruppo e solo per il periodo in cui il lavoro in gruppo viene svolto secondo le specifiche di legge. D'altra parte, la norma parla solo di "gestione" del *Gruppenarbeit*, e non della sua introduzione, che resta decisione libera ed esclusiva del datore di lavoro: in altre parole, la scelta di introdurre il lavoro di gruppo nell'impresa spetta solo all'imprenditore ma, nel momento in cui l'opzione viene adottata, sorge il diritto del *Betriebsrat* di codeterminarne il concreto svolgimento¹⁶⁶, mentre la decisione circa la cessazione del *Gruppenarbeit* è parimenti

¹⁶³ WISSKIRCHEN-BISSELS-DOMKE, 2008, 893; BREISIG, 1997, 23 ss.; 42 ss.

¹⁶⁴ RICHARDI, 2012a, 1484 s.; BREISIG, 1997, 40 ss.

¹⁶⁵ WISSKIRCHEN-BISSELS-DOMKE, 2008, 893

¹⁶⁶ BREISIG, 1997, 204 ss. evidenzia che, nonostante l'accordo sul *Gruppenarbeit* venga concluso tra datore di lavoro e *Betriebsrat*, si genera un rapporto diretto tra il consiglio aziendale e il gruppo stesso, laddove il secondo utilizza il primo come mediatore per le sue richieste e per le sue criticità.

rimessa esclusivamente nelle mani dell'imprenditore¹⁶⁷. In realtà, viste le ambiguità e i possibili problemi del lavoro di gruppo, il più delle volte anche la scelta della sua introduzione viene concordata tra datore di lavoro e sindacato: il contratto collettivo demanda poi comunque al *Betriebsvereinbarung* il compito di stabilire in concreto quali lavoratori saranno interessati dalla misura, per quanto tempo, nonché di garantire la ragionevolezza del risultato pattuito e la regolarità dei parametri di valutazione¹⁶⁸. Per quanto riguarda l'orario di lavoro, esso viene stabilito complessivamente per l'intero gruppo, mentre saranno i lavoratori partecipanti a suddividerlo in autonomia: proprio per questo motivo, si ritiene che anche il *job sharing* sia una forma di lavoro di gruppo, e dunque non la sua introduzione, bensì la sua concreta gestione all'interno dell'impresa debba essere concordata dal datore di lavoro con il *Betriebsrat*¹⁶⁹.

2.4. Altre forme di flessibilità contrattata nell'impresa

2.4.1. La gestione collettiva dei tempi di lavoro come strumento di politica occupazionale

E' chiaro ed evidente che la disciplina dell'orario di lavoro sia in grado di influenzare diversi aspetti dell'organizzazione e anche di avere riflessi sull'occupazione: negli anni, forme di riduzione o flessibilizzazione dell'orario di lavoro sono state utilizzate per agire sulla struttura del personale nell'impresa, nonché sui flussi di domanda e offerta nel mercato del lavoro¹⁷⁰. Anche da un punto di vista storico, basti pensare che, in Germania, la riduzione della giornata lavorativa a otto ore venne introdotta proprio nel 1918 e, oltre a servire scopi di tutela della salute e della personalità dei lavoratori, mirava a redistribuire tra più soggetti la mole di lavoro disponibile, favorendo così il reinserimento nel tessuto produttivo dei soldati tornati dal fronte¹⁷¹.

Non stupisce dunque che, data la vocazione e la missione del sindacato volta al perseguimento di obiettivi di politica occupazionale e del mercato del lavoro¹⁷², la disciplina dell'orario sia uno dei contenuti più tipici dei contratti collettivi, da sempre oggetto di accordi e anche di rivendicazione e conquista di diritti da parte dei lavoratori. Negli ultimi anni, le forme di riduzione contrattata dell'orario di lavoro hanno portato alcune voci della dottrina a temere che un eccessivo potere del

¹⁶⁷ RICHARDI, 2012a, 1485, il quale nota però come sia labile il confine con il § 111 BetrVG, che, come visto *supra*, § 2.2, impone l'informazione e la partecipazione del *Betriebsrat* a fronte di modifiche nell'organizzazione del lavoro e dei metodi di lavoro nell'impresa.

¹⁶⁸ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 768

¹⁶⁹ HAHN, 2010, 56; SCHNEIDER, 2009, 26 s.; WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 26; per la combinazione del *Kurzarbeit* con il *Gruppenarbeit*, nel senso di suddividere, in momenti di crisi dell'impresa, un orario (e una retribuzione) piena tra due lavoratori, cfr. già HERDER-DORNREICH, 1984, 62 ss.

¹⁷⁰ Cfr. già ZIMMERMANN, 1984, 12 ss.

¹⁷¹ Cfr. FOITL, 1997, 163 ss.; HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 602

¹⁷² Per una ricostruzione del dibattito circa l'esistenza di un "mandato di politica occupazionale" conferito al sindacato cfr. REINARTZ, 2008, 159 ss.

sindacato avrebbe portato al sorgere di rapporti “a 0 ore”, senza peraltro idonea copertura da parte della legge. In realtà, per fugare questi timori e qualificarli come irragionevoli e meramente teorici, basterà ricordare che il contratto collettivo, nonostante la copertura costituzionale della *Tarifautonomie* (su cui *supra*, § 1.1) non è totalmente libero ed arbitrario nella determinazione del proprio contenuto: anche se esso, a differenza del *Betriebsvereinbarung* e del contratto individuale, non subisce controlli sostanziali, resta comunque sottoposto al vaglio giudiziale circa la idoneità e proporzionalità delle misure adottate rispetto allo scopo perseguito. Riconosciuto dunque, in via non solo teorica ma anche empirica, che la riduzione e in generale la flessibilizzazione dell’orario di lavoro realizzano effettivamente scopi di conservazione dell’occupazione nell’impresa e quindi di lotta alla disoccupazione, simili misure acquistano automaticamente legittimità e ben possono prevalere, per il principio dell’effetto vincolante ed immediato del contratto collettivo, sugli interessi personali dei singoli lavoratori (§§ 3 e 4 TVG, su cui *supra*, § 1.1.1)¹⁷³.

I primi accordi per la riduzione dell’orario, quelli degli anni ‘80, tendevano a diminuire l’orario senza intaccare la retribuzione, quindi con un aumento della remunerazione oraria: al datore di lavoro, infatti, non interessava ridurre il costo del personale, quanto piuttosto potersi servire di esso in maniera flessibile, gestendo i lavoratori in modo differenziato e maggiormente libero. Ecco perché il già citato (*supra*, § 1.1) *Leber-Kompromiss* del 1984 prevedeva uno schema di *Arbeitszeitdifferenzierung*, per cui alcuni lavoratori subissero un incremento del proprio orario, a fronte di una diminuzione in capo ad altri (in questo caso, però, con corrispondente aumento o riduzione della retribuzione in base alle ore lavorate), in modo da mantenere la media invariata a seconda delle necessità dell’impresa, che richiedevano talvolta maggiore presenza in un settore e talaltra l’intensificazione delle competenze in altro ambito. Questo accordo venne sospettato di illegittimità, dato che i diritti di *Mitbestimmung* si erano estesi anche alla determinazione della durata e non solo della collocazione dell’orario di lavoro; tuttavia, poiché l’accordo era dotato della copertura di un contratto collettivo, la *Tarifautonomie* ha, come detto, il potere di estendere l’ambito e gli oggetti dei diritti di codeterminazione, mentre non può viceversa ridurli (vedi *supra*, § 1.3)¹⁷⁴.

Esattamente vent’anni dopo, in un contesto economico-produttivo e globale completamente mutato, il contenuto del *Leber-Kompromiss* è stato definitivamente superato dal *Pforzheimer-Abkommen*, accordo concluso nel 2004 tra il sindacato IG Metall del Baden-Württemberg e l’associazione datoriale Südwest Metall: il fine di questo accordo, e della contrattazione collettiva in generale, così

¹⁷³ PREIS, 2010, 366 s.; SCHNEIDER, 2009, 71 ss.; HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 621 ss.

¹⁷⁴ Così si è pronunciato sulla legittimità dell’accordo e dell’*Arbeitszeitdifferenzierung* BAG, 18.8.1987; HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 623 ss.

come dichiarato esplicitamente dalle parti, era quello di salvaguardare tanto l'occupazione quanto la competitività e l'innovazione delle imprese. La strada viene ricercata in forme controllate di decentramento, che incoraggino i contratti aziendali e i *Betriebsvereinbarung* ad utilizzare ampiamente ma ragionevolmente tutti gli strumenti di flessibilità del lavoro.

Tra l'altro, il *Pforzheimer Abkommen* consacra una soluzione organizzativa già introdotta nei contratti collettivi a partire dall'inizio degli anni '90: una percentuale dei lavoratori di ogni impresa (a seconda dei casi, fino al 13%, 18% o addirittura 50%) può concordare per contratto individuale una settimana lavorativa di durata compresa tra le 35 e le 40 ore, invece delle ordinarie 37,5, mentre sarà poi il datore di lavoro, all'interno di questo "corridoio" determinato dal contratto collettivo (*Arbeitszeitkorridor*) a richiedere a seconda delle esigenze dell'impresa un numero variabile di ore lavorate oscillante tra il massimo e il minimo (cfr. *infra*, § 2.4.4). Il problema riguarda in questo caso il ruolo del *Betriebsrat*: il § 87, n. 3, prevede il *Mehrarbeit* come oggetto di necessaria *Mitbestimmung*, ma, in questo caso, l'esistenza di un *Korridor* ostacola la definizione dell'aumento di orario come straordinario, e porta invece ad identificare l'oggetto della pattuizione con la durata dell'orario di lavoro, tema che, come detto, è precluso alla codeterminazione¹⁷⁵.

Altri dubbi sono stati sollevati circa la possibilità per il contratto collettivo di imporre un limite massimo all'orario di lavoro settimanale, dato che in questo campo dovrebbe valere la libera determinazione delle parti; inoltre, non è detto che questa disposizione avvantaggi il lavoratore, dato che, per il *Günstigkeitsprinzip*, un orario maggiore potrebbe essere più favorevole al lavoratore, perché collegato ad una maggiore retribuzione. Tuttavia, per quanto riguarda quest'ultimo punto bisogna ricordare che il *Günstigkeitsprinzip* vieta di comparare istituti diversi, per cui lo svantaggio di un orario maggiore non può essere compensato dal vantaggio di una retribuzione più alta; in più, la giurisprudenza di merito (il BAG non si è ancora pronunciato esplicitamente sul punto) pare legittimare la previsione di un limite massimo all'orario di lavoro per contratto collettivo, poiché questo costituirebbe l'istituzione di uno standard minimo di tutela del lavoratore, e dunque rientrerebbe tra i compiti più tipici dell'attività di determinazione sindacale delle condizioni di lavoro¹⁷⁶.

Come già detto *supra* (§ 1.4), sulla flessibilizzazione dell'orario di lavoro intervengono spesso anche le *Bündnisse für Arbeit*, sulla cui legittimità e compatibilità con l'ordinamento ancora molto si discute; molto spesso esse prevedono riduzioni dell'orario di lavoro per ridurre la retribuzione,

¹⁷⁵ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 626, che parlano di un vero e proprio "paradosso" circa l'inclusione o esclusione dei diritti di *Mitbestimmung* sul punto.

¹⁷⁶ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 619 s.; 624 s., ove vengono presentati i problemi della gestione dell'*Arbeitszeitdifferenzierung* sul lavoro *part-time*, che viene ugualmente ridotto in percentuale, e sulla disciplina delle pause di lavoro e del computo dei giorni di ferie, malattia e festivi tra quelli lavorati.

oppure incrementi dell'orario senza però la corrispondente equiparazione monetaria. Le alleanze per il lavoro non avrebbero alcun diritto di intervenire sull'orario: l'imposizione del *Kurz- o Mehrarbeit*, infatti, può essere oggetto solo di *Betriebsvereinbarung* ex § 77 BetrVG, e non di quegli accordi informali, seppur con la partecipazione del *Betriebsrat*, previsti dal § 88 BetrVG. Inoltre, come ben si sa, nessuna fonte inferiore può intervenire sul punto laddove già un contratto collettivo disciplini l'orario di lavoro nell'impresa; in altre parole, per dare efficacia vincolante e generale alle alleanze per il lavoro in materia di orario, bisognerebbe fare in modo che esse rientrassero nell'alveo della contrattazione collettiva, diventando dei veri e propri *beschäftigungssichernde Tarifverträge* (contratti collettivi di difesa dell'occupazione). Questo è accaduto ad esempio nel caso Lufthansa, in cui un contratto aziendale ha legittimamente derogato alle norme del contratto di livello superiore, imponendo sacrifici ai lavoratori in cambio della conservazione del posto¹⁷⁷.

Tuttavia, anche se probabilmente illegittime, la maggior parte delle *Bündnisse für Arbeit* vengono comunque accettate e rispettate da quasi tutti i lavoratori, nelle molte imprese tedesche che negli ultimi anni ricorrono comunemente a questo strumento per superare i momenti più difficili senza doversi liberare dei propri dipendenti. Una tiepida apertura a forme "irrituali" di flessibilizzazione dell'orario di lavoro è il cosiddetto *Müller-Konzern-Fall*, deciso dal BAG nel 2007: nel caso di specie, il datore di lavoro aveva concluso con una serie di lavoratori non iscritti al sindacato degli accordi individuali per ridurre l'orario di lavoro e la retribuzione, oppure aumentare il primo e lasciare immutata la seconda, in una fase difficile per l'impresa. Nonostante questi contratti fossero stati impugnati dal *Betriebsrat* per lesione dei diritti di *Mitbestimmung*, il BAG ha affermato la loro validità, poiché, visto che nell'impresa era comunque in vigore un *Betriebsvereinbarung* che autorizzava la flessibilizzazione dell'orario di lavoro con scopi di difesa dell'occupazione, questa copertura era sufficiente e non doveva richiedersi codeterminazione in ogni singolo caso concreto di flessibilizzazione¹⁷⁸.

Infine, si segnala che qualche contratto collettivo contiene anche clausole di riduzione dell'orario di lavoro con scopi non meramente difensivi, ma promozionali dell'occupazione in generale: in altre parole, si prevedono riduzioni dell'orario di lavoro dei dipendenti, o rinunce a prestare lavoro straordinario, per assegnare quelle attività a personale aggiuntivo appositamente assunto. In questo caso, il datore di lavoro e il sindacato concordano uno *Stellenplan* (piano dell'organico), in cui pongono sia norme quantitative sul numero delle assunzioni, sia qualitative sui profili professionali

¹⁷⁷ LEHMANN, 2010, 2823 ss.

¹⁷⁸ Cfr. BAG 15.5.2007; LEHMANN, 2010, 2825 s.

necessari. Tuttavia, il BAG ha riscontrato alcuni problemi in accordi così penetranti, dove il sindacato influenza in modo massiccio la libertà del datore di lavoro di organizzare l'impresa, e dunque anche il personale, secondo la sua autonoma scelta e determinazione¹⁷⁹.

2.4.2. L'orario scorrevole (*Gleitzeit*) e l'orario fiduciario (*Vertrauensarbeitszeit*)

Le forme di orario flessibile sono quei moduli di organizzazione della prestazione del lavoratore che permettono all'impresa di incidere sull'aspetto del tempo al fine di configurarsi nella dimensione e capacità produttiva ottimali a seconda dei momenti e delle situazioni, in risposta e in adattamento alla domanda e al mercato, dato che ragioni economiche, di competitività e abbattimento dei costi portano l'impresa a modellare una “*atmende Belegschaft*”, un personale sempre variabile e reattivo¹⁸⁰. Le forme di flessibilità del lavoro non incidono necessariamente sulla sua durata, e molto spesso toccano solamente la sua collocazione, anche se, come detto *supra* (§ 2.3.2), tanto maggiore è la flessibilità quanto più difficile sarà distinguere con chiarezza la durata dalla collocazione dell'orario¹⁸¹.

A volte, ovviamente, le ragioni di flessibilizzazione possono servire contemporaneamente gli interessi dell'impresa e del lavoratore: questo è ad esempio il caso del *Gleitzeit* (orario scorrevole), in cui il dipendente determina liberamente la collocazione della propria prestazione di lavoro nella giornata (*Gleitzeit* semplice), oppure ne decide autonomamente anche la durata (*Gleitzeit* qualificato). Ovviamente, del tempo di lavoro prestato viene tenuto conto e, se il lavoratore decide autonomamente di allungare la durata della propria attività, potrà fruire di un corrispondente ammontare di tempo libero in un altro momento successivo¹⁸².

Di solito, viene imposto un nucleo di orario di lavoro rigido che deve essere in ogni caso garantito (*Kernarbeitszeit*), una fascia oraria all'interno della quale l'impresa necessita della presenza dei lavoratori e oltre la quale il dipendente resta libero di autodeterminare la propria prestazione: in più, accade molto spesso che il *Kernarbeitszeit* non sia imposto al singolo lavoratore, ma ad un gruppo (ad esempio, il datore afferma che obbligatoriamente un determinato ufficio deve essere coperto da almeno due persone tra le 10 e le 15), all'interno del quale i dipendenti hanno la possibilità di autogestirsi e suddividersi il carico di presenza obbligatoria. Per quanto riguarda la retribuzione, il

¹⁷⁹ Così già BAG 22.1.1991; HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 748; 753 s.

¹⁸⁰ OLESCH, 1997, 125 ss.

¹⁸¹ Cfr. HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 643 ss.

¹⁸² REINECKE, 2008, 22

più delle volte essa viene fissata inizialmente e non subisce variazioni sulla base delle modalità di organizzazione oraria del singolo¹⁸³.

Il *Gleitzeit* ha suscitato nei sindacati un atteggiamento di iniziale sospetto, che ha portato alla stipulazione di contratti collettivi sul punto: così, gli accordi sindacali pongono quasi sempre una cornice generale all'interno della quale interviene poi il *Betriebsvereinbarung*, con il compito di determinare se l'introduzione del *Gleitzeit* debba essere semplice o qualificata, di gestire il *Kernarbeitszeit*, di vigilare sulla tutela della salute dei lavoratori. Del resto, anche se la decisione di introdurre il *Gleitzeit* nell'impresa resta riservata al potere direttivo del datore di lavoro, il *Betriebsrat* può vantare diritti di *Mitbestimmung*, dato che si tratta della collocazione oraria della prestazione e, volendo, anche della previsione di lavoro straordinario¹⁸⁴.

Altra forma di flessibilità dell'orario di lavoro che serve, almeno in teoria, l'interesse di entrambe le parti, è il *Vertrauensarbeitszeit* ("orario fiduciario"), in cui il datore di lavoro rinuncia al proprio potere di controllo della prestazione, assegna al singolo lavoratore oppure al gruppo un compito, un obiettivo, dopodiché saranno i dipendenti a determinare in autonomia i propri tempi di attività. In modo simile al *Gruppenarbeit* (su cui *supra*, § 2.3.4), anche il *Vertrauensarbeitszeit* è stato giudicato sia positivamente, come strumento di autonomia, partecipazione e responsabilizzazione del lavoratore, sia negativamente, poiché comporta un trasferimento sul lavoratore del rischio d'impresa. Inoltre è alto il pericolo di abusi, primo fra tutti un aumento incontrollato (e non retribuito, poiché il lavoratore rinuncia alla registrazione e dunque al pagamento degli straordinari) dell'orario di lavoro al fine di raggiungere l'obiettivo assegnato¹⁸⁵.

Anche in questo caso, è il controllo collettivo su questa forma di flessibilità che ne garantisce la sicurezza e il bilanciamento con i diritti del lavoratore: innanzitutto, infatti, l'orario di lavoro deve rimanere controllato, anche se non dal datore di lavoro, dal *Betriebsrat*, che, a differenza dell'imprenditore, non ha rinunciato (e nemmeno ipoteticamente potrebbe) alla vigilanza sull'attività del dipendente. Solitamente, il *Manteltarifvertrag* vigente stabilisce comunque limiti massimi di orario anche per il *Vertrauensarbeitszeit*, mentre il *Betriebsrat* conserva il diritto di essere informato sulle ore effettivamente lavorate dal dipendente, con particolare riguardo a quelle che sono collocate in momenti particolari, come la sera o il fine settimana¹⁸⁶. D'altra parte, un sicuro diritto di *Mitbestimmung* sussiste in questa materia, che tocca sia la collocazione oraria della prestazione (*ex* § 87, n. 2 BetrVG), sia l'incremento dell'orario di lavoro (§ 87, n. 3 BetrVG): così,

¹⁸³ WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 26

¹⁸⁴ HERDER-DORNREICH, 1984, 80 ss.; HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 642; WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 30

¹⁸⁵ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 646

¹⁸⁶ BEPLER, 2006, 50

il *Betriebsrat* controlla che l'orario concreto del lavoratore resti nei limiti imposti dalla legge e dal contratto collettivo, o, almeno, che eventuali deviazioni vengano poi ribilanciate da corrispondenti bonus di tempo libero¹⁸⁷.

Secondo alcuni, tuttavia, assegnare al *Betriebsrat* poteri così penetranti in materia di *Vertrauensarbeitszeit* ne vanificherebbe la flessibilità, la natura pienamente autonoma e dunque lo stesso scopo: d'altra parte, non bisogna però sopravvalutare la rigidità dei poteri di codeterminazione sul punto, che sortiscono il solo effetto di non lasciare completamente nelle mani del singolo lavoratore la determinazione dell'orario e delle condizioni della propria prestazione¹⁸⁸.

2.4.3. Le *Arbeitsabruf-Klauseln* (“clausole di lavoro a chiamata”)

Fino a non troppi anni fa, gli accordi sindacali che prevedessero soglie massime e minime di orario (*Bandarbeiten* o *Arbeitszeitkorridor*), all'interno delle quali determinare in modo flessibile la prestazione dovuta dal dipendente, erano considerati inammissibili per eccessiva estensione del *Weisungsrecht* del datore di lavoro; d'altra parte, lo strumento legittimo che avrebbe incentivato un utilizzo della forza lavoro a seconda dell'andamento della domanda, ovvero il contratto di lavoro a chiamata, ha sempre avuto una diffusione scarsissima nella prassi¹⁸⁹.

La situazione è radicalmente cambiata nel momento in cui una storica sentenza del BAG ha ritenuto legittima la clausola del contratto individuale che autorizzi la modifica, da parte del datore di lavoro, dell'orario settimanale fissato nel contratto, e in particolare fino ad un aumento del 25% e ad una riduzione del 20%; il BAG ha ritenuto che simili percentuali potessero rappresentare una buona mediazione tra i contrapposti interessi delle parti, anche se la decisione è stata accolta con un po' di sospetto, soprattutto per la precisione con cui la Corte ha creduto di determinare i margini di esercizio del *Weisungsrecht* del datore di lavoro¹⁹⁰.

Questa clausola di flessibilità (*Abruf-klausel*, clausola “di chiamata”) deve essere espressamente e chiaramente prevista nel contratto individuale, sortendo l'effetto di impedire una modifica tacita dell'orario di lavoro contrattuale per la costante prestazione temporale del lavoratore: così, se anche per anni un dipendente lavora 40 ore a settimana, ma nel suo contratto l'orario è fissato a 30 e in più è prevista una *Abruf-klausel*, è legittimo che in qualunque momento il datore di lavoro riporti l'orario (e la corrispondente retribuzione) alle 30 ore, senza che il lavoratore possa vantare alcuna aspettativa di mantenimento dell'orario superiore praticato fino a quel momento. Come ben si vede,

¹⁸⁷ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 648

¹⁸⁸ BEPLER, 2006, 51

¹⁸⁹ HOHENSTATT-SCHRAMM, 2007, 239

¹⁹⁰ BAG 7.12.2005; REINECKE, 2008, 22

l'utilizzo dell'*Abruf-klausel* è completamente diverso dal ricorso al lavoro straordinario: mentre con il secondo si coprono esigenze sorte improvvisamente e altrimenti inaffrontabili, la clausola di chiamata permette di creare una strategia stabile e a lungo termine, che già prevede per il futuro moli di lavoro variabili all'interno dell'impresa¹⁹¹.

In realtà, si è obiettato, poiché la previsione di moli di lavoro variabili fa parte del normale rischio d'impresa, che non può essere trasferito sul lavoratore, questa non sarebbe una ragione sufficiente per introdurre nel contratto le *Abruf-klausel*, che generano una non trascurabile incertezza per le aspettative di vita e di retribuzione del lavoratore: tuttavia, dopo la sentenza del BAG, bisogna ritenere che la richiesta di mutamenti di orario compresi tra il -20% e il +25% sia sempre coperta da una presunzione di giustificazione oggettiva, mentre solo per modifiche maggiori sia necessaria una ragione ulteriore e provata. Inoltre, è anche possibile combinare l'effetto dell'*Abruf-klausel* con quello della richiesta di ulteriore lavoro straordinario al di sopra dei limiti da essa posti nel contratto¹⁹².

Oltre alla previsione, vincolante secondo il criterio della *Tarifgebundtheit*, di *Arbeitszeitkorridor* nel contratto collettivo che limitino l'estensione dell'orario contenuto nell'*Abruf-klausel*, ci si chiede se per inserire tale clausola nel contratto individuale sia necessaria la *Mitbestimmung* del *Betriebsrat*. Le opinioni non sono concordi: secondo alcuni non si tratterebbe di una statuizione sulla collocazione dell'orario ex § 87, n. 2, BetrVG, ma soltanto della previsione astratta di una possibile modifica nel futuro; altri invece sostengono che, al contrario, il *Betriebsrat* abbia il potere di determinare tutti gli aspetti dell'*Abruf-klausel*, compreso il preavviso con cui può essere ordinata la modifica di orario e il limite massimo e minimo di variabilità dell'orario, ma, in ogni caso, tutti concordano nell'affermare che, una volta inserita la clausola nel contratto, non sia necessaria la codeterminazione ogni volta che effettivamente il datore di lavoro eserciti il suo potere, a meno che non si tratti di una modifica che interessa tutti i lavoratori dell'impresa (o un rilevante numero di essi) oppure a meno che il vigente *Betriebsvereinbarung* non preveda limitazioni aggiuntive al potere del datore di lavoro¹⁹³.

2.4.4. Il modello dell'orario annuale

Come misura di flessibilità controllata e concordata, un sempre maggior numero di contratti collettivi prevede che, al posto del consueto orario settimanale, sia determinato un orario su base annuale: come appare chiaro, questo incrementa notevolmente le possibilità di gestione flessibile,

¹⁹¹ HOHENSTATT-SCHRAMM, 2007, 238 s.

¹⁹² REINECKE, 2008, 27

¹⁹³ HOHENSTATT-SCHRAMM, 2007, 241 s.

poiché l'unico limite quantitativo è un numero di ore da distribuire su un intero anno e il datore può così efficacemente coordinare la presenza dei lavoratori con le variabili moli di lavoro nell'impresa¹⁹⁴.

La disciplina del contratto collettivo viene poi quasi sempre integrata dall'intervento del *Betriebsrat*, che, in virtù dei suoi poteri di codeterminazione in materia di collocazione, riduzione o incremento dell'orario di lavoro, si muove all'interno della disciplina quadro del *Tarifvertrag* per stabilire soprattutto le condizioni di riequilibrio dell'orario di lavoro e dunque vigilare, bilanciando lavoro aggiuntivo e tempo libero compensativo, sul non superamento della soglia oraria annuale. Una volta stabilite le condizioni generali di utilizzo dell'orario annuale all'interno del *Betriebsvereinbarung*, non è necessaria la codeterminazione per ogni singola richiesta di "straordinario", con un notevole snellimento delle procedure in tal senso; inoltre, in assenza di contratto collettivo sul punto, il modello dell'orario annuale può essere *ab origine* introdotto e interamente disciplinato dall'accordo aziendale stesso¹⁹⁵. E' invece necessaria un'apposita codeterminazione nel caso in cui l'orario effettivamente lavorato da uno o più dipendenti superi quello annuale previsto nel contratto collettivo o nel *Betriebsvereinbarung*¹⁹⁶.

2.4.5. Gli Arbeitszeitkonten

Infine, esiste uno strumento generale, posto dall'autonomia collettiva, per gestire nel modo più equo e sicuro possibile tutte le varie forme di flessibilità oraria di cui finora si è parlato: si tratta degli *Arbeitszeitkonten* (con buona approssimazione, si può adottare la traduzione di "banca delle ore"), previsti per la prima volta dal sindacato IG Metall e ora diffusi nella maggior parte dei contratti collettivi. A fronte di tutte le forme di flessibilizzazione dell'orario di lavoro, con sua deviazione da quello standard, si crea una sorta di "conto personale" che tenga conto per ogni dipendente delle ore effettivamente lavorate e provveda a compensare quelle eccedenti la normalità con corrispondenti periodi di riposo, senza oneri economici di retribuzione aggiuntiva a carico del datore di lavoro¹⁹⁷.

Nonostante questo strumento sia nato all'interno dei contratti collettivi, il vero terreno di flessibilizzazione è costituito dai *Betriebsvereinbarung*, dato che la legge quasi tace sul punto e i

¹⁹⁴ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 645

¹⁹⁵ WISSKIRCHEN-BISSELS, 2006, 26 s., evidenziano che l'orario annuale può comportare comunque dei sacrifici per il lavoratore, in quanto il conto delle ore effettivamente lavorate, e dunque il saldo della retribuzione reale maturata che ecceda quella calcolata sull'orario ordinario da contratto individuale, avviene solo a fine anno; BEPLER, 2006, 51.

¹⁹⁶ Cfr. BAG 11.12.01

¹⁹⁷ Cfr. PALENBERG, 2013, 19 ss.; 167 ss., ove l'*Arbeitszeitkonto*, tanto più grazie alla sua disciplina di matrice collettiva, diventa un vero e proprio contrappeso di sicurezza a tutte le possibili forme di flessibilità realizzate nell'impresa: il dipendente, infatti, ha la certezza che la flessibilità con cui svolge la propria prestazione venga controllata e registrata, al fine di essere poi compensata a suo vantaggio, sotto la garanzia costituita dalla partecipazione del *Betriebsrat*.

sindacati si limitano di solito all'introduzione dell'*Arbeitszeitkonto* e ad una disciplina quadro del tutto rudimentale. E' compito invece del *Betriebsrat*, nell'esercizio dei suoi diritti di *Mitbestimmung* ex § 87, comma 1, n. 2 e 3, BetrVG, stabilire il limite temporale di compensazione all'interno dell'*Arbeitszeitkonto* (quanto maggiore, tanto più alta la flessibilità), la gestione e il controllo delle ore lavorate, i limiti e le modalità di bilanciamento delle ore¹⁹⁸. Inoltre, la banca delle ore può essere usata anche come compensazione del *Kurzarbeit*: il § 96 SGB III stabilisce infatti che, prima di richiedere l'integrazione salariale, i lavoratori debbano essere compensati fruendo di una quantità di tempo libero (non retribuito) corrispondente alle ore lavorate in più presenti nel proprio *Arbeitszeitkonto*.

Un caso particolare di *Arbeitszeitkonto* è il *Lebensarbeitszeitkonto*, in cui tutte le ore lavorate in più vengono accantonate senza limiti di tempo per il loro recupero, e alla fine possono portare ad un prepensionamento del lavoratore, anticipando il momento della cessazione della carriera lavorativa di tante ore (tradotte dunque in giorni, settimane, mesi) quante sono quelle aggiuntivamente prestate nel corso dell'intero rapporto¹⁹⁹.

3. Qualche considerazione finale: *flexicurity* “alla tedesca”?

Il quadro fin qui tratteggiato, anche se necessariamente sintetico, restituisce l'immagine di un ordinamento giuslavoristico che, tradizionalmente e soprattutto negli ultimi anni, ha ritenuto la flessibilità un potente strumento di gestione del rapporto di lavoro, capace di assicurare contemporaneamente la competitività delle imprese sul piano globale e la tutela della stabilità e dell'occupazione dei lavoratori.

L'utilizzo della flessibilità come politica occupazionale in Germania affonda sicuramente le sue radici nella complessa situazione generata dall'ingresso dei *Länder* dell'Est nella Repubblica Federale: un'economia arretrata e priva delle necessarie strutture istituzionali, una manodopera poco qualificata e un tessuto produttivo inesistente portarono le *performance* economico-industriali del nuovo stato a livelli vicini al collasso. Nonostante questo, le imprese tedesche hanno dimostrato una spiccata attitudine a strategie di conservazione della propria manodopera: anche in momenti difficili, la maggior parte delle imprese, soprattutto medie e grandi, considera costoso e inefficiente liberarsi dei lavoratori formati e inseriti nella propria struttura, che conoscono le mansioni e hanno già dimostrato le proprie competenze; piuttosto, si preferisce ricorrere a strumenti di riduzione del

¹⁹⁸ SCHNEIDER, 2009, 27 s.; PALENBERG, 2013, 41 ss.; per una critica all'*Arbeitszeitkonto*, che nasconderebbe soltanto la legittimazione di tempi di equiparazione/compensazione delle ore straordinarie lavorate più lunghi di quelli previsti dalle Direttive comunitarie, cfr. MÄRKLE-PETRI, 2000, 444 ss.

¹⁹⁹ HENSCHHE-HEUSCHMID, 2012, 618; 648; 676

costo della manodopera che conservino il rapporto e il posto di lavoro, imponendo sacrifici ai dipendenti affinché l'impresa superi un momento difficile²⁰⁰.

Le forme di flessibilità utilizzate in Germania sono, come visto, non solo di tipo funzionale, ma anche meramente numerico: la loro caratteristica è però quella di rimanere misure di flessibilità interna, che mantengono i lavoratori nell'impresa e agiscono sull'orario di lavoro dei dipendenti senza intaccarne il legame con l'unità produttiva²⁰¹. Questo ovviamente non significa che la Germania non abbia agito, e non stia tuttora agendo, anche sul piano del mercato del lavoro, con politiche di ricorso al lavoro "atipico" e alle esternalizzazioni, con l'attenzione alla formazione dei lavoratori disoccupati e alla facilitazione delle transizioni nel mercato, anche a livello di ammortizzatori sociali²⁰². Ma resta comunque indubbio che il tipo di flessibilità che il modello tedesco persegue è quello di una flessibilità contrattata, dunque una flessicurezza, che resti nel rapporto e non esca nel mercato, proponendo così soluzioni in parte alternative a quelle esposte nei documenti dell'Unione Europea (cfr. Cap. I)²⁰³. I vantaggi di una flessicurezza realizzata nel rapporto appaiono evidenti: la continuità della carriera e del reddito, la costruzione di percorsi professionali sul lungo periodo, le possibilità di crescita e di formazione, la tutela piena collegata allo *status* di subordinazione (cfr. Cap. II).

La vera peculiarità di questo modello di *flexicurity* è l'inclusione del profilo di sicurezza già all'interno della flessibilità, tramite il coinvolgimento delle parti collettive: in altre parole, come si è visto, ogni misura di flessibilizzazione del rapporto di lavoro prevede una qualche forma di coinvolgimento o del sindacato o del *Betriebsrat* e, in questo modo, viene assicurato che la disciplina flessibilizzante cui verrà sottoposto il lavoratore sia già frutto di un incontro bilanciato di volontà e interessi contrapposti, laddove le aspettative, le esigenze e la protezione del lavoratore hanno *ab principio* trovato adeguata espressione e quindi realizzazione²⁰⁴.

Il costante coinvolgimento delle parti collettive nella flessibilizzazione del rapporto di lavoro può dirsi "interiorizzato" nel sistema tedesco, laddove è evidente la volontà di espandere le possibilità di partecipazione delle rappresentanze dei lavoratori fino a coprire potenzialmente ogni aspetto della gestione flessibile del rapporto di lavoro. Il *Betriebsverfassungsgesetz*, come visto, prevede già diverse forme di partecipazione del *Betriebsrat* in casi specifici di flessibilizzazione o comunque di

²⁰⁰ COHNEN-RÖGER, 2009, 46

²⁰¹ Così già SCHULZE, 1984, 245 ss.; REINECKE, 2008, 21

²⁰² Per una sintetica ma completa panoramica sul punto si rimanda a EICHHORST, 2012; più diffusamente BERTELE, 2008. Sul tema specifico dell'utilizzo di forza lavoro "periferica" per garantire la flessibilità dell'impresa, cfr. già HOFF, 1983, 307 ss.

²⁰³ Così M.T. CARINCI, 2012, 539 ss.

²⁰⁴ Cfr. REINECKE, 2008, 28, che parla di una flessibilità presunta, come il termine per l'adempimento dell'obbligazione, "a favore di entrambe le parti".

modifica del rapporto di lavoro, oppure a fronte di particolari momenti della vita dell'impresa: l'azione costante del consiglio aziendale stesso, affiancato anche da dottrina e giurisprudenza, ha portato ad interpretare le norme in modo da poter vantare diritti di *Mitbestimmung* anche su altri aspetti di flessibilizzazione, con un utilizzo estensivo ed analogico della lettera della legge.

Per una sorta di “imitazione per trascinamento”, a cui non sono estranee spinte “concorrenziali” tra i due canali di rappresentanza dei lavoratori, anche il sindacato ha cercato di intervenire sul più ampio spettro possibile di contenuti propri della flessibilizzazione del rapporto di lavoro, soprattutto ponendo tramite lo strumento del contratto collettivo le norme quadro e i principi generali che garantissero contenuti di sicurezza all'interno della flessibilità. Altra osservazione riguarda la relativa istituzionalizzazione e centralizzazione del sistema di gestione collettiva dei rapporti di lavoro²⁰⁵, che però, in modo solo apparentemente paradossale, garantisce forme di alta decentralizzazione del luogo di produzione delle norme, in piena applicazione del principio di sussidiarietà²⁰⁶: il *Manteltarifvertrag* si pone, infatti, come fonte primaria che raccoglie in sé la cornice generale per tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, prevedendo poi un articolato sistema di *Öffnungsklausel* che, scegliendo di volta in volta la fonte più adatta (contratto collettivo aziendale, *Betriebsvereinbarung*, contratto individuale), autorizzano integrazioni o deroghe della disciplina di base per adattarla al meglio alle singole realtà²⁰⁷.

La gestione della flessibilità sicura come flessibilità contrattata non ha risparmiato nemmeno la forma di lavoro “meno legata” all'impresa, ovvero la somministrazione. Come spesso accade, i lavoratori somministrati vengono inviati dall'agenzia all'utilizzatore a determinate condizioni, di orario e mansioni, ma poi, in concreto, l'utilizzatore necessita di modificare queste condizioni per flessibilizzare l'utilizzo della manodopera: in questo caso, e a prescindere da qualunque pattuizione contraria prevista nel contratto commerciale tra agenzia e utilizzatore, sussistono pieni diritti di

²⁰⁵ Cfr. SANTAGATA, 2005, 637

²⁰⁶ Per una panoramica dell'evoluzione storica delle spinte di centralizzazione/decentralizzazione della contrattazione collettiva tedesca, cfr. REINARTZ, 2008, 10 ss., che parla della creazione progressiva di una “*betriebsnahe Tarifpolitik*”, una politica contrattuale-collettiva che si avvicina sempre più alla singola impresa; FAIOLI, 2012, 506 s. parla di un sistema istituzionale forte ma plastico, che dunque favorisce una decentralizzazione controllata e una flessibilità concordata come segnali di forza e non di debolezza.

²⁰⁷ BORZAGA, 2006, 562; 578, ove nota che la decentralizzazione non rappresenta più una risposta d'emergenza a momenti di difficoltà e necessità, bensì una strategia organizzata di adattamento delle regole alla situazione delle singole imprese; TREU, 2011a, 330; KEUNE, 2011, 340 s. riporta che la Germania è il Paese europeo in cui più massiccio è il ricorso a clausole di apertura e di uscita dal contratto collettivo, tanto che anche le associazioni di categoria dei datori di lavoro ritengono allo stato attuale di fatto inutile un intervento legislativo che riformi esplicitamente il sistema delle deroghe al contratto collettivo.

Mitbestimmung in capo al *Betriebsrat* costituito presso l'agenzia, dal quale, nonostante la datorialità sostanziale di un terzo, il lavoratore resta comunque tutelato²⁰⁸.

Il sistema tedesco della flessibilità contrattata presenta ovviamente anche dei nodi irrisolti: il proliferare delle *betriebliche Bündnisse für Arbeit* ha reso chiaro che difficilmente il sindacato riesce a mantenere un controllo totale sulle forme di decentralizzazione e deregolamentazione non autorizzate. Così, le misure di flessibilità che impongono sacrifici ai lavoratori, promettendo il vantaggio della conservazione del posto di lavoro, si rivelano un'arma a doppio taglio: se a garantire della loro equità non è più il sindacato (o un *Betriebsrat* nell'esercizio legittimo delle proprie prerogative), ma un altro tipo di soggetto non dotato della medesima autorità, i lavoratori possono facilmente essere vittime di ricatti che impongano loro l'accettazione di condizioni di lavoro deteriori ed inesigibili.

Resta innegabile, nell'imposizione di sacrifici e svantaggi ai lavoratori, la funzione profondamente "satisfattoria" del coinvolgimento dei soggetti che tradizionalmente rappresentano e tutelano i lavoratori: questi ultimi, infatti, saranno molto più propensi ad accettare le regole, per quanto pesanti, che sanno poste dagli organismi in cui ripongono la loro fiducia, proprio perché le considereranno frutto di un bilanciamento avvenuto *ex ante* tra gli interessi dell'impresa e quelli dei dipendenti, tra le istanze della flessibilità e quelle della sicurezza²⁰⁹. Al sindacato e al *Betriebsrat*, dunque, non resta che confermare con azioni positive la propria legittimazione agli occhi dei lavoratori, in modo da garantire un adattamento del lavoro stesso alle esigenze dell'impresa e della flessibilità da essa richiesta senza per questo trascurare la protezione e la sicurezza dei lavoratori, soprattutto sul lungo periodo.

²⁰⁸ BEPLER, 2006, 54 s.; peraltro, la riforma del *Betriebsverfassungsgesetz* del 2001 ha riconosciuto ai lavoratori interinali che permangano per almeno tre mesi presso il medesimo utilizzatore di partecipare alle elezioni del *Betriebsrat* dell'impresa di quest'ultimo, cfr. WEISS, 2002, 647; HEILMANN-RUDOLF, 2001, 212 s. ritengono però del tutto insoddisfacente questa modifica, dato che la riforma avrebbe dovuto creare un *Betriebsrat* realmente rappresentativo di tutti coloro che, a vario titolo, prestano la propria attività all'interno di un'impresa sempre più varia e articolata.

²⁰⁹ Cfr. DÄUBLER, 1999, 446 s.; STOLLE, 2010, 217 ss., sostiene che le parti collettive debbano promuovere una decentralizzazione controllata rendendosene esse stesse protagoniste, favorendo la sindacalizzazione nei luoghi di lavoro e la fiducia dei dipendenti nelle strutture collettive a loro più vicine.

CAPITOLO IV - LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA IN ITALIA ALLA PROVA DELLA FLESSIBILITA' DEL LAVORO

Sommario: 1. Ordinamento sindacale e autonomia della contrattazione collettiva in Italia. 2. La contrattazione collettiva a livello decentrato. 2.1. I rapporti tra i diversi livelli di contrattazione collettiva: *an*, *quantum* e *quomodo* della derogabilità. 2.2. L'efficacia soggettiva del contratto collettivo di livello decentrato. 3. Le fonti autonome sulla produzione del diritto collettivo e le trasformazioni dell'ordinamento sindacale. 3.1. L'Accordo tra Governo e Parti Sociali del 1993. 3.2. L'Accordo Interconfederale del 2009. 3.3. L'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011. 4. L'inedita fonte sulla produzione di matrice eteronoma: l'art. 8 l. 148/2011. 4.1. Possibilità di deroga ed efficacia soggettiva del contratto aziendale. 4.2. Volontà collettiva, volontà individuale e volontà della legge nelle riforme della flessibilità. 4.3. I confini soggettivi e oggettivi delle intese di cui all'art. 8. 4.4. Possibili profili di incostituzionalità della norma. 4.5. Un apparentemente insanabile contrasto tra il sistema legale e quello sindacale: quale governo per la flessibilità? 5. Vocazioni e prospettive della contrattazione collettiva di fronte alla flessibilità negoziata.

Nel precedente capitolo, si è dato conto di un sistema di normazione collettiva del rapporto di lavoro e dell'organizzazione capace di assicurare forme di flessibilità vantaggiose per la produttività e la competitività, tutelando al contempo la sicurezza del lavoratore, che, pur necessariamente disposto ad alcuni sacrifici, può contare sulla dimensione "interna" della flessibilità, che non lo costringerà ad abbandonare la relazione con l'impresa di riferimento.

Senza nessuna pretesa di comparazione *stricto sensu*¹, né tantomeno di completezza su un tema così vasto, sfaccettato e complesso, pare interessante indagare il sistema italiano di gestione collettiva dei rapporti di lavoro alla luce della sua possibile idoneità a perseguire la realizzazione di forme di flessibilità contrattata del tipo di quelle viste nell'ordinamento tedesco.

1. Ordinamento sindacale e autonomia della contrattazione collettiva in Italia

Come in tutte le realtà caratterizzate dalla libera organizzazione dei lavoratori, l'ordinamento intersindacale nasce in forma di sistema complesso di regole di formazione collettiva volte a sostituirsi a quelle di origine individuale. Come dice il termine stesso, nasce per essere un

¹ Doveroso ricordare, prima di tutto a chi scrive, gli "ammonimenti" di KAHN-FREUND, 1975, 786 ss. circa le "insidie" del diritto comparato.

ordinamento nel senso proprio del termine, un'organizzazione continuativa nel tempo, la quale si dota di strutture per produrre stabilmente le norme di cui avrà bisogno per autodisciplinarsi, esprimendo un bisogno di certezza e soprattutto di continuità peculiare all'interno del panorama dei rapporti tra privati².

L'aspirazione a normare i rapporti di lavoro con continuità e certezza deriva ovviamente dalla comunione di scopo tra tutti i soggetti fautori dell'ordinamento stesso³, che assumono un ruolo ben preciso, collegato alla dimensione cosiddetta del garantismo collettivo, basato sulla continua sorveglianza delle condizioni di lavoro, intesa pure come procedimentalizzazione controllata dei poteri dell'imprenditore, da parte di corpi rappresentativi degli interessi complessivi e non meramente cumulativi dei lavoratori⁴. Tipico obiettivo dal carattere collettivo e non sommatorio, perché necessariamente legato ai lavoratori intesi come gruppo portatore di interessi condivisi, è quello della realizzazione del diritto al lavoro, per cui non stupisce affatto che il sindacato si sia ben presto ritagliato un ruolo di primaria importanza all'interno del perseguimento di politiche occupazionali di successo⁵.

Conciliare il perseguimento di fini occupazionali, necessariamente attuabili solo nell'ampia dimensione del mercato del lavoro, con la funzione garantistica dei diritti del lavoratore inteso anche *uti singulus* non è compito sempre agevole per il sindacato e la sua azione contrattuale: basti pensare ai contratti flessibili, laddove il fine di sostegno ad una maggiore occupazione ha portato ad una riduzione, da parte del legislatore, dell'area del garantismo collettivo, ponendo poteri prima sconosciuti nelle mani del singolo lavoratore, con lo scopo di evitare le rigidità della gestione sindacale di determinati istituti⁶.

In realtà, una delle ragioni che hanno favorito l'utilizzo del contratto collettivo come fonte privilegiata per normare i rapporti di lavoro, preferita anche alla stessa legge, è stata tradizionalmente la sua fluidità, il "suo carattere elastico, [dal]la sua vigenza circoscritta a brevi termini di durata, [dal]la possibilità di sostituire senza inciampi formali clausole che non abbiano

² Cfr. GIUGNI, 1960a, 107 ss., il quale evidenzia il carattere della continuità dell'azione sindacale in generale, e contrattuale in particolare, come primario elemento di distinzione rispetto agli ordinari rapporti contrattuali tra privati, caratterizzati, anche laddove si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica, dall'assenza della volontà di normare stabilmente il rapporto al punto di produrre inizialmente un sistema di fonti dedicato al rapporto stesso.

³ GIUGNI, 1960a, 111

⁴ ZOLI, 2004, 386

⁵ Cfr. D. GAROFALO, 2004, n.93 s.

⁶ Cfr. ZOLI, 2004, 388 ss., ove l'Autore ricorre ad esempi ben precisi: le clausole elastiche e flessibili nel contratto di lavoro a tempo parziale, poste dal legislatore del 2003 nella disponibilità del singolo lavoratore a prescindere dalla conclusione di un contratto collettivo e IVI, 396, anche il caso della somministrazione di lavoro.

dato buona prova o di variare ambito di applicazione, diritti-doveri ed oneri economici, in rapporto al graduale mutamento delle condizioni tecnico-economiche della produzione”⁷.

Una fluidità tale da creare addirittura una fonte come il contratto collettivo, esistente nella realtà, frequente e diffusa a livello sociale, tanto che nessuno potrebbe dubitare della sua importanza, ma che ancora suscita interrogativi e perplessità quanto alla sua classificazione giuridica⁸. A questo status di relativa incertezza ha sicuramente contribuito il fatto che, in Italia, le “regole del gioco” dei rapporti sindacali e dell’azione collettiva giacciono pressoché interamente al di fuori dell’area disciplinata dalla legge, proprio per questo ponendosi come un ordinamento a sé stante, che volontariamente rifugge la legittimazione proveniente dalla norma dello stato⁹ e prende il nome, appunto, di ordinamento intersindacale.

In Italia, infatti, la bassa giuridificazione dei rapporti di lavoro collettivi, contrapposta all’alta giuridificazione di quelli individuali¹⁰, si è intrecciata con la creazione, all’opposto, di un *corpus* di norme collettive estremamente rigido, tanto da rendere possibile la loro integrale trasformazione in legge¹¹. Le regole “procedurali” e sulla creazione normativa che costituiscono l’ordinamento intersindacale riguardano soprattutto il sistema delle fonti di produzione delle regole di origine collettiva: il sistema, molto rigido e controllato negli anni ’60, perde in parte la propria stabilità negli anni ’70 per poi recuperarla nel decennio successivo, anche grazie alle esperienze di patti concertati con il Governo¹².

Il sistema di fonti interno all’ordinamento intersindacale regola la produzione di quelle norme collettive che tradizionalmente disciplinano le condizioni di lavoro: da un punto di vista storico, i lavoratori si organizzano per contrattare condizioni uniformi che parifichino tutti i dipendenti per evitare competizioni al ribasso tra soggetti troppo deboli se abbandonati alle regole dell’autonomia privata¹³. Progressivamente, sempre sotto il segno di una contrattazione uniforme grazie alla forza del soggetto collettivo, gli oggetti della contrattazione cessano di limitarsi alla sola determinazione di omogenei trattamenti economico-normativi e si espandono fino a coprire l’intero complesso delle

⁷ GIUGNI, 1961 (1989), 121

⁸ GIUGNI, 1968 (1989), 182

⁹ GIUGNI, 1986, 325; per una ricostruzione completa della teoria della pluralità degli ordinamenti come fondamento del sistema sindacale e dell’autonomia collettiva cfr. GIUGNI, 1960a, in particolare 50 ss.

¹⁰ GIUGNI, 1986, 328

¹¹ GIUGNI, 1961 (1989), 123, ove esplicito è il riferimento alla legge 741/1959, c.d. Legge Vigorelli, con la quale il Parlamento delegò il Governo ad emanare una serie di decreti di recezione del contenuto di contratti collettivi nazionali, dotando così il dettato di quest’ultimi di efficacia *erga omnes*.

¹² GIUGNI, 1986, 325, con esplicito riferimento alle norme di competenza e di rinvio che, poste negli anni ’60, vennero rifiutate nel decennio successivo come un’indebita forma di autolimitazione a fronte della crescita della partecipazione sindacale.

¹³ Cfr. BAVARO, 2012, 97 ss., ove si ricostruisce brevemente non solo l’evoluzione del contratto collettivo, ma anche della dottrina e delle teorie sulla contrattazione autonoma del sindacato.

materie afferenti il rapporto di lavoro e l'organizzazione delle imprese, nonché quelle legate al godimento di diritti non monetizzabili da parte dei lavoratori, come la salute e la sicurezza, i diritti sindacali e la promozione dell'occupazione¹⁴. Se forme di contrattazione collettiva a livello di azienda o di distretto erano nate quasi spontaneamente con lo scopo di evitare la concorrenza al ribasso tra i dipendenti della medesima realtà produttiva, per raggiungere i tanti e importanti obiettivi appena menzionati pareva opportuno garantire che le condizioni di lavoro e il livello di tutela dei diritti accomunassero tutti i lavoratori prescindendo dalla localizzazione sul territorio nazionale, mantenendo tra di essi il vincolo solidaristico dell'appartenenza alla medesima categoria professionale e dunque evitando che al ribasso competessero le imprese stesse, mediante organizzazioni del lavoro che, pur non differenziando i soggetti al proprio interno, li penalizzassero nei confronti dei colleghi all'esterno¹⁵. Così, nel Dopoguerra post-fascista, ancora impregnato di alcuni aspetti di cultura corporativa, la vera contrattazione collettiva italiana è quella che si svolge a livello nazionale di categoria; già però all'inizio degli anni '50 il sistema viene progressivamente messo in crisi dalle pressanti richieste di una moltiplicazione, funzionale e geografica, delle fonti di produzione di norme collettive: ha inizio così la c.d. contrattazione articolata, nel creare la quale l'ordinamento intersindacale dimostra ancora una volta la propria attitudine ad organizzare i centri di creazione normativa sulla base di regole proprie che trovano costante applicazione per il futuro¹⁶. Si crea così in Italia quel modello di strutture contrattuali "in cui le politiche economiche e sociali sono definite a livello centrale, basandosi sul coordinamento delle misure attuative, la cui realizzazione è affidata ad un decentramento, tendenzialmente organizzato, di poteri e di responsabilità"¹⁷. In realtà diverse sentenze, più che affermare un criterio di prevalenza gerarchica delle fonti centrali su quelle periferiche ritengono che, sulla base del riconoscimento di un ordinamento intersindacale che si dota autonomamente delle proprie regole, l'unico criterio legittimo per risolvere eventuali conflitti o casi di concorrenza tra norme collettive sia l'indagine dell'effettiva volontà delle parti, tramite la ricostruzione delle clausole che disciplinano i rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, contenute nei contratti stessi. Tuttavia, la ricerca dell'effettiva volontà delle parti ha spinto dottrina e giurisprudenza a sostenere, in modo peraltro del

¹⁴ SCOGNAMIGLIO, 2011, 506, ove proprio sull'espandersi di queste materie viene visto l'intreccio che sostiene la complessità e la pervasività dell'ordinamento intersindacale, per sua stessa vocazione destinato a normare autonomamente l'intero spettro delle situazioni legate al lavoro e ai lavoratori.

¹⁵ Cfr. BAVARO, 2012, 98

¹⁶ Cfr. GIUGNI, 1971, 12 s.; IVI, 15 s., si evidenzia come la contrattazione di livello decentrato nasca con funzioni di tipo migliorativo/acquisitivo, oltre che di specializzazione: proprio per questo le associazioni datoriali, nel momento in cui collaborarono allo sviluppo della contrattazione articolata, richiesero la garanzia del mantenimento di un livello centrale/nazionale come limite e controllo alla contrattazione integrativa.

¹⁷ D. GAROFALO, 2004, n. 102

tutto condivisibile, l'impossibilità di concepire un ordinamento tanto incoerente da tollerare che le regole poste a livello centrale vengano negate e sovvertite a livello periferico, perché altrimenti la struttura stessa dell'autonoma organizzazione del sistema perderebbe di ogni significato¹⁸. Gradualmente, tuttavia, questa constatazione, corretta in linea di principio, ha spinto studiosi e giudici a presumere e sostenere l'esistenza, come regola generale, di una struttura gerarchica su base territoriale delle fonti sindacali, per cui l'accordo di livello centrale dovrebbe in ogni caso prevalere su quello decentrato¹⁹.

La dogmatizzazione di questa teoria ha suscitato fin dal principio non poche critiche, in quanto proprio l'irriducibilità dell'ordinamento sindacale a quello statale, la sua attitudine a creare regole proprie e a non cercare il proprio fondamento altrove rende poco giustificabile la piana estensione della disciplina che regola il sistema delle fonti statuali alle fonti sindacali e contrattual-collettive, essendo i due ambiti tanto separati quanto volutamente diversi nei propri fondamenti e nei propri fini, anche perché il primo risulta necessariamente orientato ad una logica autoritativa che dovrebbe essere invece rifiutata dal secondo²⁰. Un "momento di autorità peraltro indispensabile" nell'ordinamento intersindacale è però quello che riguarda l'inderogabilità della norma collettiva: la funzione di tutela dei diritti dei lavoratori e di lotta contro la concorrenza al ribasso di pattuizioni individuali non può che passare dal meccanismo dell'inderogabilità, che difatti è una delle prime caratteristiche dei contratti collettivi, i quali altrimenti avrebbero perso in principio ogni ragion d'essere²¹. Il tratto dell'inderogabilità, che fonda fin dal suo inizio l'intero sistema di contrattazione sindacale in materia di lavoro, senza alcun dubbio riguarda il rapporto tra norma collettiva e individuale, mentre più complesso appare, come dottrina e giurisprudenza maggioritaria hanno in vari modi riconosciuto e giustificato, fondare l'inderogabilità delle norme di un contratto collettivo rispetto ad altre fonti pur collettive, ugualmente legittimate all'interno dell'ordinamento intersindacale.

¹⁸ Cfr. ZOLI, 2008, 1883 s. e giurisprudenza ivi citata, in particolare Cass. 5 marzo 1986, n. 1445, in *Giust. Civ. Mass.*, 3, 1986; tuttavia, come si dirà anche *infra*, non è possibile riconoscere la sanzione civilistica della nullità per le clausole di un contratto di livello "inferiore" contrarie al dettato del livello "superiore".

¹⁹ SCOGNAMIGLIO, 2011, 507, in cui si afferma che dunque l'accordo interconfederale prevarrebbe su quello nazionale, che a sua volta avrebbe precedenza su quello aziendale (o territoriale).

²⁰ Cfr. FLAMMIA, 1971, 151, ove si aggiunge che all'ordinamento sindacale non possono essere estese le norme che regolano le fonti del diritto statale in virtù del solo carattere della generalità ed astrattezza che, quasi sempre, accomunerebbe i due ordini di norme; piuttosto, bisognerebbe ispirare l'interpretazione del sistema di produzione normativa all'osservazione del comportamento dei soggetti, così come accade nei contratti di diritto privato, istituto a cui il contratto collettivo resterebbe, malgrado tutto, strettamente legato. Già GIUGNI, 1960a, 106, affermava che l'ordinamento sindacale, nonostante le affinità con quello statale, dovesse essere analizzato tenendo conto delle sue sole componenti originarie.

²¹ GRAGNOLI, 2005, 96 s.; GIUGNI, 1968, 175 s.

2. La contrattazione collettiva a livello decentrato

Tra i luoghi che l'ordinamento intersindacale ha da sempre legittimato alla produzione di norme vi è pure la realtà aziendale. La singola impresa, o unità produttiva di impresa, è la prima sede, all'interno del sistema di contrattazione articolata, cui viene conferito il potere/onere di darsi regole proprie, le quali vengono contrattualizzate con l'intervento di una fonte specifica e peculiare, il contratto aziendale²².

La prima contrattualizzazione compiuta a livello d'impresa è quella del regolamento aziendale: ciò che prima veniva deciso unilateralmente dal datore di lavoro acquista infatti il carattere della bilateralità, e le norme cui devono sottostare i lavoratori appartenenti ad una specifica realtà produttiva giungono loro già a priori concordate, pesate da una voce di rappresentanza collettiva posta a garanzia della tutela dei diritti dei dipendenti²³. Proprio per questo, sulla base di risalente quanto autorevole opinione, il fondamento della contrattazione aziendale può essere trovato direttamente nella Costituzione, come strumento che permette la reale attuazione dell'art. 41 in armonia con l'art. 3, comma 2, Cost.. La libertà dell'iniziativa economica privata, espressa nel legittimo potere del datore di lavoro che organizza la propria impresa, incontra i limiti del rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana, nonché della non contrarietà all'utilità sociale; la contrattualizzazione dell'organizzazione aziendale, lungi dal negare la libertà dell'imprenditore, è invece una garanzia dell'esercizio di questa in coerenza e armonia coi limiti posti dalla Costituzione stessa, non ultima l'aspirazione a parificare o differenziare le situazioni sulla base del principio dell'uguaglianza sostanziale²⁴.

Proprio di uguaglianza sostanziale, infatti, e non meramente formale, pare necessitare il sistema industriale in evoluzione: l'emergere di nuovi metodi produttivi e di nuove professionalità (di cui ampiamente si è detto *supra*, Cap. II) pone problemi di differenziazione, di valorizzazione tanto delle singole imprese quanto dei singoli lavoratori, che superano le tradizionali, e quasi opposte, istanze di uguaglianza e parificazione²⁵. I cambiamenti tecnologici e le esigenze di flessibilità fanno sorgere l'esigenza di una nuova tecnica normativa-regolativa, dato che la realtà concreta pare mal sopportare le rigidità di una legge inderogabile che tende, com'è ovvio che sia, a normare in via generale ed astratta una miriade di situazioni concrete e specifiche, molte delle quali nuove e in

²² FLAMMIA, 1971, 148 s.

²³ Cfr. BAVARO, 2012, 99

²⁴ Cfr. FLAMMIA, 1971, 155

²⁵ GRAGNOLI, 2005, 106

ogni caso in continuo sviluppo²⁶; d'altra parte, il dinamismo e l'elasticità del sistema di normazione collettiva pareva messo in pericolo da un eccessivo appiattimento sul livello nazionale di contrattazione, caratterizzato da meccanismi di *path dependency* e da una sempre maggior rigidità "para-legislativa" nel suo funzionamento²⁷.

All'interno di un sistema di normazione collettiva che si vorrebbe più elastico di quello di provenienza legislativa, si cerca dunque la flessibilità offerta dal contratto aziendale, che molto spesso, almeno fino alla metà degli anni '70, costituisce una sede "sperimentale" di soluzioni che, dapprima applicate nel particolare, se dimostrano buoni risultati vengono recepite a livello nazionale; si consolida così quel "rapporto di integrazione funzionale" tra contratto nazionale ed aziendale, laddove il primo, che pone principi e limiti in via generale, è suppletivo del secondo, mentre il secondo, che specifica singoli aspetti in relazione alla realtà decentrata, è integrativo del primo²⁸.

Il contratto aziendale appare come il contratto "dell'azienda" nel vero senso della parola: come si diceva *supra* circa la bilateralità nella determinazione del regolamento aziendale, il contratto è l'accordo dell'impresa, dell'organizzazione e, come dire mediamente, dei lavoratori e del rapporto di lavoro²⁹. Proprio per la sua naturale attitudine a disciplinare il lavoro nell'impresa, coprendo tutti gli spazi in cui altrimenti la volontà del datore di lavoro si eserciterebbe libera e illimitata, la sua area di competenza insiste tradizionalmente sugli aspetti più delicati dell'organizzazione del lavoro, vale a dire l'orario (inteso in senso amplissimo, con tutte le sue forme di flessibilità e distribuzione) e la retribuzione.

Completamente diverso dalla competenza è il concetto di regolazione, che fa, invece, riferimento al "come" e non al "cosa" il contratto aziendale possa regolare: in altre parole, anche nel momento in cui l'ordinamento intersindacale attribuisca al contratto aziendale la facoltà di intervenire su una materia, può ulteriormente stabilire che quella materia sia normata con autonomia di variabile intensità, e questo in relazione alla regola che in quella materia pone il contratto nazionale. Il potere

²⁶ GIUGNI, 1986, 332 s., che riporta gli esempi dell'orario di lavoro, delle mansioni e dell'inquadramento, della disciplina dei licenziamenti, e afferma che, più che di nuove norme, ci sia bisogno di nuovi metodi di normazione, che si concentrino su regole procedurali più che sulla pretesa di norme sostanziali omnicomprensive.

²⁷ Cfr. GIUGNI, 1961, 122, che evidenzia un'affinità di funzione, anche se non di forma, tra gli istituti di origine legislativa e contrattuale.

²⁸ BAVARO, 2012, 100 s., evidenzia il ruolo "trainante" svolto dalle grandi industrie manifatturiere che, riconoscendo diritti ai propri dipendenti, dotavano i sindacati della forza necessaria per sostenere quelle medesime soluzioni anche a livello nazionale.

²⁹ BAVARO, 2012, 157; IVI, 101 s., si nota che il contratto aziendale può sì avere funzioni in materia di occupazione e mercato del lavoro, ma solo all'interno della singola impresa, oppure in quanto inserito in un sistema di gestione contrattata del mercato del lavoro definitivo a livello di contrattazione nazionale. D'altra parte il contratto aziendale, pur eliminando i pericoli di *dumping* tra lavoratori della medesima impresa, non può intervenire sulla concorrenza al ribasso praticata tra imprese.

di regolazione riconosciuto al contratto aziendale può prevedere solamente l'integrazione del contratto nazionale, nel senso che l'accordo decentrato potrà soltanto intervenire laddove l'altra fonte taccia; altrimenti, potrà sussistere un vero e proprio potere di modifica, per cui il contratto aziendale potrà sostituire le clausole del nazionale che disciplinano la medesima materia; inoltre, anche il potere di modifica potrà essere variamente graduato nella sua estensione, in quanto cosa ben diversa è autorizzare modifiche soltanto *in melius*, equivalenti (dunque semplicemente sostitutive, senza che si possa dare un giudizio di valore sulla nuova disciplina rispetto alla vecchia in termini di vantaggi per i lavoratori) o anche *in pejus*³⁰.

Com'è ovvio immaginare, proprio l'esistenza di questa possibilità, per i contratti collettivi aziendali, di modificare *in pejus* la disciplina dettata a livello centrale, ha posto fin dall'origine alle strette la ricostruzione in senso gerarchico ed autoritario dell'ordinamento intersindacale. Come già accennato *supra*, nonostante la continua tentazione di costruire un ordinamento intersindacale dotato di una rigida gerarchia delle fonti sul modello di quello statale, l'opinione consolidata in dottrina e giurisprudenza afferma che l'efficacia di un contratto collettivo si determina sulla base dell'indagine dell'effettiva volontà delle parti sindacali stesse che, nel porre le proprie regole ne determinano anche l'ambito di validità oggettivo e soggettivo³¹. Così, in linea di principio, tutti i contratti collettivi dovrebbero essere posti sullo stesso livello e a decidere in caso di conflitto o concorrenza tra le norme in essi contenuti dovrebbero essere i criteri che meglio interpretano la volontà autonoma delle parti contraenti: quello cronologico, per cui i soggetti ben possono decidere di superare una norma precedente con una statuizione successiva, e quello di specialità, in base al quale una sede regolativa più vicina al luogo di applicazione detta le regole di cui tenere conto in concreto³².

L'ordinamento intersindacale costituisce insieme conferma ed eccezione rispetto a questo consolidato orientamento interpretativo, in quanto, all'interno di un unitario sistema di contrattazione e di relazioni industriali, è possibile istituire regole di raccordo tra i vari livelli. Queste regole esprimono senza dubbio la volontà delle parti, poiché il rinvio, la delega, l'autorizzazione alla deroga da parte di un contratto di livello superiore a quello di livello decentrato

³⁰ Cfr. BAVARO, 2012, 114 ss., ove si specifica che le modifiche equivalenti hanno il più delle volte carattere innovativo, nel senso che il giudizio di comparazione in termini di miglioramento/peggioramento delle condizioni contrattuali del lavoratore non può essere compiuto perché viene dettata sulla materia una disciplina del tutto nuova e diversa.

³¹ ZOLI, 2011, 42 e giurisprudenza ivi citata.

³² TURSI, 2006, 304 s., ove però, in modo quasi "profetico" si afferma che probabilmente tali regole non sarebbero di così certa applicazione in caso di concorrenza tra contratti conclusi da soggetti sindacali diversi e in disaccordo tra di loro (quello che, ad oggi, è il problema dei c.d. "accordi separati"); R. PESSI, 2011a, 30; ZOLI, 2008, 1883 s.

costituiscono contemporaneamente la libera determinazione dei soggetti che pongono il sistema e il riconoscimento dell'esistenza di una disciplina che normi i rapporti tra diversi contratti a prescindere dai criteri cronologico e di specialità³³. L'ordinamento intersindacale, come detto *supra*, sul presupposto dell'unità e dell'accordo tra i propri membri, pone regole per il proprio funzionamento e istituisce un sistema di fonti tra loro coordinate, in base al quale la volontà delle parti viene senza dubbio e legittimamente espressa laddove un contratto collettivo nazionale rinvii esplicitamente ad altre fonti decentrate la specificazione, o l'intera determinazione, di particolari aspetti o materie³⁴; spinosa è però la questione circa l'aspetto "sanzionatorio" dell'efficacia di questo ordinamento, nel momento in cui un contratto collettivo esprima delle regole che travalicano la competenza o il potere di regolazione riconosciuto dal livello superiore. In questo caso, nessuno strumento in possesso dell'ordinamento intersindacale può postulare un'efficacia reale della clausole del contratto nazionale su quelle, difformi, del decentrato: non è infatti in alcun modo possibile la sanzione civilistica della nullità con sostituzione automatica delle clausole difformi con quelle violate, poiché gli accordi interconfederali che fondano e costruiscono l'ordinamento sono atti pur sempre di indirizzo e programmazione, ma non normativi³⁵.

Tuttavia, "non si deve neanche pensare che il sistema contrattuale sia del tutto privo di forza nel conservare la propria struttura", poiché chi fa parte dell'ordinamento intersindacale è tenuto a rispettarne le regole: così, la sanzione per la violazione delle norme di competenza e di regolazione rilevano, anche se non sul piano delle sanzioni civilistiche, su quello delle relazioni sindacali. Non è possibile, per un soggetto, essere "a metà", deve scegliere se stare dentro l'ordinamento intersindacale, rispettandone dunque tutte le regole, oppure uscirne, in caso di violazione delle norme di raccordo tra i vari livelli, assumendosi le conseguenze di questa esclusione e la responsabilità di fronte alle strutture costituite³⁶.

³³ Cfr. BAVARO, 2012, 113, ove peraltro si specifica che i termini "rinvio", "delega" ed "autorizzazione", usati spesso in modo equivalente per indicare le forme di raccordo tra i vari livelli contrattuali, spesso sono indice di un diverso atteggiamento "politico" nel sistema di relazioni industriali; così anche TREU, 2011b, 618, sostiene che, nell'accordo del 28 giugno 2011, l'utilizzo del termine "delega" sia voluto, per evidenziare una stretta dipendenza del livello aziendale da quello nazionale, al di là del semplice "rinvio".

³⁴ R. PESSI, 2011a, 31

³⁵ ZOLI, 2008, 1884 e giurisprudenza ivi citata; TREU, 2011b, 618, con esplicito riferimento al Protocollo del 1993, su cui *infra*. TURSI, 2006, 302 s. afferma che il sistema intersindacale contrattazione collettiva non ha alcun potere di far perdere validità ad accordi difformi, tanto che si consolida l'opinione (esplicitata in alcuni contratti collettivi) per cui il contratto aziendale può sempre derogare il nazionale *in melius*, anche prevedendo aumenti slegati dagli indici rendimento e produttività previsti dall'Accordo del 1993, senza che questo violi il Protocollo stesso poiché il contenuto è posto a *favor* del lavoratore.

³⁶ BAVARO, 2012, 166; ZOLI, 2008, 1884; R. PESSI, 2011, 30

2.1. I rapporti tra i diversi livelli di contrattazione collettiva: an, quantum e quomodo della derogabilità

Il tema della derogabilità, e delle effettive deroghe, di clausole del contratto decentrato rispetto alla disciplina di livello nazionale è da sempre stato di difficile soluzione: nonostante quanto appena detto, infatti, gli accordi aziendali in deroga sono sempre stati visti come l'eccezione rispetto alla regola, come una deviazione dalla normalità al fine specifico (e temporaneo) di gestire una situazione difficile legata alla crisi dell'impresa³⁷.

Molto spesso, la possibilità, sempre circoscritta nell'estensione e nel fine, di deroga, trovava il proprio fondamento nella legge stessa, poiché, come noto, deroghe contrattuali alle leggi imperative sono possibili solo se dalla legge stessa espressamente autorizzate³⁸: nel momento però in cui la legge sancisce la propria derogabilità ad opera di norme collettive, è libera di rinviare alla contrattazione collettiva in generale, oppure di selezionare il livello di contrattazione cui la deroga viene esplicitamente consentita. Anche se, in caso di delega legislativa indifferenziata alla contrattazione collettiva, dovrebbero avere pieno vigore le regole dell'ordinamento intersindacale, laddove la contrattazione decentrata potrebbe intervenire solo su rinvio di quella nazionale³⁹, secondo parte della dottrina i rimandi generici della legge alla contrattazione collettiva senza ulteriore specificazione del livello autorizzato, molto frequenti a partire dagli anni 2000, hanno creato delle spinte centrifughe e destrutturanti all'interno dell'ordinamento intersindacale, mettendo in crisi le strutture consacrate nel Protocollo del 1993⁴⁰.

In generale, il fondamento della deroga viene rintracciato nella specializzazione organizzativa, nel senso che il contratto collettivo (in particolare aziendale) viene visto come la fonte più vicina all'organizzazione del lavoro: la specializzazione è maggiore nel contratto collettivo che non nella legge, e nel livello aziendale più che nel nazionale, per questo le deroghe reciproche tra queste fonti vengono giustificate sulla base di una declinazione particolare del principio di sussidiarietà, che non necessariamente postula una concatenazione tra tutti e tre i livelli, ben potendo, come detto, la legge

³⁷ BAVARO, 2012, 118

³⁸ In questo preciso ambito, il concetto è ribadito da ZOLI, 2011, 41. Doveroso, per un quadro teorico e generale, il rinvio alla fondamentale opera di DE LUCA TAMAJO, 1976.

³⁹ BAVARO, 2012, 117 s.

⁴⁰ ZOLI, 2008, 1878 parla di una "strisciante destrutturazione" ad opera del susseguirsi di norme di legge apparentemente incuranti dell'esistenza di un ordinamento "para-gerarchico" per il raccordo tra i vari livelli contrattuali; ID., 2011, 43 menziona esplicitamente il d. lgs. 276/2003 come esempio fondamentale di questa tendenza del legislatore.

rinvia direttamente al contratto aziendale senza necessità di autorizzazione da parte del nazionale⁴¹.

La specializzazione organizzativa del contratto aziendale viene vista come positivo elemento di competitività dell'impresa già a partire dagli anni '60, laddove la contrattazione nazionale di categoria inizia ad essere considerata un apparato eccessivamente rigido, volutamente lento nel rinnovarsi, ingiustamente appiattito sulla determinazione di trattamenti "normali" e non semplicemente "minimi", tanto da diventare un complesso di norme recepibili dalla legge⁴².

L'ordinamento intersindacale ha iniziato così a dotarsi di un apparato di norme, più o meno elastiche, di raccordo tra i vari livelli contrattuali, proprio attraverso la gestione delle clausole di deroga: innanzitutto, come detto, le deroghe del contratto aziendale alla disciplina nazionale si esprimono come rinvii del secondo al primo, che possono ben essere definiti vere e proprie deleghe della fonte centrale a quella decentrata. Le deleghe/deroghe impongono limiti ben precisi, dal punto di vista sostanziale e procedurale: limiti sostanziali possono essere sia qualitativi, ovvero in quali materie è possibile derogare, sia quantitativi, esprimendo l'intensità riconosciuta alla deroga; limiti procedurali sono quelli che impongono determinate procedure di formazione degli accordi affinché le deroghe siano valide.

Per quanto riguarda l'*an* della deroga, è possibile circoscriverlo individuando alternativamente le materie derogabili o, viceversa, quelle inderogabili, lasciando poi una competenza generale e residuale. Nonostante i tentativi della dottrina in tal senso, pare doversi negare l'esistenza di clausole di inderogabilità estranee all'ordinamento intersindacale stesso e ulteriori rispetto a quelle poste nei contratti collettivi deleganti: legare l'inderogabilità alle materie disciplinate dalla legge significherebbe escludere a priori molte materie ugualmente importanti, normate solo dal contratto nazionale ma ugualmente inderogabili; d'altra parte, nemmeno la disciplina costituzionale è assoluta garanzia di inderogabilità *ex se*, dato che la retribuzione e la salute e sicurezza sul luogo di lavoro, materie nominate dalla Carta Fondamentale, possono essere senza dubbio oggetto di disciplina, anche derogatoria, da parte del contratto aziendale. Per quanto attiene al *quantum* della deroga, ciò che *supra* è stato chiamato potere di regolazione, tendenzialmente non esistono limiti di intensità, nel senso che, una volta che il livello nazionale ha rinvio al decentrato individuando la materia, a meno che non siano esplicitati dei confini di inderogabilità, anche l'intera disciplina della fonte delegante potrebbe essere cancellata e sostituita da quella delegata, unico limite minimo

⁴¹ BAVARO, 2012, 129 elenca alcuni esempi di leggi che, sulla base del criterio della specializzazione organizzativa, rinviano alla contrattazione collettiva in generale oppure specificamente a quella aziendale.

⁴² GIUGNI, 1960b (1989), 113 s., ove si critica la scarsa diffusione della contrattazione decentrata, il cui incremento viene invece definito come mero "*wishful thinking*".

essendo costituito dai diritti attribuiti in materia dalla legge imperativa.⁴³ Quanto, infine, al *quomodo* della deroga, questa può essere prevista in senso equivalente-sostitutivo, *in melius* (e si parla allora più esattamente di un rinvio improprio che, secondo alcuni, nemmeno necessità di esplicita delega da parte della fonte nazionale), oppure *in pejus*: laddove la fonte delegante (legge o contratto nazionale) non specifichi i limiti della deroga, autorizzando semplicemente la “modifica”, deve ritenersi ammissibile ogni tipo di deroga, anche peggiorativa o potenzialmente peggiorativa⁴⁴.

2.2. L’efficacia soggettiva del contratto collettivo di livello decentrato

Il tema delle deroghe *in pejus* del contratto aziendale pone sotto nuova luce il problema, sempre complesso, circa l’efficacia soggettiva del contratto collettivo: a fronte dell’inattuazione del dettato di cui all’art. 39, comma 4, Cost., e dunque dell’inesistenza di un tipo di contratto *ex lege* dotato di efficacia *erga omnes* (questo assunto parrebbe oggi, almeno in via teorica, contraddetto dall’entrata in vigore dell’art. 8 l. 148/2011, di cui si parlerà ampiamente *infra*), il riferimento teorico principale resta quello del diritto civile e degli accordi tra privati. Senza alcuna pretesa di addentrarci in una materia così dibattuta e complessa, basti ricordare che, ovviamente, in base ad una ricostruzione strettamente contrattual-civilistica, gli accordi collettivi dovrebbero avere efficacia limitata, soltanto nei confronti di coloro che hanno conferito al sindacato stipulante espresso mandato a rappresentare i propri interessi nel corso della negoziazione: dunque, il contratto collettivo vincolerebbe unicamente gli iscritti alle associazioni che l’hanno concluso⁴⁵. Una simile ricostruzione non riesce però a negare la realtà dei fatti, in cui da sempre si osserva come “la dissociazione tra la volontà collettiva sovrana *erga omnes*, e l’efficacia che ad essa garantisce lo Stato, non è assoluta, e che la prima tende in non pochi casi a straripare dai limiti della rappresentanza volontaria. La sovranità originaria di cui si investe l’ordinamento intersindacale costituisce, infatti, presupposto di fatto ad una serie di fenomeni rilevanti nell’ambito dell’ordinamento statale”⁴⁶: in altre parole, il contratto

⁴³ Cfr. BAVARO, 2012, 124 ss.; MENGONI, 1979, 118, parlava di un “criterio storicamente consolidato che regola il rapporto tra legge e autonomia collettiva in materia di relazioni di lavoro, e in base al quale è attribuita alla legge la competenza di stabilire minimi inderogabili di tutela dei lavoratori, mentre alla contrattazione collettiva è lasciata una competenza illimitata di miglioramento dei minimi legali.”

⁴⁴ BAVARO, 2012, 134 ss. specifica che, oltre alle deroghe, esistono anche rinvii di tipo integrativo, laddove la legge o la disciplina nazionale sia incompleta e debba essere resa compiuta dalle statuizioni della fonte delegata (con varia intensità, ad esempio solo specificando elementi di un istituto già previsto, oppure introducendo *ex novo* aspetti non nominati).

⁴⁵ Cfr. GIUGNI, 1968 (1989), 158 ss.; più di recente FERRARO, 2011a, 5 ss.; per il problema dell’efficacia soggettiva dei c.d. “accordi separati” cfr. BOLLANI, 2011, 8 ss.

⁴⁶ GIUGNI, 1960a, 115, che riporta, oltre all’esempio della già nominata legge Vigorelli, il fatto per cui l’art. 36 Cost. è stato fornito di significato proprio dalla contrattazione collettiva, mediante i consolidati rinvii giurisprudenziali e del legislatore ai minimi sindacali per identificare la “retribuzione sufficiente”.

collettivo nasce con una vocazione normativa e generalizzata, con l'obiettivo di regolare il lavoro e parificare i lavoratori facendosi portatore di un interesse complesso, per cui difficilmente questa vocazione potrà essere contenuta all'interno delle norme di stampo volontaristico che regolano i patti dell'autonomia privata⁴⁷.

Forme di efficacia *erga omnes* "di fatto" dei contratti collettivi sono assolutamente diffuse nella pratica e nell'applicazione: così, si considera comunemente che siano vincolati alla disciplina del contratto collettivo non solo i lavoratori iscritti ai sindacati stipulanti, ma anche tutti coloro che non ne rifiutino, anche tacitamente, l'applicazione, con il risultato che i lavoratori che non considerino vantaggioso sottrarsi alla disciplina collettiva ne diventano automaticamente vincolati⁴⁸. D'altra parte, soprattutto, ma non solo, per quanto riguarda il contratto collettivo aziendale, dottrina e giurisprudenza hanno posto fortemente l'accento sulla figura del datore di lavoro, che, personalmente o a mezzo dell'associazione di categoria di cui fa parte, si vincola liberamente al rispetto delle norme contrattate: a questo punto, essendo egli vincolato, è obbligato ad applicare il medesimo trattamento a tutti i dipendenti, stante il divieto di ogni discriminazione basata sulla affiliazione (o non affiliazione) sindacale del lavoratore (il riferimento primario è agli artt. 15 e 16 St. lav.)⁴⁹.

Il meccanismo qui appena esposto pare insieme simile e diverso rispetto alla natura delle *Betriebsnormen* nell'ordinamento sindacale tedesco (cfr. *supra*, Cap. III, § 1.1.1): il presupposto teorico che sta alla base della ricerca di un'efficacia soggettiva *erga omnes* del contratto aziendale all'interno dell'unità produttiva è infatti il medesimo, vale a dire la constatazione per cui, in un'impresa, è irragionevole e irrazionale applicare in modo differente le norme attinenti all'organizzazione del lavoro e alle condizioni di svolgimento della prestazione. Tuttavia, mentre l'ordinamento tedesco ha cristallizzato nella legge l'obbligatoria efficacia soggettiva generalizzata delle *Betriebsnormen*, quello italiano, a mezzo delle voci di dottrina e giurisprudenza, ha genericamente fatto riferimento ad una vincolatività *erga omnes* del contratto aziendale, senza

⁴⁷ BAVARO, 2012, 140 afferma che la "costrizione" del contratto collettivo entro gli schemi del diritto comune è stata fortemente e tradizionalmente stemperata dall'unità politico-sindacale, che ha garantito un solido fondamento alla vocazione pubblicistica degli accordi sul lavoro.

⁴⁸ TURSI, 2006, 305 s.

⁴⁹ R. PESSI, 2011a, 33; in giurisprudenza, Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, in *Orientamenti di Giurisprudenza del Lavoro*, 2004, I, 287, che però fa esplicitamente salvi i lavoratori che, aderendo ad una diversa associazione sindacale, esprimano esplicito dissenso nei confronti dell'accordo, eventualmente guadagnando anche il diritto ad essere sottoposti a diverso accordo di cui sia parte l'organizzazione di appartenenza. FERRARO, 2011b, 748, afferma che le varie teorie circa il fondamento dell'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale non sono alternative, ma in armonia e coerenza tra loro.

distinguere al suo interno i vari ordini di norme⁵⁰. In questo modo, l'efficacia generalizzata del contratto aziendale è stata ancorata ad un aspetto che, in ultima istanza, ha una base volontaristica e non normativa: da una parte, infatti, si fa riferimento al non esplicito dissenso dei lavoratori "spontaneamente" vincolati, dall'altra si richiama il principio di non discriminazione che però trova piena attuazione soltanto quando si tratti di non escludere alcuni lavoratori dai vantaggi riconosciuti ad altri, mentre appare più problematico invocarlo laddove sia necessario estendere degli svantaggi. L'efficacia generale dei contratti aziendali, così piena laddove questi fossero, com'era normale, portatori di deroghe acquisitive, pare vacillare di fronte alla sempre maggior diffusione di deroghe peggiorative, che impongono a livello decentrato una disciplina meno favorevole per il lavoratore rispetto a quella sancita su base nazionale. A poco, d'altra parte, è valsa la considerazione della indivisibilità delle situazioni normate dalla contrattazione in deroga, per cui l'intera collettività aziendale, nel momento in cui riceve miglioramenti nel trattamento contrattuale, deve sottostare, ugualmente unita, anche alle clausole peggiorative: la rottura dell'unità sindacale che ha caratterizzato gli ultimi anni⁵¹ ha inferto un *vulnus* di difficile soluzione alla tenuta del sistema contrattuale rispetto alle possibili "fughe" che le volute elasticità ed autonomia del sistema facilmente possono permettere⁵².

In questo contesto, si è riscoperta la portata delle clausole di rinvio al contratto collettivo contenute nel contratto individuale dei lavoratori, per cui l'efficacia dell'accordo aziendale sarebbe garantita dall'esplicito rimando che ad esso fanno datore di lavoro e singolo dipendente al momento della conclusione del proprio patto⁵³. La "teoria dell'incorporazione" non è una novità nella dottrina italiana ed europea: essa, declinata in varie accezioni, postula l'efficacia meramente obbligatoria del contratto collettivo tra le sole parti che lo concludono (sindacato, associazione di categoria, singolo datore di lavoro stipulante), mentre sarebbe necessario l'esplicito richiamo della disciplina collettiva

⁵⁰ Si noti però che il punto 4 dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, nel prevedere un meccanismo di estensione *erga omnes* dell'efficacia soggettiva dei contratti aziendali, fa esplicito riferimento alle loro "parti economiche e normative". Sulle criticità di questa norma cfr. ALES, 2011, 1072 s.

⁵¹ Le vicende della "rottura dell'unità sindacale", cui si farà più volte riferimento nel seguito della trattazione, prendono origine dall'Accordo del 2009, che vede l'esclusione della CGIL, e si snodano lungo tutta la "vicenda Fiat" fino alla ritrovata unità dell'Accordo del 28 giugno 2011, apparentemente però non del tutto efficace, visto il successivo discutibile intervento del legislatore e l'uscita di Fiat da Confindustria. Per alcune ricostruzioni complete di queste vicende, ci si limita a rinviare a F. CARINCI, 2011b e ID., 2011c; più sinteticamente, SCOGNAMIGLIO, 2011, 507 ss.; LASSANDARI, 2011, 321 ss.

⁵² Cfr. R. PESSI, 2011, 33 s. il quale nota come si sia passati dal divieto di non discriminazione all'interno dell'impresa al divieto di derogare *in pejus* ai trattamenti riconosciuti ai lavoratori dal livello nazionale.

⁵³ Cfr. FERRARO, 2011a, 11, molto critico su questa "miracolosa" riscoperta delle clausole di rinvio del contratto individuale al collettivo, come se improvvisamente questo semplice *escamotage* potesse risolvere l'intera, complessa questione circa l'efficacia soggettiva dell'accordo sindacale.

nel contratto individuale per dotarla di efficacia reale nei confronti dei singoli lavoratori⁵⁴. Tale teoria, però, non può trovare spazio all'interno dell'ordinamento, in quanto postula una sorta di "effetto di resistenza" della norma individuale rispetto a quelle collettive successive nel tempo: la contrattazione collettiva verrebbe così paralizzata, il suo contenuto ridotto a mera clausola dell'autonomia privata, pienamente recedibile in qualunque momento su libera volontà delle parti; inoltre, sarebbe contraddetto e negato il principio ordinamentale che vuole, nei rapporti tra privati, la prevalenza delle fonti eteronome su quelle autonome⁵⁵. Ecco dunque che l'efficacia del contratto collettivo non può in alcun modo essere subordinata all'incorporazione della sua disciplina nel contratto individuale, ma, viceversa, si potrà dire che è il contratto individuale, al momento della sua stipulazione, ad entrare "sotto la tutela" di tutti i contratti collettivi applicabili, presenti e futuri⁵⁶.

Infine, merita attenzione, sotto il profilo dell'efficacia, la questione dei contratti collettivi "gestionali", qualificandosi come tali i contratti collettivi volti a gestire una situazione di crisi e difficoltà per l'impresa. In tali contratti, il datore di lavoro accetta liberamente di rinunciare a parte dei propri poteri (primo fra tutti quello di ricorrere a licenziamenti economici) per esercitarli invece di comune accordo con il sindacato, alla ricerca di soluzioni condivise e meno dannose per i lavoratori: l'efficacia *erga omnes* di questi contratti collettivi si fa discendere piuttosto pianamente dalla constatazione per cui essi sono sostitutivi ad ogni effetto degli atti unilaterali dell'imprenditore, e quindi, come i dipendenti avrebbero dovuto tutti ugualmente sottostare a questi ultimi, sono anche vincolati all'accordo tra l'imprenditore e il sindacato⁵⁷. Come si vede, un simile meccanismo è il medesimo che sorregge l'efficacia *erga omnes* dei *Betriebsvereinbarung* conclusi in materie oggetto di obbligatoria *Mitbestimmung* (cfr. *supra*, Cap. III, § 1.2): laddove l'imprenditore sia tenuto ad esercitare i propri tradizionali poteri organizzativo-direttivi non liberamente, bensì in accordo con il soggetto di rappresentanza dei lavoratori, tutti i dipendenti sono vincolati all'atto con cui tali poteri si esprimono che, nell'occasione, non sarà l'ordine unilaterale del datore di lavoro, bensì l'accordo di questi col soggetto collettivo.

⁵⁴ GIUGNI, 1968, 170 s., presenta dettagliatamente le aporie di tale dottrina, ad esempio i problemi legati all'ultrattività incontrollata di un contratto collettivo incorporato nell'individuale mediante rinvio statico.

⁵⁵ Cfr. MAZZOTTA, 2012, 21 s.; tuttavia FERRARO, 2011b, 750 ss. definisce il contratto collettivo come fonte sostanzialmente eteronoma, perché idonea a disciplinare in modo generale ed astratto le situazioni soggettive e in quanto tale recepita integralmente nella sua efficacia dall'ordinamento giuridico.

⁵⁶ GIUGNI, 1968, 178 s., afferma che, da altro punto di vista, si può immaginare un rinvio del contratto individuale al collettivo non di tipo materiale, cioè al suo contenuto, bensì formale, cioè alla fonte di produzione; ZOLI, 2011, 53 definisce ugualmente poco convincente la tesi che fa discendere l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo dal semplice richiamo, nel contratto individuale, a "tutti i contratti collettivi applicati dal datore di lavoro".

⁵⁷ ZOLI, 2011, 52

In Italia, però, l'effetto distorto di questa visibile dicotomia tra contratti aziendali gestionali, pianamente considerati efficaci *erga omnes*, e altri tipi di contratti collettivi, la cui estensione ai non iscritti alle associazioni stipulanti pare tanto radicata nelle convinzioni di dottrina e giurisprudenza quanto difficile da dimostrare con solidi appigli giuridici, ha portato spesso i Giudici delle leggi a soluzioni “pilatesche”, in cui la Corte, pur di riconoscere efficacia *erga omnes* e piena libertà di deroga ai contratti aziendali, ha qualificato come gestionali anche accordi che non avevano tale natura⁵⁸.

In questo panorama che, come si vede, si è evoluto e mantenuto su profili raramente netti e di piana applicazione, l'ordinamento intersindacale è in realtà più volte intervenuto con atti politici e programmatici dalla forte valenza, volti a riportare ordine nel sistema di raccordo tra le fonti. Doveroso notare che, da sempre, le prospettive di riforma auspiccate e richieste, ora al legislatore, ora agli stessi attori sindacali, si sono mosse lungo due principali direttrici: il potenziamento del sistema delle deroghe e della decentralizzazione controllata da una parte e, dall'altra, una definizione certa dei meccanismi di efficacia soggettiva del contratto aziendale⁵⁹.

3. Le fonti autonome sulla produzione del diritto collettivo e le trasformazioni dell'ordinamento sindacale

3.1. L'Accordo tra Governo e Parti Sociali del 1993

Quella che *supra* è stata definita “contrattazione articolata”, ovvero una struttura di determinazione collettiva delle condizioni di lavoro posta su più livelli, laddove l'ordinamento intersindacale pone le regole di raccordo, di competenza e di regolazione, non ha mai avuto vita troppo facile nel nostro Paese. Già all'inizio degli anni '70, autorevoli studiosi si interrogavano sul destino di questa struttura, la cui tenuta pareva fortemente messa in dubbio dalla progressiva scomparsa di efficaci connessioni tra i vari livelli. Lo schema che avrebbe dovuto regolare la ripartizione di competenze era raramente realizzato nel modo dovuto, così come il modello dell'accordo quadro dimostrava le sue lacune e debolezze nel momento dei conflitti, laddove impegni assunti a livello centrale non

⁵⁸ Cfr. FERRARO, 2011a, 8 e sentenze ivi citate.

⁵⁹ Cfr. TURSI, 2006, 300 ss.

venivano rispettati in sede periferica, senza che fosse possibile attivare efficaci strumenti per garantirne l'attuazione generalizzata⁶⁰.

A queste istanze, cui nei decenni precedenti si erano cercate varie soluzioni ma mai di così ampia portata storica, risponde l'Accordo del 23 luglio 1993 tra Governo e Parti Sociali (comunemente chiamato "Protocollo" e spesso associato ai nomi del Presidente del Consiglio Carlo Azeglio Ciampi e del Ministro del Lavoro Gino Giugni): questo atto si pone come una vera e propria "carta costituzionale" delle relazioni industriali, come un sistema destinato ad essere stabile nel tempo, mediante una tecnica volta a porre pochi punti istituzionali e l'apparato di regole necessarie per autoriformare il sistema delle relazioni politiche e contrattuali ed adattarlo ai mutamenti senza sconvolgerlo⁶¹.

Il Protocollo istituzionalizza il sistema della concertazione tra Governo e parti sociali in una versione "forte"⁶², e, dal punto di vista della struttura contrattuale, conferma l'esistenza di due distinti livelli, nazionale ed aziendale⁶³, coordinati dal punto di vista sia gerarchico sia funzionale. Il criterio gerarchico si esprime nella sovraordinazione del contratto nazionale, il quale individua, in senso delegante/autorizzatorio, le materie che possono essere oggetto di disciplina da parte della fonte aziendale; d'altra parte, però, questo sistema dei rinvii non si regge su un mero esercizio di autorità, bensì sulla specializzazione di ogni livello, il cui potere normativo viene esercitato su alcune materie e non su altre in virtù della sua specifica funzione⁶⁴.

Le parti sociali paiono dunque aver preso coscienza delle potenzialità della contrattazione aziendale, dei vantaggi della specializzazione funzionale e della carica "sperimentale" ed innovativa di una fonte più snella e vicina alla realtà da normare⁶⁵, anche se, d'altra parte, secondo alcuni il Protocollo del 1993 non è riuscito, malgrado gli intenti, a rafforzare e sfruttare appieno le possibilità

⁶⁰ Cfr. ROMAGNOLI, 1971, 106 s.

⁶¹ TREU, 2011b, 614 afferma però che le aspirazioni dei contraenti sono state in parte smentite dall'incapacità del Protocollo di definire efficacemente alcune materie problematiche, che, infatti, si sono rivelate elementi destabilizzanti negli anni successivi; TURSI, 2006, 301 s.

⁶² Cfr. ZOLI, 2008, 1869, il quale descrive lo "scambio" tra la rinuncia, da parte delle organizzazioni sindacali, a parte del proprio potere in sede contrattuale, perché funzionalizzato agli obiettivi concordati, in cambio della partecipazione ai processi di formazione delle politiche economiche e occupazionali, guadagnando così un luogo privilegiato per rappresentare gli interessi dei propri associati.

⁶³ In realtà, il secondo livello viene genericamente definito "decentrato", poiché può essere aziendale o territoriale. Tuttavia, visto l'oggetto di questo studio e soprattutto il dato restituito dalla realtà concreta, il riferimento sarà d'ora in poi, ove non diversamente specificato, alla contrattazione aziendale. Cfr. NAPOLI, 2008, 399, il quale sostiene peraltro la rigida alternatività tra livello aziendale e territoriale, per cui il secondo non potrebbe in alcun modo vincolare il primo, il quale resta legato unicamente alla disciplina del contratto nazionale.

⁶⁴ Cfr. BAVARO, 2012, 103 ss.; a questo proposito, fondamentale è la clausola cosiddetta del "*ne bis in idem*", in base alla quale la specializzazione funzionale separata dei due distinti livelli contrattuali viene confermata e consolidata dal divieto per un livello contrattuale di intervenire su materie già normate dall'altro.

⁶⁵ SCOGNAMIGLIO, 2011, 508 s.

del decentramento, giacché l'accordo nazionale ha mantenuto il suo ruolo egemonico, a fronte di un secondo livello sempre costretto entro i limiti delle autorizzazioni, dal punto di vista sia dell'oggetto sia delle procedure⁶⁶. Per quanto riguarda l'oggetto, infatti, faticosamente si abbandona il modello tradizionale, potremmo dire "antico", che vuole le prime esigenze di specializzazione e flessibilizzazione concentrate sull'aspetto retributivo e in particolare sul cottimo: le realtà aziendali, infatti, profondamente diverse tra loro, imponevano che le tariffe dei cottimisti fossero modellate sulla singola impresa, essendo tanto inefficiente quanto impossibile una regolamentazione unica a livello territoriale⁶⁷. Pare dunque quasi di scorgere un ritorno alle origini della contrattazione articolata laddove, come alcuni criticamente notano, il Protocollo del 1993 concentra le proprie spinte al riconoscimento delle potenzialità flessibilizzanti della contrattazione decentrata di fatto sul solo elemento retributivo, prevedendo una politica dei redditi in cui parti della retribuzione siano legate a premi di risultato, e delegando al livello aziendale la determinazione in concreto degli obiettivi stessi e delle varie voci connesse⁶⁸.

Proprio l'esiguità degli spazi concreti riconosciuti dalla contrattazione nazionale a quella aziendale ha fatto sì che il sistema di "decentramento organizzato" (o "controllato") costruito dal Protocollo del 1993 resti sostanzialmente ancorato al criterio di gerarchia molto più di quanto si sarebbe voluto: nonostante, infatti, la clausola di non ripetibilità rifletta chiaramente un coordinamento di tipo funzionale, il pervasivo potere autorizzatorio del contratto nazionale, che definisce ambiti, limiti e modalità di intervento del livello aziendale, contrasta con l'aspirazione delle parti sociali ad una reale "specializzazione autonoma" della contrattazione periferica⁶⁹. In senso contrario, si è però sostenuto che i meccanismi di rinvio contenuti nel Protocollo del 1993 non sarebbero indice della posizione secondaria del livello aziendale rispetto a quello nazionale, bensì rappresenterebbero la garanzia del dinamismo del sistema stesso nel suo complesso, il quale da una parte pone il contratto nazionale come strumento di garanzia e certezza dell'uniforme tutela dei diritti dei lavoratori su tutto il territorio, mentre dall'altra utilizza le deleghe alla contrattazione decentrata per favorire una

⁶⁶ ZOLI, 2008, 1870, ove il Protocollo del 1993 viene anche accusato di scarsa innovatività, sul piano del raccordo tra i livelli di contrattazione, rispetto al Protocollo Scotti del 1983; ID., 2011, 44, nota, d'altra parte che il Protocollo del 1993, in quanto atto politico e di indirizzo e non normativo, non riesce a risolvere il già menzionato problema dell'effettività delle regole di raccordo, poiché non è possibile prevedere sanzioni dal punto di vista dell'efficacia reale per i contratti conclusi in violazione delle regole sui rinvii.

⁶⁷ Cfr. ROMAGNOLI, 1971, 110

⁶⁸ LEVI, 1994, 385 ss.; ZOLI, 2008, 1871 s.

⁶⁹ Così TREU, 2011, 618, notando peraltro come il persistente utilizzo del termine "delega" in luogo di quello, più blando, di "rinvio" esprime, anche a livello lessicale, l'atteggiamento accentratore delle parti stipulanti.

reale specializzazione funzionale su quelle materie oggetto di più stretta relazione con le specifiche esigenze tecnico-organizzative della singola impresa⁷⁰.

Nel tratteggiare il sistema di decentramento organizzato promosso dal Protocollo Giugni, non si può prescindere da un'altra novità, relativa alla rappresentanza dei lavoratori nell'impresa, ovvero l'istituzione delle Rappresentanze Sindacali Unitarie (RSU). Questo corpo rappresentativo, sottratto, almeno in parte, ai meccanismi di cooptazione delle maggiori confederazioni sindacali e messo invece (sempre in parte) nelle mani del potere elettorale di tutti i lavoratori dell'impresa, dovrebbe costituire un tipo di mediazione unitaria e assembleare delle istanze dei dipendenti⁷¹; cercando di creare un soggetto contraente di natura non strettamente sindacale, ma genericamente rappresentativa, si pone il fondamento per una contrattazione aziendale che, lasciando le politiche di indirizzo e le scelte di orientamento al livello nazionale e interconfederale, si concentri sulle necessità dell'impresa, dell'organizzazione tecnico-economica e dei lavoratori intesi come collettività radunata nell'unità produttiva.

L'istituzione delle RSU come corpo che rappresenta un interesse ugualmente complesso e composto dei lavoratori, e tuttavia diverso da quello del sindacato, dota di una base solida la contrattazione aziendale come contrattazione dell'impresa e dell'organizzazione del lavoro, garantendo dunque, almeno in teoria, quella specializzazione funzionale che dovrebbe costituirne il fondamento; nel Cap. III si è diffusamente parlato del *Betriebsrat*, organismo di rappresentanza di natura non sindacale, eletto da tutti i lavoratori con il compito di rappresentare gli interessi dei dipendenti laddove si tratti di scelte economiche, tecniche ed organizzative interne all'unità produttiva. L'istituzione delle RSU come soggetti contraenti da "preferire" alle RSA⁷² dovrebbe essere il giusto *pendant* al potenziamento della specializzazione organizzativa della contrattazione aziendale, capace di focalizzarla realmente sull'impresa e sulla contrattualizzazione dell'organizzazione del lavoro, tenendola debitamente separata da questioni più ampie, politiche e di indirizzo, che resterebbero debito appannaggio del livello centrale.

Purtroppo, la spinta propulsiva del Protocollo del 1993 risulta già in gran parte esaurita alla fine degli anni '90: in particolare, la gestione decentrata delle voci retributive legate al risultato si è ben presto cristallizzata in una serie di automatismi e di riconoscimenti dovuti che nulla hanno della

⁷⁰ Cfr. BAVARO, 2012, 105 s. e 109, laddove considera il modello del 1993 sostanzialmente di successo, tanto da essere riproposto, nel suo complesso, anche nei successivi Accordi del 2009 e 2010, su cui *infra*.

⁷¹ FERRARO, 2011a, 3; per una ricostruzione della rappresentanza dei lavoratori in azienda, dai Consigli dei Delegati alle RSU, passando per le Rappresentanze Sindacali Aziendali che tuttora possono convivere con quelle unitarie, cfr. GALANTINO, 2009, 19 ss.

⁷² Per una sintetica ma efficace spiegazione dei rapporti tra RSA ed RSU all'interno dell'impresa cfr. GALANTINO, 2009, 26 e giurisprudenza ivi citata.

flessibilità voluta dall'Accordo⁷³. Una discussa svolta, portatrice di luci e ombre ma sicuramente di una forte esigenza di reazione da parte dell'ordinamento intersindacale, giunge con il d. lgs. 276/2003: come già accennato, questa fondamentale norma di riforma complessiva del mercato del lavoro sortisce, tra l'altro, l'effetto di ampliare gli spazi dell'autonomia individuale, soprattutto per quanto riguarda le possibilità di scelta del tipo negoziale, e, parallelamente, di limitare gli spazi dell'autonomia collettiva, poiché la tradizionale funzione regolativa e gestionale del mercato del lavoro viene avocata direttamente dal legislatore in prima persona, il quale limita le deleghe, soprattutto quelle che postulano l'intervento necessario e non meramente possibile, alla fonte collettiva e, se le pone, il rinvio è alla contrattazione collettiva nel suo complesso oppure a quella aziendale, con evidente assottigliamento del potere del livello nazionale⁷⁴.

Tuttavia, non si può negare che la legislazione sulla flessibilità maturata negli anni 2000 resti sempre legata alla fondamentale funzione della contrattazione collettiva nel senso di gestire la flessibilità stessa: il medesimo d. lgs. 276/2003 riconosce casi di parificazione e fungibilità della fonte legale rispetto a quella contrattuale, laddove la previsione della seconda si integra nel sistema delineato dalla prima, assumendone uguale efficacia. Poiché però, molto spesso, il potere normativo attribuito alla contrattazione collettiva nell'ambito della flessibilità consiste nell'aumentare le possibilità legittime di ricorso ai rapporti di lavoro "atipici", si potrebbe sostenere che la legge rimandi alle parti sindacali una funzione, più che integrativa, derogatoria *in pejus*⁷⁵.

D'altra parte, non si può negare l'imprescindibile funzione delle forze sociali ogni qual volta si tratti di gestire la flessibilità: non solo, come detto, pur tra luci e ombre la contrattazione collettiva conserva una sorta di primato di intervento laddove si tratti di introduzione, gestione o controllo delle forme di lavoro flessibili, ma, anche nel momento in cui si punti alla flessibilizzazione di

⁷³ ZOLI, 2008, 1872

⁷⁴ Cfr. ZOLI, 2004, 373 s., ove si fa anche l'esempio del di poco precedente d. lgs. 368/2001 sul contratto a termine, ove è il legislatore che pone le condizioni di legittimità di apposizione del termine, senza alcun necessario intervento della contrattazione collettiva, la quale avrà al più la possibilità, "non l'obbligo, né l'onere", di mantenere un controllo, circoscritto dal legislatore stesso, sul numero dei contratti a termine e sulle modalità di sostegno alla conversione del rapporto a tempo indeterminato. D'altra parte, se è il legislatore a porre le norme per l'accesso a determinate forme contrattuali, la volontà negoziale del singolo lavoratore è sufficiente a porre in essere quel determinato tipo di rapporto, senza necessità di alcun ulteriore coinvolgimento del sindacato; 404, ove si afferma che, a fronte dei rinvii indifferenziati alla contrattazione collettiva senza identificazione del livello, l'ordinamento intersindacale dovrebbe avere la forza di far valere comunque i propri meccanismi di raccordo tra le fonti e di specializzazione funzionale/garanzia centralizzata dei diritti.

⁷⁵ ZOLI, 2011, 51 s. fa l'esempio del lavoro intermittente e del contratto a termine, casi in cui la contrattazione collettiva può prevedere ulteriori ipotesi, oltre a quelle legali, al verificarsi delle quali è legittimo il ricorso a questo tipo di rapporti.

singoli elementi del rapporto di lavoro, la volontà individuale è sempre controbilanciata da quella collettiva⁷⁶.

Ecco dunque che, a partire dall'inizio del nuovo secolo, pare progressivamente abbandonata quella tendenza, negatoria dell'anima del Protocollo Giugni, agli automatismi nelle voci retributive affidate alla gestione della contrattazione aziendale: il livello decentrato riconquista flessibilità nel legare parti della remunerazione ad obiettivi di produttività, così come guadagna un ruolo di assoluto primo piano in tema di gestione flessibile dell'orario di lavoro, elasticità delle mansioni, introduzione di nuovi modelli di organizzazione del lavoro e determinazione della professionalità. Il tutto, ovviamente, più o meno nel rispetto della struttura contrattuale, laddove la giurisprudenza pareva sempre più incline a riconoscere ampi spazi di intervento e di deroga, anche peggiorativa, del contratto decentrato alla disciplina, con lettura ampia ed elastica delle clausole di delega e rinvio⁷⁷.

3.2. L'Accordo Interconfederale del 2009

Proprio questo complesso quadro di contemporanee difficoltà ed opportunità per la negoziazione sindacale ha fatto maturare la convinzione che la rivitalizzazione della contrattazione collettiva non potesse che provenire dal potenziamento del livello aziendale, il più adatto a "tenere il passo" delle istanze flessibilizzanti provenienti dalle imprese e, in certa misura, anche dai lavoratori⁷⁸. Tuttavia, il ruolo tradizionale del livello decentrato, come visto, soprattutto a partire dagli indirizzi espressi nel 1993, era quello di riconoscere incentivi e di promuovere un'ottica premiale nella distribuzione delle risorse, con funzione chiaramente migliorativa ed acquisitiva rispetto ai minimi nazionali. La crisi economica ha di fatto eliminato questa classica materia negoziale, dato che le imprese, penalizzate dalla difficile congiuntura, molto difficilmente dispongono di risorse aggiuntive da allocare sulla base di obiettivi di risultato; la contrattazione aziendale ha quindi mutato radicalmente la propria funzione e, da strumento migliorativo del trattamento salariale, si è trasformata in mezzo

⁷⁶ Cfr. ZOLI, 2004, 363, afferma che la volontà individuale ha acquisito un ruolo di primaria importanza per quanto riguarda la scelta del tipo negoziale, ma la determinazione delle condizioni di utilizzo di quel tipo resta, in maggiore o minore misura, affidata a fonti eteronome, senza che ricorra mai l'esclusione completa del ruolo della contrattazione collettiva in materia.

⁷⁷ Cfr. ZOLI, 2008, 1876 s.

⁷⁸ Cfr. NAPOLI, 2008, 397 ss., il quale peraltro collega la critica ad un sistema eccessivamente incentrato sul livello nazionale al dato istituzionale dell'avvenuta riforma del Titolo V della Costituzione; SESTITO, 2008, 407 ss. dà una lettura in chiave di teoria economica del decentramento contrattuale; ICHINO, 2008, 418 s. vede il decentramento contrattuale come impulso all'innovazione produttiva.

per legittimare un peggioramento delle condizioni dei lavoratori, volto a superare il momento di crisi attraversato dall'impresa⁷⁹.

Proprio in quest'ottica e con queste finalità, il 15 aprile 2009 viene concluso l'Accordo Interconfederale di riforma degli assetti contrattuali (anticipato, nel gennaio dello stesso anno, da un accordo quadro avente il medesimo contenuto), che vede la partecipazione di tutte le maggiori sigle sindacali e associative, con la vistosa e inedita assenza della CGIL⁸⁰. L'accordo del 2009 nasce col dichiarato obiettivo di superare e sostituire quello del 1993, riformando, con lo stesso ampio respiro e portata "costituzionale", gli assetti contrattuali interni all'ordinamento intersindacale; secondo alcuni, quest'obiettivo può dirsi tutt'altro che raggiunto, perché una ridefinizione delle strutture contrattuali non può che soffrire ed essere compressa, limitata, dallo scopenso che il sistema sindacale subisce a causa della rottura della propria tradizionale unità e dell'inizio della stagione degli accordi separati⁸¹. Tuttavia, non manca l'autorevole opinione di chi afferma che anche la stagione degli accordi separati e della perdita (come si vedrà, temporanea) della tradizionale unità tra le tre maggiori sigle confederali rappresenti un momento fisiologico e non patologico di un ordinamento intersindacale caratterizzato da fondamenti democratici, dal pluralismo e dal rispetto del dissenso⁸².

L'Accordo del 2009 conferma l'articolazione del sistema contrattuale su due distinti livelli: quello nazionale, con il compito principale di garantire l'uniforme tutela dei diritti sul territorio e la certezza del trattamento dei lavoratori di un medesimo settore, e quello aziendale, con la funzione specifica di promuovere strumenti di flessibilità, adattabilità e premialità (Punti 2 e 3)⁸³. Tuttavia, rispetto alle fonti precedenti, l'Accordo del 2009 crea un vero e proprio assetto di governo dell'intero sistema di rapporti intersindacali e con le controparti, sia dal punto di vista contrattuale, sia dal punto di vista del contenuto obbligatorio e in generale della ridefinizione degli assetti delle relazioni industriali⁸⁴. L'Accordo conferma l'utilizzo delle clausole di rinvio e di delega alla contrattazione decentrata nel segno della specializzazione organizzativa, e tuttavia aggiunge un ulteriore elemento della massima importanza, vale a dire le clausole di uscita. Il Punto 5

⁷⁹ R. PESSI, 2011a, 28; TREU, 2011b, 633; SESTITO, 2008, 405 rileva come il contratto collettivo nazionale si fosse posto come un salario minimo di origine quasi legale, improprio perché differenziato per categorie.

⁸⁰ Senza avere qui la possibilità di approfondire il tema della non partecipazione della maggiore sigla confederale italiana a questo atto di indirizzo, si rimanda a F. CARINCI, 2011b, 3 ss.

⁸¹ Cfr. FERRARO, 2011a, 9

⁸² Così SCOGNAMIGLIO, 2011, 516, il quale, da un punto di vista del giudizio sostanziale sul contenuto dell'Accordo, afferma pure che è legittimo tenere conto dei risultati positivi che il peggioramento del trattamento economico-normativo dei lavoratori può avere sul lungo termine dal punto di vista occupazionale.

⁸³ SCOGNAMIGLIO, 2011, 509

⁸⁴ ZOLI, 2011, 45; tuttavia, FERRARO, 2011a, 9 afferma che l'accordo "presenta[no] una portata tutto sommato modesta rispetto alle ambizioni dichiarate di voler sostituire lo storico accordo Ciampi del luglio del 1993."

dell'Accordo, rubricato "Intese per il governo delle situazioni di crisi e per lo sviluppo economico ed occupazionale del territorio" riconosce esplicitamente in capo alla contrattazione decentrata il potere di derogare *in pejus* "in tutto o in parte" "singoli istituti economici o normativi disciplinati dal contratto nazionale di lavoro di categoria", purché quest'ultimo consenta alla delega: le intese modificative, che possono essere (ma anche non essere) sperimentali e temporanee, sono legittime soltanto in virtù del loro fine, della funzionalizzazione ad uno scopo ben preciso che è quello di "governare direttamente nel territorio situazioni di crisi aziendali o [per] favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'area".

La lettera dell'Accordo, dunque, va ben al di là della semplice flessibilità retributiva e salariale su cui si erano concentrati Governo e Parti Sociali nel 1993: non sussiste infatti alcuna limitazione esplicita circa le materie che possono essere oggetto di deroga, e dunque deve affermarsi che qualunque "istituto economico o normativo disciplinato dal contratto collettivo nazionale" possa essere oggetto di negoziazione decentrata in senso peggiorativo, forse con la sola eccezione dei minimi retributivi, se li si vuole ancorati direttamente all'art. 36 Cost.⁸⁵.

Varie critiche sono state rivolte all'eccessiva ampiezza e genericità della norma, che lascerebbe piena discrezionalità alla contrattazione decentrata nel decidere cosa, come e per quanto tempo derogare, senza peraltro che la clausola di funzionalizzazione delle deroghe funga da adeguato contrappeso: se infatti la dicitura di "crisi aziendale" dovrebbe fare riferimento a realtà ben precise e controllabili, non ugualmente si può dire dello sviluppo economico ed occupazionale dell'area⁸⁶, nonostante il capoverso immediatamente successivo del Punto 5 imponga il necessario richiamo, perché sia legittima l'intesa modificativa, a "parametri oggettivi individuati nel contratto nazionale quali, ad esempio, l'andamento del mercato del lavoro, i livelli di competenze e professionalità disponibili, il tasso di produttività, il tasso di avvio e di cessazione delle iniziative produttive, la necessità di determinare condizioni di attrattività per nuovi investimenti."

Tuttavia, in senso opposto si è constatato come gli ampi spazi riconosciuti dalla giurisprudenza a deroghe peggiorative della disciplina nazionale prima del 2009 renda il sistema delineato dall'Accordo in realtà molto più accentrato e disciplinato di quello che la realtà concreta aveva forgiato negli ultimi anni: sempre il Punto 5, infatti, subordina l'efficacia delle intese modificative

⁸⁵ L'ancoraggio dei minimi retributivi direttamente al dettato dell'art. 36 Cost., che verrebbe dunque dotato di contenuto dalle previsioni salariali di matrice collettiva (creandosi così un caso specifico di efficacia *erga omnes* del contratto di categoria), è opinione consolidata nella giurisprudenza di legittimità. Da ultimo, cfr. Cass. 15 ottobre 2010, n. 21274, in *Massimario di Giustizia Civile*, 2010, 10, 1328; Cass. 18 marzo 2013, n. 6709.

⁸⁶ Cfr. ZOLI, 2011, 45 s., il quale peraltro specifica che, laddove la contrattazione nazionale rinvii alla decentrata, in capo alle organizzazioni aziendali o territoriali non sorge alcun obbligo a contrarre, ma soltanto il dovere di trattare e ricercare una negoziazione in buona fede.

alla preventiva approvazione delle parti stipulanti i contratti collettivi nazionali, ponendo dunque quest'ultima fonte come l'unica realmente garante della tenuta del sistema attraverso il sistema dell'autorizzazione centralizzata delle deroghe periferiche⁸⁷.

L'Accordo del 2009, a causa della defezione della CGIL, lascia tuttavia aperto il nodo dell'efficacia soggettiva degli accordi aziendali in deroga: accanto a panorami catastrofici di efficacia civilisticamente ridotta al criterio associativo, con rigida suddivisione dei lavoratori sulla base dell'affiliazione e condanna ad un "limbo" di incertezza per i non iscritti ad alcun sindacato, non si può non riconoscere che qualunque contratto collettivo, interno al sistema dell'accordo interconfederale oppure separato, maggioritario o minoritario, ha la medesima idoneità e legittimazione a normare il rapporto di lavoro in senso oggettivo e generale⁸⁸. Il dissenso sindacale deve infatti considerarsi del tutto legittimato dall'ordinamento: a fronte dell'espressione di una dissociazione del sindacato dalla politica contrattuale che autorizza deroghe peggiorative ad opera della contrattazione aziendale, il lavoratore affiliato può sottrarsi alla disciplina della deroga aziendale ed, eventualmente, essere vincolato ad altro e diverso contratto collettivo, con l'effetto di minare fortemente il percorso del contratto aziendale verso il riconoscimento della sua efficacia *erga omnes*⁸⁹.

3.3. L'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011

Il sistema di unità sindacale, vacillante e quasi dato per spacciato dopo l'Accordo del 2009, pare riconquistare la propria tradizionale compattezza con l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011: tra i due accordi, si snodano le complesse vicende del caso Fiat, degli accordi di Pomigliano e Mirafiori, dell'urgenza di recuperare posizioni comuni a fronte di un interlocutore inedito, portatore di una strategia, industriale e relazionale, completamente diversa da quelle del passato⁹⁰.

L'Accordo del 2011 può essere letto come "l'ultimo, disperato tentativo della 'comunità di riferimento' sindacale tradizionale di riguadagnare le posizioni perdute in favore della 'aziendalizzazione' delle relazioni industriali propugnata da FIAT e anche, paradossalmente, a

⁸⁷ R. PESSI, 2011a, 28 s., parla di una "riattualizzazione del principio gerarchico" che, anche se in contrasto con gli obiettivi dichiarati dalle parti sociali, riflette in realtà le loro "volontà sostanziali".

⁸⁸ FERRARO, 2011a, 10 ss., ove peraltro si nota come la stessa legge tenda a modificare i criteri di rinvio, sostituendo la formulazione che postulava l'unità sindacale ("dai sindacati") con una più blanda, che accetta la possibilità di un'adesione soltanto parziale ("da sindacati") e così contribuendo ad un'ulteriore incertezza del quadro.

⁸⁹ Così ZOLI, 2011, 53, che in proposito richiama la già citata Cass. 28 maggio 2004, n. 10353.

⁹⁰ Per un'ampia ricostruzione del caso Fiat, si rimanda a F. CARINCI, 2011a; BOLLANI, 2011, 4 ss.; per l'evoluzione dalla separazione alla "riunificazione" sindacale, si vedano le interessanti considerazioni di SCOGNAMIGLIO, 2011, 512 ss.

vantaggio della visibilità dei più fieri oppositori di questa (leggi Fiom), assurti a (ultimi) paladini del sistema”: di fronte all’impossibilità di arrestare l’aziendalizzazione in atto del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, i sindacati cambiano strategia e decidono di “appropriarsene”, di favorirla e potenziarla in modo da poter mantenere su di essa una qualche forma di “*imprimatur*” e dunque di controllo⁹¹. La strategia parte prima di tutto dalla conferma di quell’assetto tradizionale, consacrato nel 1993 e ribadito nel 2009, articolato sul doppio livello di contrattazione: nazionale per la garanzia dei diritti e la certezza dei trattamenti, aziendale per gli spazi di flessibilità e competitività, sempre all’interno del meccanismo della delega di competenze da parte del livello centrale oppure direttamente dalla legge. Così, il compito di trovare l’equilibrio tra le istanze di decentramento e quelle di centralizzazione del sistema viene affidato al ruolo ordinatore del contratto nazionale di categoria che, sulla base delle valutazioni del caso, del momento, e della situazione del sistema negoziale nel suo complesso, potrà scegliere di aprire maggiori o minori spazi normativi alle fonti periferiche, determinando l’*an*, il *quantum* (il punto 3 parla infatti di “materie derogate in tutto o in parte”) e anche il *quomodo* delle deroghe alla propria disciplina⁹².

Il decentramento organizzato si basa così sul binomio delega/deroga: da una parte, l’utilizzo del termine delega in luogo di quello, più blando, di “rinvio”, come detto *supra* parrebbe riaffermare con forza l’esistenza di un principio di prevalenza gerarchica del livello nazionale su quello aziendale⁹³, dall’altra, però, il riferimento alle deroghe evidenzia immediatamente che, come già nell’Accordo del 2009, è permesso alla contrattazione periferica agire in senso peggiorativo rispetto alla disciplina delegante. Inoltre, anche a voler affermare la permanente centralizzazione di un sistema in cui il livello nazionale è l’unico deputato ad autorizzare deroghe periferiche, un significativo spazio di azione al di fuori dei confini della delega è riconosciuto alla contrattazione aziendale nel momento in cui essa può regolare *ex novo* materie o istituti non menzionati dal contratto nazionale, oppure normati in modo essenziale e vago⁹⁴. A questo riguardo, si individua una sorta di potestà autonoma della contrattazione di secondo livello, che può intervenire al di fuori di una delega della fonte centrale, proprio in virtù degli spazi da questa lasciati (non per forza

⁹¹ Così ALES, 2011, 1071

⁹² F. CARINCI, 2011b, 23 s.; BAVARO, 2011, 110 s.; TREU, 2011, 628, nota anche che la disposizione transitoria contenuta nell’accordo (punto 7) individua tre materie precise (e decisamente ampie) che possono essere oggetto di intese modificative in attesa delle determinazioni da parte dei contratti nazionali: la prestazione lavorativa, gli orari e l’organizzazione del lavoro.

⁹³ A differenza dell’Accordo del 2009, quello del 2011 fa riferimento esclusivo al contratto aziendale, senza più menzionare il livello decentrato territoriale. ALES, 2011, 1074, afferma che questa scelta dà conto dell’aziendalizzazione del diritto del lavoro e delle relazioni industriali avvenuta negli ultimi anni, dato che il vero *focus* non è il decentramento in senso ampio, bensì l’impresa come luogo di produzione normativa.

⁹⁴ TREU, 2011, 617 e 626; BAVARO, 2011, 110;

consapevolmente) vuoti o non completamente riempiti; inoltre, non si può dimenticare che, come già nell'Accordo del 2009, il punto 3 prevede che la delega al livello aziendale possa provenire, oltre che dal contratto nazionale, anche direttamente dalla legge, con l'ovvia conseguenza che, nel caso di delega "diretta", l'autorizzazione sarà addirittura doppia, ossia generale nell'Accordo del 2011 e particolare nella singola norma delegante, e dunque non ci sarà alcuno spazio per il potere di rinvio (una "delega nella delega") da parte del contratto nazionale⁹⁵. Infine, rilevante novità è la scomparsa, nel testo dell'Accordo, della clausola del *ne bis in idem* (prevista invece a livello generale e non solo in materia retributiva nel 2009), per cui la contrattazione aziendale ben potrà intervenire su materie anche già normate a livello nazionale: secondo alcuni, questa novità non avrebbe una portata reale, dato che la contrattazione aziendale potrebbe intervenire normando in senso derogatorio una materia già disciplinata a livello nazionale solo se da questa espressamente autorizzata mediante il meccanismo della delega; d'altra parte, però, l'assenza della clausola di non ripetibilità potrebbe lasciare aperto lo spazio a mutamenti *in melius* nella disciplina di materie già normate a livello nazionale, e questo anche nell'ambito di una ristrutturazione complessiva delle condizioni del rapporto di lavoro, laddove vari aspetti dell'organizzazione vengono adattati alla realtà aziendale, ora in meglio ora in peggio⁹⁶.

Come già nell'Accordo del 2009, il limite alle intese modificative, oltre che nel meccanismo della delega, si radica nella finalità delle stesse, mentre le materie non vengono circoscritte dall'Accordo, bensì definite dai vari contratti di categoria. Il punto 7 dell'Accordo del 2011 ripropone la dicitura per cui le pattuizioni aziendali in deroga sono valide, e, come subito si vedrà, dotate di efficacia *erga omnes*, se caratterizzate dalla funzionalizzazione al raggiungimento di determinati obiettivi: "gestire situazioni di crisi" o "favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa". Risulta chiaro e preciso l'obiettivo delle intese modificative, che devono essere volte al superamento di situazioni difficili oppure al miglioramento della competitività dell'impresa: tuttavia, se da una parte scompare il riferimento ai parametri oggettivi che le Parti del 2009 inserirono per dare corpo alla fumosa definizione di "sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa", i sindacati firmatari richiedono comunque una garanzia della genuinità della finalizzazione delle deroghe a positivi risultati di sviluppo e tutela dell'occupazione. Le intese

⁹⁵ Cfr. BAVARO, 2011, 132, ribadisce che non può ritenersi in ogni caso necessaria l'autorizzazione del contratto nazionale, anche qualora la delega provenga direttamente dalla legge: se le parti così avessero voluto, l'avrebbero infatti esplicitato con una formulazione diversa del punto 3.

⁹⁶ Così BAVARO, 2011, 112 s.; TURSI, 2006, 302 rileva infatti che la maggior parte dei contratti nazionali stipulati negli ultimi anni specificano che le procedure di deroga da parte del livello decentrato devono considerarsi applicabili soltanto laddove si tratti di deroga propria, cioè *in pejus*, poiché le deroghe migliorative devono considerarsi sempre ammissibili.

saranno infatti valide soltanto “in presenza di investimenti significativi” da parte dell’impresa, come testimonianza dell’impegno della parte datoriale a disegnare una strategia che, per raggiungere obiettivi di produttività e competitività, non si limiti a penalizzare i trattamenti dei lavoratori, ma segua piani ampi e organici di sviluppo ed innovazione⁹⁷.

Questo meccanismo di “garanzia” delle deroghe con impegni concreti da parte dell’imprenditore riflette la tipica ottica di scambio che si è ampiamente vista nel cap. III riguardo gli accordi (sindacali e non) di salvaguardia dell’occupazione: i lavoratori, mediante le proprie rappresentanze, accettano di rinunciare a trattamenti più vantaggiosi che il contratto nazionale attribuirebbe loro di diritto e, in cambio di questo consenso ad un diverso utilizzo della propria prestazione, ricevono garanzie di stabilità dell’occupazione e di salvaguardia difensiva del rapporto di lavoro. Il pegno di questo scambio tra flessibilità e sicurezza è proprio l’investimento significativo del datore di lavoro, che dovrebbe testimoniare la serietà della sua strategia orientata alla flessibilità interna e non esterna della manodopera: i sacrifici vengono così distribuiti tra tutti, a cominciare da chi è a capo dell’impresa stessa⁹⁸.

Per quanto riguarda la durata della deroga e della validità delle intese modificative, l’Accordo non parla di temporaneità della stessa, anche se il riferimento a situazioni di crisi, per loro stessa natura transitorie, dovrebbe prevedere una permanenza limitata nel tempo; tuttavia, l’ipotesi di strategie di sviluppo economico ed occupazionale sul lungo termine potrebbe stabilizzare il regime di deroga e farlo diventare la normalità all’interno di un rinnovato piano aziendale, purché esso sia adeguatamente sostenuto, accompagnato e legittimato dai significativi investimenti da parte dell’impresa⁹⁹.

Come si è detto, oltre alla linea del decentramento, l’altra riforma fondamentale richiesta al sistema era quella circa l’efficacia soggettiva del contratto collettivo: l’Accordo del 2011 si concentra sul problema dell’efficacia *erga omnes* dei contratti aziendali¹⁰⁰, proprio perché a questo riguardo sorgono le maggiori divergenze tra sindacati, nelle ipotesi, sempre più frequenti in questo momento

⁹⁷ Cfr. ALES, 2011, 1074 s.; BAVARO, 2011, 121 ss., specifica inoltre che il riferimento a “situazioni di crisi” non postula necessariamente l’avvio di una procedura formale di crisi o riduzione del personale, poiché la finalità dell’Accordo è quella di ampliare le possibilità di ricorso a quegli strumenti, essenzialmente la deroga *in pejus* e l’efficacia *erga omnes*, propri del contratto gestionale.

⁹⁸ Cfr. TREU, 2011, 630

⁹⁹ TREU, 2011, 629

¹⁰⁰ Come nota F. CARINCI, 2011c, 16, l’Accordo volutamente non usa l’espressione “*erga omnes*”, ma quelle di “efficacia generale” e “categoria”, collegandole alla copertura assicurata dalla rappresentanza sindacale e confidando in un funzionamento di fatto del sistema a mezzo della ritrovata unità tra le tre maggiori sigle confederali; concorde GALANTINO, 2012b, 18, che nota come solo la legge possa creare (o riconoscere) fonti ad efficacia realmente generale.

di crisi, in cui sia necessario negoziare sacrifici per i lavoratori, e rinuncia a diritti riconosciuti, in cambio della salvaguardia dell'occupazione¹⁰¹.

L'Accordo del 2011 costituisce così un meccanismo di efficacia generale dei contratti aziendali basato sul criterio della rappresentatività, o meglio su due distinti criteri maggioritari: il punto 4 afferma infatti che “i contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti”, mentre, nel caso in cui all'interno dell'impresa siano presenti le rappresentanze sindacali aziendali *ex art. 19 St. lav.*, il punto 5 prevede la medesima efficacia generalizzata del contratto sottoscritto dalle “rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione”.

I due distinti criteri maggioritari, uno ancorato al numero dei rappresentanti, l'altro al numero delle deleghe, costituiscono un'importante declinazione della tradizionale autolegittimazione dei soggetti contraenti all'interno dell'ordinamento italiano, data l'assenza di norme di legge volte a selezionare gli agenti negoziali¹⁰². Proprio questo inedito incardinamento della contrattazione aziendale “attorno ad un criterio di derivazione pubblicistica [...] come quello maggioritario”, conferisce al secondo livello una “stabilità istituzionale” prima inesistente e lo trasforma da articolazione riconosciuta soltanto di fatto, oppure a livello di diritto comune e di norme civilistiche, in un sistema di importanza centrale nella determinazione delle norme collettive sul lavoro¹⁰³. Si segnala peraltro che il successivo Protocollo del 31 maggio 2013 ha confermato i criteri di rappresentanza contenuti nell'Accordo del 2011, restringendo però la possibilità di stipulare contratti collettivi coperti dal Protocollo stesso alle sole RSU costituite all'interno delle Organizzazioni firmatarie,

¹⁰¹ TREU, 2011, 622, puntualizza che l'Accordo non può considerarsi mera soluzione *ad hoc* delle vicende Fiat, in quanto, sebbene esse costituiscano il più vistoso caso di queste problematiche, simili situazioni possono presentarsi nella normalità della vita dell'impresa.

¹⁰² Così constatata GIUGNI, 1986, 326 e infatti F. CARINCI, 2011b, 10, afferma che “qui desta qualche sorpresa che una tale materia sia affidata non alla legge ma all'autonomia collettiva; ed ancor più che l'autonomia collettiva si esprima non con una regolamentazione sindacale ma con un'intesa interconfederale”.

¹⁰³ DEL PUNTA, 2012, 37; SCARPELLI, 2011, 9 afferma che questo criterio di selezione dei soggetti abilitati alla stipulazione di intese in deroga efficaci *erga omnes* ha lo scopo di permettere sì l'ingresso di qualunque associazione terza, ma a patto che essa si vincoli stabilmente al rispetto di un sistema istituzionalizzato di rapporti tra i vari livelli di contrattazione.

creando quindi un accordo non “a schema aperto” suscettibile di estensione selettiva e differenziata¹⁰⁴.

L’Accordo rilancia così il ruolo delle RSU, soggetto principe prescelto per attivare il meccanismo dell’efficacia *erga omnes*: le rappresentanze unitarie, infatti, vengono individuate come il vero soggetto capace, all’interno dell’impresa, di sintetizzare e rappresentare le istanze della maggioranza dei lavoratori, poiché sono in grado di preconstituersi in quanto voce unitaria ed assembleare di tutti i dipendenti, a prescindere dalla loro affiliazione (o non affiliazione) sindacale. Come acutamente osservato, infatti, “se tutti possono partecipare all’elezione dell’organo collegiale, quest’ultimo ha una rappresentatività naturale dell’intera collettività aziendale e pertanto vincola anche coloro che volontariamente scelgono di mantenersi estranei”¹⁰⁵.

Ecco perché soltanto nel caso del contratto sottoscritto a maggioranza dei rappresentanti delle RSU l’efficacia *erga omnes* è automatica e immediatamente derivano effetti normativi generalizzati per le parti del rapporto individuale, cosa che invece non accade né per il contratto nazionale, né laddove l’accordo sia sottoscritto dalle RSA: in questo caso, infatti, all’imperfetta e parziale legittimazione democratica della rappresentanza aziendale si supplisce con la possibilità di un secondo controllo maggioritario, ovvero lo strumento del referendum promosso dalle rappresentanze aziendali tra tutti i lavoratori dell’impresa¹⁰⁶. Riprendendo l’accostamento, tentato *supra*, tra la RSU e il *Betriebsrat*, l’Accordo del 2011 si muove sicuramente sul solco del principio per cui le norme negoziate tra il datore di lavoro e un organismo rappresentativo dell’intera collettività aziendale giustamente guadagnano efficacia generalizzata e vincolano tutti coloro che dell’impresa fanno parte: esse sono le norme dell’impresa stessa, che giungono ai lavoratori a valle di un procedimento di formazione di una volontà bilaterale, congiunta e concordata¹⁰⁷.

In conclusione, l’Accordo del 28 giugno 2011 comporta una spinta molto importante verso il decentramento controllato del sistema di contrattazione collettiva: i vincoli imposti dal contratto nazionale, pur sempre presenti, vengono decisamente allentati, nel segno della promozione di un

¹⁰⁴ MARESCA, 2013a, 714 ss.

¹⁰⁵ FERRARO, 2011a, 16; LASSANDARI, 2012, 62 s.; F. CARINCI, 2011c, 20 s. nota però come la previsione del meccanismo di rappresentatività delle RSA sia necessaria conseguenza della non applicazione universale delle RSU, come invece doveva essere nelle intenzioni dei soggetti firmatari del Protocollo del 1993.

¹⁰⁶ Così recita sempre il punto 5 dell’Accordo: “Inoltre, i contratti collettivi aziendali approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali con le modalità sopra indicate devono essere sottoposti al voto dei lavoratori promosso dalle rappresentanze sindacali aziendali a seguito di una richiesta avanzata, entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell’impresa. Per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L’intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza semplice dei votanti”. Cfr. DEL PUNTA, 2012, 38

¹⁰⁷ Non va però dimenticato, come notano ALES, 2011, 1072 s. e FERRARO, 2011a, 17, che, in realtà, esiste un margine di subordinazione dell’efficacia generalizzata degli accordi sottoscritti a maggioranza dalle RSU all’affiliazione sindacale: infatti, le norme dell’Accordo vincolano soltanto le associazioni firmatarie.

contratto aziendale che diventi fonte del diritto dell'impresa, nell'impresa e per l'impresa, intesa come comunità di riferimento che produce le norme da applicare al proprio interno, sviluppando gli strumenti necessari per aderire alle singole realtà produttive¹⁰⁸.

Sicuramente, l'Accordo del 2011 ha immesso nel sistema anche una forte dose di frammentazione, e quasi di disgregazione, delle tradizionali unità e stabilità garantite per decenni dai "carrozzoni normativi" dei contratti nazionali: e, tuttavia, è maturata la convinzione che questa frammentazione costituisca "un passaggio sofferto, ma ineludibile, nell'articolazione della resistenza alla globalizzazione"¹⁰⁹.

4. L'inedita fonte sulla produzione di matrice eteronoma: l'art. 8 l. 148/2011

In questo quadro complesso e in fermento, dove l'Accordo del 28 giugno 2011 pareva aver messo un punto fermo rispetto alle disordinate oscillazioni del sistema, nello stesso tempo cercando di assecondare, anche se con una certa prudenza, le spinte espresse dalla realtà, interviene, in modo tanto inaspettato quanto pesante, il legislatore dell'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni in l. 14 settembre 2011, n. 148, il quale "si è ingerito con la delicatezza di un elefante nei delicati compromessi politico-sindacali che avevano reso possibile l'Accordo di neppure due mesi prima"¹¹⁰.

Innanzitutto, dell'art. 8, norma "piccola piccola" nella sua formulazione eppure capace di disgregare i tradizionali equilibri dell'ordinamento¹¹¹, stupisce la sua stessa venuta ad esistenza, nel senso che, dopo la giuridificazione delle fonti e delle procedure di contrattazione collettiva (corporativa) avvenuta in epoca fascista, la ritrovata democrazia del Dopoguerra aveva dato inizio ad una consolidata strategia di non intervento del legislatore nei rapporti collettivi, tanto che sia i sindacati sia i loro atti erano rientrati e rimasti in un regime puramente e volutamente privatistico, anche se arricchito di alcune peculiarità¹¹². Come detto *supra*, infatti, l'ordinamento intersindacale si è costituito come un sistema a sé stante, dotato di proprie regole di organizzazione e soprattutto di

¹⁰⁸ Cfr., ampiamente, anche sul tema delle comunità di riferimento, ALES, 2011, 1074 s.

¹⁰⁹ Queste le parole di DEL PUNTA, 2012, 37

¹¹⁰ DEL PUNTA, 2012, 34; SCARPELLI, 2011, 5 parla di "intervento a gamba tesa" del legislatore nel sistema di relazioni sindacali; per una ricostruzione del retroterra storico-politico dell'art. 8 cfr. PERULLI-SPEZIALE, 2011, 2 ss.

¹¹¹ Così PESSI, 2011b, 537

¹¹² GIUGNI, 1986, 323 s.; MARESCA, 2012, 16 s. evidenzia l'assenza di qualunque sollecitazione delle parti sociali volta ad ottenere un intervento eteronomo sul punto.

produzione delle norme¹¹³: appare dunque come un forte strappo la creazione di una disciplina legale che intervenga direttamente sulla struttura della contrattazione e sul regime di competenza, regolazione ed efficacia delle sue fonti.

L'ordinamento intersindacale si è costruito e basato sulla peculiare interazione tra le norme costituzionali e la disciplina privatistica dei contratti, senza la mediazione delle legge, che si è sempre astenuta dal regolare la materia. L'autonomia sindacale, forte della legittimazione costituzionale contenuta nell'art. 39, ha scelto di creare un sistema di regolazione collettiva dei rapporti di lavoro che si servisse delle normali regole contrattual-civilistiche, costruendo, d'altra parte, in totale autonomia il sistema destinato a coordinare e sostenere le fonti di produzione normativa. Proprio per questo, la prima vera accusa diretta contro l'art. 8 è quella di aver compiuto un'improvvisa invasione di un campo non solo da sempre regolatosi in autonomia, ma che proprio in tempi recentissimi aveva confermato la vitalità di quel sistema di regole destinato a perpetrarsi nel tempo, e a rinnovarsi se necessario, facendo fronte ai cambiamenti¹¹⁴. Il Protocollo del 1993, cui sono seguiti gli Accordi del 2009 e 2011, ha infatti creato, come detto *supra*, un sistema organico e completo di regole, in modo che nel tempo l'ordinamento intersindacale stesso potesse essere in grado di trovare al proprio interno la forza, la legittimazione e le procedure per rinnovarsi, nonché per gestire i rapporti tra le varie fonti; questo ovviamente è accaduto perché le associazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro hanno assunto il ruolo di rappresentare gli interessi dei propri affiliati (e come si è visto, non solo di essi) e di intrecciare le proprie volontà per creare un ordinamento autonomo che proprio sulla difesa e sulla continua composizione, anche conflittuale, di tali interessi si basasse¹¹⁵.

Adottando altro e diverso punto di vista, non si può però negare la funzione promozionale dell'autonomia svolta anche in passato dalla legge: la norma dello stato, infatti, ha in più occasioni fornito sostegno eteronomo all'autonomia delle parti sociali, ad esempio attraverso la concessione di premi ed incentivi per le imprese che promuovano la contrattazione aziendale, oppure con il riconoscimento e l'istituzionalizzazione (anche procedurale) del ruolo dei sindacati in determinate situazioni¹¹⁶ (trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda, licenziamenti collettivi, ricorso alla Cassa Integrazione Guadagni, per citare le più importanti). Si potrebbe dunque interpretare anche l'art. 8 in questo senso, come una norma che sostiene l'autonomia collettiva, conferendo ad essa (e,

¹¹³ Cfr. GIUGNI, 1960a, in particolare 93 ss.; 107.

¹¹⁴ Cfr. TURSI, 2006, 301 s.; FERRARO, 2011a, 31, che in proposito ipotizza una contrarietà della norma, già per ciò solo a livello generale, all'art. 39 Cost., sotto il profilo della garanzia della libertà sindacale.

¹¹⁵ Cfr. ZOLL, 2011, 42 s.; SCOGNAMIGLIO, 2011, 504 s.

¹¹⁶ Cfr. GIUGNI, 1986, 319 s.; F. CARINCI, 2011c, 24 s., che però, a fronte della possibile interpretazione dell'art. 8 come norma promozionale della contrattazione collettiva, commenta "il troppo stroppia".

nello specifico, alla contrattazione di livello aziendale) poteri più ampi rispetto a quelli prima esistenti? La maggior parte della dottrina dà risposta sostanzialmente negativa al quesito, ponendo l'accento, ancora una volta, sull'estemporaneità e avventatezza di una riforma entrata come un cuneo in un sistema ampio e complesso: poiché il sistema dell'autonomia collettiva, dal 1993 e ancora fino al recente Accordo del 2011, aveva sempre confermato la propria centralità nello strumento del contratto nazionale di categoria, garante della certezza e del riconoscimento uniforme dei diritti dei lavoratori, il sostegno della legge, che aggira il livello nazionale e giunge direttamente a quello aziendale, non può considerarsi reale e proficuo sostegno all'autonomia collettiva espressa nel consolidato ordinamento intersindacale. In altre parole, se è vero che la centralità del contratto nazionale non è affatto un dato incontrovertibile, e altrettanto vero che questo assetto potrà essere modificato o sovvertito soltanto dall'ordinamento intersindacale stesso, e non dal legislatore¹¹⁷: del resto, già l'appena citato Giugni sosteneva che non ogni intervento della legge necessariamente porta ad una giuridificazione, ben potendo, al contrario, condurre ad una deregolazione del sistema in cui la legge stessa interviene. Questo pare maggiormente il caso dell'art. 8, che, forse pensato con la funzione di disciplinare il e cercare soluzione al sempre più complesso caso Fiat, necessariamente non può fermarsi a questa funzione contingente e dunque ridisegna l'intero assetto delle relazioni contrattuali e dell'efficacia negoziale dell'autonomia sindacale, gettando le basi, permanenti, per l'aziendalizzazione del diritto del lavoro e il consolidamento di tendenze "micro-corporative" nel sistema di relazioni industriali¹¹⁸. Ecco dunque che l'intervento della legge, invece di sostenere l'autonomia collettiva, porterebbe ad una sua mortificazione, alla deregolazione di un sistema di norme, di un vero ordinamento, consolidato nei decenni e ora "invaso" da una norma che presenta rispetto ad esso incoerenze troppo profonde.

4.1. Possibilità di deroga ed efficacia soggettiva del contratto aziendale

Con il testo dell'art. 8, il legislatore interviene a regolare due materie mai toccate dalla norma dello stato, perché sempre autonomamente disciplinate dall'ordinamento intersindacale (integrato con le ordinarie regole civilistiche): la questione dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo

¹¹⁷ Cfr. FERRARO, 2011a, 27 ss.; DE LUCA TAMAJO, 2012, 14 afferma che lo strumento più utile per realizzare una riforma sul punto sarebbe stato, infatti, il conferimento di una delega in tal senso dalla legge al sistema sindacale di contrattazione e di responsabilità collettiva.

¹¹⁸ ALES, 2011, 1062 e 1086, ove si parla della tendenza, per nulla celata, del legislatore alla "assolutizzazione dell'interesse dell'impresa quale 'comunità di riferimento' prevalente [...] coincidenza del luogo giuridico di produzione con quello di applicazione delle norme e una estremizzazione del concetto di *loci laboris*, in prospettiva aziendale o territoriale".

aziendale (comma 1 e 2) e la possibilità per esso di derogare alla disciplina prevista dal contratto nazionale e anche dalla legge stessa (comma 2 bis). Proprio su questo piano di ingerenza del legislatore e della fonte legale nel sistema delle norme collettive, ancora più che su quello strettamente contenutistico, l'art. 8 rappresenta una novità dirompente nel quadro delle fonti, dato che, come ampiamente visto *supra* (§§ 3.2 e 3.3) gli ultimi Accordi Interconfederali si erano mossi verso la decisa affermazione del potere di deroga del contratto aziendale rispetto a quello nazionale; tuttavia, il sistema non si era affatto distaccato (né aveva intenzione di farlo) dalla regola generale per cui non si può riconoscere efficacia (tanto meno *erga omnes*) alla deroga collettiva che non si inserisca nel sistema di raccordo tra i vari livelli contrattuali e nel rispetto della funzione autorizzatoria e di garanzia propria del contratto nazionale¹¹⁹.

Quanto ad un altro punto focale, non è certo questa la prima volta che il contratto collettivo aziendale viene autorizzato a derogare anche dalla disciplina legale, e tuttavia la vera novità risiede nella generalità di questa delega/autorizzazione: finora, infatti, la legge prevedeva specifiche discipline e ipotesi chiaramente individuate al ricorrere delle quali la singola norma avrebbe potuto essere derogata dall'intervento della contrattazione di secondo livello¹²⁰. Del resto, l'autorizzazione in tal senso doveva essere esplicita e necessaria, poiché la deroga del contratto collettivo, specialmente aziendale, alla legge ha sempre costituito un'ipotesi eccezionale. La rottura dell'art. 8 con il sistema consolidato è quella di trasformare, *ex lege* e non ad opera delle regole endosindacali, l'eccezione in regola: il comma 2 bis, infatti, afferma esplicitamente che tutte le intese modificative aventi ad oggetto materie di cui al comma 2 e contenute in contratti aziendali conclusi secondo le regole di cui al comma 1 possono sempre derogare alle discipline di legge esistenti, ponendosi così la specializzazione organizzativa e della fonte collettiva di secondo livello e il criterio di prossimità alla realtà destinataria dei precetti come nuove regole di prevalenza nella gerarchia delle fonti eteronome della disciplina del rapporto di lavoro¹²¹. La piena ed indiscriminata autorizzazione alla deroga nei confronti sia della legge sia del contratto nazionale apre un *vulnus* non indifferente nella

¹¹⁹ SCARPELLI, 2011, 3 s.; Cfr. MONTEMURRO, 1971, 162, il quale, in opposizione a coloro che negavano la necessità della natura sindacale dei soggetti stipulanti per qualificare un negozio come contratto collettivo, afferma che qualunque pattuizione che deroghi alle norme del contratto collettivo senza essere inserita nelle regole di funzionamento del sistema di contrattazione (dunque, potremmo dire, non solo laddove i soggetti non abbiano natura sindacale, ma anche in qualunque altro caso in cui l'atto negoziale si ponga al di fuori del sistema delle fonti collettive) non può avere efficacia collettiva, ma tutt'al più essere oggetto di singole pattuizioni individuali.

¹²⁰ Parzialmente *contra* però DEL PUNTA, 2012, 45 s., il quale afferma che, tutto sommato, la vera novità introdotta dall'art. 8, comma 2 bis, è la libera derogabilità del contratto collettivo nazionale da parte di quello aziendale, poiché, al contrario, la possibilità di contraddire la disciplina di legge non appare stravolgere un sistema che già accettava rinvii e deleghe da parte della norma statale alle fonti sindacali di livello decentrato.

¹²¹ Garilli, 2012, 5, parla di una "delega in bianco" che pone in seria difficoltà il dogma dell'inderogabilità della norma di legge; BAVARO, 2012, 141 s., ove si afferma che l'art. 8 ha la stessa struttura di una clausola di uscita, ma, contrariamente ad esse, ha portata ampia e generalissima; FERRARO, 2011a, 22.

funzione che l'inderogabilità riveste nel diritto del lavoro: come acutamente notato, ben si potrebbe dire che, per quanto riguarda la norma legale, l'inderogabilità costituisce una tecnica di tutela, di cui il legislatore ben può modulare l'intensità prevedendo (in varia misura) o non prevedendo possibilità dispositive per le parti; al contrario, "sul piano dell'efficacia del contratto collettivo l'inderogabilità si erge a vincolo di sistema, costituzionalmente imposto", poiché la garanzia della libertà sindacale *ex art. 39 Cost.* rimarrebbe lettera morta senza il baluardo dell'inderogabilità delle norme lavoristiche collettivamente poste¹²². Questo ragionamento, che riguarda il rapporto tra il contratto individuale di lavoro e le fonti eteronome di disciplina, potrebbe però applicarsi anche ad una fonte sì collettiva, ma formatasi al di fuori delle garanzie proprie dell'ordinamento intersindacale, così come quella che rischia di crearsi sulla base della lettera dell'art. 8¹²³.

Per quanto riguarda l'efficacia generale del contratto collettivo aziendale, la disposizione che assicura ai contratti conclusi nel rispetto dei requisiti indicati "efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati" pare ricalcare quella di cui al punto 4 dell'Accordo del 2011, poiché ugualmente viene richiesta la soddisfazione di un criterio maggioritario nella stipulazione del contratto, "relativo alle predette rappresentanze sindacali", e dunque ben possibilmente coincidente proprio con quello elaborato solo due mesi prima nell'accordo peraltro menzionato dalla norma stessa (comma 1). La vera novità su questo versante è la legificazione del meccanismo di riconoscimento dell'efficacia generale del contratto collettivo nell'impresa: già l'Accordo del 28 giugno, nel creare una fonte aziendale vincolante automaticamente per tutti i dipendenti aveva "saltato a piè pari" i tanti tentativi di dottrina e giurisprudenza di ricercare interpretazioni atte a raggiungere, in via ermeneutica e spesso con ragionamenti piuttosto audaci, l'applicabilità della disciplina collettiva a tutti i lavoratori¹²⁴. A maggior ragione, nel momento in cui tale operazione viene incardinata in una norma di legge, si creerebbe una novità assoluta nel sistema, della fonte in cui per la prima volta, dopo il testo (come ben si sa, mai applicato) dell'art. 39, comma 4, Cost., il legislatore parla di nuovo di un contratto collettivo con efficacia *erga omnes*¹²⁵.

¹²² ZOLI, 2004, 404 ss.; si noti, peraltro, che, come molto opportunamente esposto da GRAGNOLI, 2005, 93 s., nderogabilità della norma e indisponibilità dei diritti richiamano due realtà ben diverse e non necessariamente la prima implica la seconda. In altre parole, non si possono definire indisponibili tutti i diritti assegnati da una norma nderogabile, e anzi disporre dei diritti, nel rispetto delle procedure previste, è sempre permesso con il solo limite, individuato dalla dottrina maggioritaria, dei diritti già acquisiti ed entrati nel patrimonio del lavoratore, mentre alcuna restrizione riguarda i diritti futuri.

¹²³ PERULLI-SPEZIALE, 2011, 23 ss. parlano di una crisi dell'universalità del diritto a causa della fungibilità tra fonte legale, portatrice di un interesse generale, e fonte contrattuale, per vocazione posta a tutela di interessi particolari (professionali, di categoria, di gruppo).

¹²⁴ Cfr. DEL PUNTA, 2012, 37 ss.

¹²⁵ BAVARO, 2012, 137

Come in parte si è detto *supra*, la legge ha cercato in vari modi, se non di attuare l'art. 39 Cost. in quanto tale, perlomeno di realizzare il suo scopo, ovvero la creazione di un contratto collettivo ad efficacia generale, portatore di reale certezza nella sua applicazione ai lavoratori: il tentativo più "aperto" è rappresentato certamente dalla già citata Legge Vigorelli del 1959, ma varie altre soluzioni adottate dal legislatore testimoniano un percorso del contratto collettivo verso una relativa istituzionalizzazione e avvicinamento alle fonti del diritto dello Stato¹²⁶. A tal proposito, vale la pena menzionare la particolarità individuata nel contratto collettivo cui la legge rinvia per intervenire in materia di lavoro flessibile, laddove si ritiene che la disciplina sindacale debba essere letta come direttamente delegata dalla legge, e dunque dotata delle medesime caratteristiche proprie di quest'ultima, prima fra tutte l'efficacia soggettiva generale nei confronti di tutti i destinatari della norma. In questi casi, l'uniformità di disciplina per tutti i lavoratori sarebbe assolutamente necessitata, ma, si badi bene, non per il medesimo ragionamento sotteso all'efficacia *erga omnes* delle *Betriebsnormen* in Germania, ovvero la dovuta e strutturale parificazione dei dipendenti dell'impresa ai fini della gestione e dell'andamento della stessa, bensì a causa di un fine più alto ed ampio, vale a dire la salvaguardia dell'occupazione e del funzionamento del mercato del lavoro. La flessibilizzazione dei rapporti di lavoro, funzionalizzata all'obiettivo di politica generale dell'occupazione, rappresenterebbe infatti un microcosmo di interessi a sé, in cui la promozione e la regolamentazione di rapporti flessibili sostengono l'occupazione in un intreccio indissolubile e quasi separato dal resto del sistema di negoziazione collettiva delle condizioni di lavoro: è come se questi interessi prescindessero da quelli delle parti stesse, dalla contrapposizione tra lavoro e impresa composta mediante la contrattazione, per cui, anche laddove la legge non conferisce esplicitamente efficacia generale al contratto cui rinvia, questa caratteristica apparirebbe connaturata al tipo di fonte, più vicina alla legge delegante che al contratto collettivo. Inoltre, poiché il contratto collettivo non può essere applicato soltanto parzialmente, con selezione delle clausole da includere e irrilevanza di quelle da escludere, laddove sussista in esso una funzione "flessibilizzante" essa tocca tutti i lavoratori, anche contro la loro volontà, e dunque li vincola complessivamente senza possibilità di uscita o di differenziazioni¹²⁷.

¹²⁶ Cfr. SCOGNAMIGLIO, 2011, 492: 502 s.

¹²⁷ Cfr. ampiamente A. ZOPPOLI, 2008, 1889 ss., ove si menziona anche il fondamentale *obiter dictum* di Corte Cost. 18 ottobre 1996, n. 344, che individua la vocazione naturale dei contratti collettivi delegati dalla legge a svolgere una funzione normativa con efficacia generale. Secondo il Giudice delle leggi, questo modello sarebbe volutamente sostitutivo, nelle intenzioni del legislatore, del mai attuato art. 39 Cost. e per questo, in presenza di interessi generali connessi al mercato del lavoro, come quelli presenti in ogni disciplina di lavoro flessibile, appare ovvio conferire al contratto collettivo in esame efficacia *erga omnes*.

In altri casi (soprattutto, come detto, in situazioni legate alla crisi dell'impresa) la legge risolve puntualmente il problema dell'applicabilità del contratto aziendale anche ai non iscritti ad alcun sindacato mediante l'esplicita previsione del "trasferimento" della propria efficacia *erga omnes* alla fonte delegata: e tuttavia, come già si è detto per la derogabilità della legge ad opera della contrattazione, questo era sempre avvenuto mediante singole clausole, in ambiti circoscritti, e non con un'apertura generale tanto alla derogabilità quanto all'efficacia generalizzata di essa¹²⁸. Del resto, come è stato giustamente notato, dopo "l'esplosione" del caso Fiat non era pensabile ignorare oltre il problema dell'efficacia soggettiva della contrattazione decentrata, tanto più che, per la prima volta nella storia del nostro Paese, il problema riguardava anche il conflitto tra i soggetti sindacali, che negli ultimi due anni avevano perso la loro tradizionale unità; a questo, però, aveva già pensato l'Accordo del 28 giugno che, per mettere finalmente un punto fermo nel sistema di raccordo tra i vari livelli contrattuali, ha usato la via mediata di normare i rapporti tra i soggetti stipulanti. Ecco perché, ancora una volta, ben si può dire che la sovrapposizione tra l'Accordo Interconfederale e l'art. 8 appare quanto mai vistosa e innegabile e, dunque, ciò che realmente si teme della norma è la sua dimensione collettiva ben più che individuale, la sua natura più che il suo contenuto, l'ingerenza del legislatore nell'ordinamento intersindacale più che l'effetto sostanziale di questa ingerenza¹²⁹.

4.2. Volontà collettiva, volontà individuale e volontà della legge nelle riforme della flessibilità

Senza dubbio sarebbe sbagliato considerare l'art. 8 come un'estemporanea idea del legislatore, sorta dal nulla e da un improvviso cambio di rotta: le spinte alla rottura del dogma dell'inderogabilità delle legge lavoristica non sono infatti una novità degli ultimi anni, poiché già nel Libro Bianco del 2001 si rintracciano aspirazioni in tal senso. Questo atto di indirizzo, infatti, evidenzia il possibile ostacolo rappresentato dalla inderogabilità della legge, che arresterebbe le positive potenzialità dell'accordo tra le parti, capace di realizzare assetti di interessi conformi al mutamento della situazione socio-economica; la derogabilità invocata dal legislatore riguarda tutte le fonti eteronome, per cui non solo al contratto collettivo andrebbero aperti maggiori spazi di derogabilità della legge, ma anche l'autonomia individuale dovrebbe avere la possibilità di determinare regole peggiorative rispetto a quelle contenute nella fonte legale o contrattuale¹³⁰.

¹²⁸ SCOGNAMIGLIO, 2011, 509 s.

¹²⁹ Cfr. ALES, 2011, 1071; BAVARO, 2012, 138 s.

¹³⁰ ZOLI, 2004, 378 ss., ove peraltro si nota come il modello della c.d. "derogabilità assistita" implementato in Italia in risposta a queste istanze, promuova forme di "uscita" dalle norme di legge e di contratto collettivo, in cui protagonista è

E' per certo vero che l'inderogabilità assoluta della norma di legge o di contratto collettivo crea un ostacolo nei confronti della libera volontà individuale, non solo dell'imprenditore ma anche del lavoratore, a volte penalizzato anziché protetto dall'impossibilità di negoziare le condizioni del rapporto a seconda delle specificità del caso concreto¹³¹; tuttavia, sarebbe un errore mettere da parte un principio generale per arginare storture contingenti createsi nel sistema, poiché anche il corretto utilizzo dello strumento dell'inderogabilità dovrebbe essere lasciato nelle mani della negoziazione collettiva, capace di bilanciare adeguatamente, con la composizione dei contrapposti poteri, le istanze di tutela con quelle di adesione alla realtà e ai suoi mutamenti: un sistema di nderogabilità/derogabilità che affondi le sue radici al di fuori dell'ordinamento intersindacale e che esuli dalla funzione negoziatrice dei soggetti rappresentativi rischia infatti di mettere in crisi il sistema collettivo di adattamento del lavoro ai mutamenti dell'economia, lasciando spazio al perseguimento scomposto e caotico dei vari, molteplici, interessi individuali¹³².

Per mediare tra le due necessità, da una parte l'intervento del legislatore per garantire l'efficace creazione di un sistema di derogabilità con efficacia soggettiva generalizzata, dall'altra la conservazione di un sistema di contrattazione collettiva governato dall'autonomia sindacale, si potrebbe cercare di inquadrare l'art. 8 come norma di sostegno e promozione alla contrattazione stessa che infatti non impone obblighi, bensì semplici oneri a contrarre: come dire che, se e solo se i contratti collettivi aziendali vogliono guadagnare la capacità di derogare alle norme di legge o di contratto di categoria, e di farlo con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori dell'impresa, allora sono liberi di concludere accordi secondo le procedure, le finalità e nelle materie previste dall'art. 8¹³³. Inoltre, proprio la considerazione della funzione promozionale della legge, che crea un contratto collettivo delegato e lo qualifica come vera e propria fonte del diritto, legittimerebbe la norma stessa ad intervenire e creerebbe un sistema a parte, "un quadro di regole adeguato non già alla contrattazione collettiva in sé, ma alla contrattazione oggetto di rinvio legale"¹³⁴.

Anche aderendo a queste considerazioni, tuttavia, non si può prescindere dalla già menzionata "avventatezza" dell'art. 8, che non realizza una vera promozione della contrattazione collettiva, in

la volontà individuale, assistita però non dal tradizionale soggetto sindacale, bensì dal nuovo organo della Commissione di Certificazione, istituito a questo scopo dagli artt. 75 ss. d. lgs. 276/2003 e le cui competenze si sono mano a mano ampliate con le riforme successive; GIUGNI, 1986, 336, affermava già che i meccanismi di apertura alla derogabilità *in pejus* della norma di legge alteravano e indebolivano progressivamente il prima assolutamente indiscusso principio del *favor*.

¹³¹ Cfr. VALLEBONA, 2011, 4 che parla di "uniformità oppressiva" imposta dalla norma nderogabile.

¹³² Cfr. GRAGNOLI, 2005, 107 ss., in particolare 110; cfr. ampiamente sul punto DE LUCA TAMAJO, 2013, 726 ss.

¹³³ Cfr. GIUGNI, 1986, 337, che già in tempi così risalenti parla di una "tecnica indiretta nel sostegno alla contrattazione" adottata dal legislatore con l'obiettivo di dare impulso e forza al livello di contrattazione individuato e investito del potere, in questo caso, appunto, il livello aziendale.

¹³⁴ TURSI, 2006, 310

quanto, invece di sostenere la struttura dell'ordinamento che produce quella contrattazione, valorizza indebitamente una sola fonte, peraltro non quella cui il sistema intersindacale assegna il ruolo prioritario da un punto di vista di raccordo "gerarchico". E' pur vero che la valorizzazione del contratto aziendale potrebbe rispondere ad un altro criterio pure invalso nel sistema delle fonti, vale a dire quello di specialità, con prevalenza della norma più vicina alla realtà da regolare¹³⁵: ma anche in questo caso non si potrebbe che criticare il disposto "sradicamento" del contratto aziendale dal sistema della contrattazione collettiva nel suo complesso. Sarebbe questa la massima e totale accettazione della "aziendalizzazione" del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, in cui la singola impresa diventa autonomo centro di produzione delle norme in essa applicate, creando un sistema di regole basate sulle esigenze di ogni realtà organizzativa: la promozione di questo processo non può che negare l'adesione al quadro di riferimento esistente, che si ancora alle comunità del diritto tradizionali¹³⁶, prima di tutto lo Stato con le sue varie articolazioni territoriali, nonché, ovviamente, l'ordinamento intersindacale, che ha sempre visto gli accordi aziendali in deroga come ipotesi eccezionale cui ricorrere a fronte di situazioni difficili e imprevedibili. Ecco perché la normalizzazione del contratto aziendale come fonte del diritto autonoma rispetto al sistema intersindacale di raccordo tra livelli trasforma l'eccezione in regola¹³⁷, e istituzionalizza come unico luogo di produzione normativa uno strumento che, per come è stato finora, è strutturalmente inidoneo a tale ruolo e insufficiente per la funzione assegnata: basti pensare, ad esempio, che non è mai stato compito né parte del contratto aziendale determinare standard minimi di trattamento per i lavoratori, cosa che invece ha sempre fatto il livello nazionale di categoria¹³⁸. Il contratto aziendale viene così tanto valorizzato, e posto al centro del sistema di determinazione collettiva delle condizioni di lavoro, poiché viene progressivamente enfatizzata la sua capacità di adattare le ragioni del diritto a quelle dell'efficienza organizzativa ed economica e, nonostante le strategie occupazionali siano tradizionalmente legate alla dimensione del mercato del lavoro,

¹³⁵ Cfr. PESSI, 2011b, 546 ss., il quale afferma che la tendenza al decentramento, in particolare attraverso la sempre maggior apertura alla derogabilità delle fonti nazionali da parte di quelle periferiche è una tendenza generale del sistema negli ultimi anni e non dovrebbero perciò porsi particolari problemi legati all'entrata in vigore dell'art. 8. Piuttosto, il problema è da una parte l'illimitatezza della delega, e dall'altra il superamento della funzione garantistica del livello superiore di contrattazione.

¹³⁶ ALES, 2011, 1066 s. parla di una "estremizzazione" del criterio della specializzazione, prima utilizzato per risolvere i conflitti tra contratto collettivo nazionale ed aziendale a favore del secondo, tanto da averlo trasformato nella giustificazione dell'autonomia incontrollata del secondo livello rispetto al primo.

¹³⁷ BAVARO, 2012, 118 nota però che la normalizzazione della deroga da parte del contratto aziendale alla disciplina collettiva di livello nazionale è una tendenza anche dell'ordinamento intersindacale stesso negli ultimi anni, espressa appunto negli Accordi del 2009 e 2011. Del resto, prevedere già a livello generale le possibilità di deroga significa giustificarle a priori, e quindi negare la necessità dell'accertamento di una particolare situazione (di crisi o difficoltà, com'era in precedenza) perché la deroga sia legittima.

¹³⁸ Così GIUGNI, 1968 (1989), 160; cfr. DEL CONTE, 2012, 25 ss.

matura l'idea che proprio dall'interno dell'impresa come comunità di riferimento passino le possibilità di incremento dell'occupazione e di lotta alla disoccupazione. Ecco allora che, se la risposta alle sfide della competitività e dell'occupazione viene ricercata nel potenziamento degli spazi di libertà della contrattazione aziendale, il contratto nazionale potrebbe tutt'al più conservare "il valore di indicazione di quadro o di riferimento, modificabile in direzioni più o meno favorevoli ai lavoratori"¹³⁹. Proprio per cercare di salvare i pilastri consolidati dell'ordinamento intersindacale e delle norme di raccordo tra i vari livelli di contrattazione, si è ipotizzato che, a pena di creare un sistema del tutto incoerente, quello stesso art. 8, comma 2 bis, che autorizza la contrattazione aziendale a derogare anche alle disposizioni di legge dovrebbe, *a fortiori* anche se implicitamente, riconoscere la medesima prerogativa anche al livello nazionale di categoria, a pena di portare ad una revisione totale del sistema di rapporti tra le fonti¹⁴⁰; eppure, pare proprio che sia questa l'intenzione del legislatore, che infatti non fa alcun riferimento alla contrattazione nazionale, escludendola dunque sia dalla possibilità di derogare, se non esplicitamente autorizzata, alla disciplina di legge, sia dall'accesso ai meccanismi di acquisto dell'efficacia soggettiva generalizzata. In questo modo, il sistema delle fonti dell'autonomia collettiva viene letteralmente capovolto, e il contratto nazionale appare nettamente sottordinato a quello aziendale, nel senso che "l'efficacia *erga omnes*, combinata alla capacità derogatoria, rende [...] la contrattazione di prossimità molto più vicina alla legge di quanto sia stato finora anche soltanto ipotizzato per la contrattazione collettiva a efficacia generalizzata"¹⁴¹.

4.3. I confini soggettivi e oggettivi delle intese di cui all'art. 8

A fronte di tali e tanti poteri riconosciuti alla contrattazione aziendale, stupisce la relativa "trascuratezza" con cui l'art. 8, comma 1, seleziona i soggetti abilitati a concludere gli accordi contenenti le intese modificative con efficacia *erga omnes*. Come si è accennato *supra*, il problema della misurazione della rappresentatività dei soggetti collettivi è da sempre stato cruciale, e forse mai realmente risolto, nell'ordinamento intersindacale: l'art. 8, che pure pone punti fermi in altri temi più che complessi e controversi (la derogabilità nel raccordo tra i diversi livelli di contrattazione e l'efficacia soggettiva *erga omnes*), non si pronuncia con chiarezza su questo tema e

¹³⁹ TREU, 2011, 627; ALES, 2011, 1068 s.

¹⁴⁰ Così FERRARO, 2011a, 24, il quale ritiene totalmente illogico, anche se interpretato alla luce della funzione flessibilizzante della contrattazione aziendale, permettere a rappresentanze ridotte e localistiche di intervenire su fondamentali istituti del rapporto di lavoro normati dalla legge e contemporaneamente negare questa possibilità ai contratti nazionali; SENATORI, 2011, 3

¹⁴¹ ALES, 2011, 1082 s.

parla semplicemente di “associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriali ovvero [dal]le loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011”. Il legislatore, dunque, rimane su questo versante in armonia con il precedente *acquis* dell’evoluzione endosindacale e richiama un non meglio identificato criterio maggioritario, riferito alle associazioni e non ai lavoratori; così, se la menzione dell’Accordo del 28 giugno riguarda, nella lettera della legge, la sola individuazione dei soggetti abilitati a stipulare contratti, la sua vera utilità si esplica nel campo della determinazione del “criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali”, poiché questo altro non può essere se non il meccanismo di formazione di volontà maggioritaria all’interno delle RSU e delle RSA previsto rispettivamente dai punti 4 e 5 dell’Accordo¹⁴².

Più puntualmente definito, almeno nelle intenzioni del legislatore, risulta il requisito oggettivo ancorato alla finalità degli accordi in deroga: le specifiche intese modificative, per rientrare nel fuoco dell’art. 8, devono infatti essere funzionali ad obiettivi ben precisi, ovvero “alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all’adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all’avvio di nuove attività”. Le finalità delle intese in deroga, come riportato *supra*, erano indicate già nell’Accordo del 2009 come requisito oggettivo di applicabilità della disciplina interconfederale, tuttavia solo quest’elenco e non anche quello deve ritenersi a carattere tassativo e non meramente esemplificativo; inoltre, impossibile non notare come, a fronte della aziendalizzazione della sede di produzione normativa, le regole nate a livello decentrato vengano vincolate a scopi invece molto ampi e generali, collocati nella dimensione più vasta del territorio e del mercato, che vanno ben al di là della semplice ricerca di competitività dell’impresa e investono il cuore della vocazione protettiva del diritto del lavoro¹⁴³. Le finalità elencate dalla norma sono state accusate di una certa incoerenza rispetto al mezzo indicato per raggiungerle (le intese modificative contenute in contratti collettivi aziendali) e, d’altra

¹⁴² FERRARO, 2011a, 21 e 23; ALES, 2011, 1078 s. In ogni caso, la dicitura “da” associazioni rende chiaro, come già in passato, che le menzionate associazioni non devono necessariamente agire in modo unitario. Per il fondamento del criterio rappresentativo e maggioritario contenuto nell’Accordo del 28 giugno cfr. R. PESSI, 2011a, 38 s. *Contra* GALANTINO, 2012b, 14, afferma che in realtà il riferimento debba intendersi più propriamente come volto a consacrare l’interpretazione giurisprudenziale, precedente e indipendente dall’Accordo del 2011, in tema di criteri di identificazione delle associazioni sindacali “comparativamente più rappresentative”. Doveroso fare cenno al fatto che tutte le norme in tema di RSA dovranno necessariamente coordinarsi con la pronuncia della Corte Costituzionale del 23 luglio 2013, n. 231, su cui, tra tutti, SCARPONI, 2013, 495 ss.; LECCESE, 2013, 539 ss.; RUSCIANO, 2013a, 517; MARESCA, 2013b, 1298 ss.

¹⁴³ Cfr. ALES, 2011, 1080 s.; MARAZZA, 2012, 44 s. afferma che proprio nella finalità delle intese trova ragionevolezza e giustificazione l’eventuale disparità di trattamento introdotta dalle intese in deroga.

parte, di una tale complessiva genericità da risultare di fatto inidonee a delimitare l'ambito oggettivo di applicabilità dell'art. 8: lo scarso rilievo definitorio avvicinerebbe dunque l'elenco del comma 1 ad una clausola di stile, premessa del catalogo delle materie, più che ad un elemento di determinazione¹⁴⁴. Tuttavia, poiché la lettera dell'art. 8, comma 1, conferisce i poteri di deroga e l'efficacia soggettiva *erga omnes* alle "specifiche intese [...] finalizzate" bisogna riconoscere valore normativo all'elenco, per quanto generico, cosa che renderebbe *ex post* sindacabile la legittimità delle intese stesse, che potrebbero perdere i benefici riconosciuti dalla norma di legge se tale funzionalizzazione non venisse in concreto rintracciata¹⁴⁵. Il giudice sarebbe così chiamato a controllare ed indagare le finalità sottese alla sottoscrizione di un accordo sindacale, e potrebbe valutare la coerenza ed adeguatezza del mezzo usato rispetto allo scopo individuato dalla legge; in questo modo, però, si arriverebbe ad autorizzare il controllo dell'autorità giudiziaria sul contenuto sostanziale, e sul merito della strategia, del contratto collettivo, cosa da sempre rifiutata con decisione, e fortemente temuta, dalla dottrina maggioritaria¹⁴⁶. L'ordinamento intersindacale, infatti, in quell'autonomia di cui fin dall'inizio si è parlato, disconosce il sistema di giustiziabilità e sanzionabilità dei diritti a livello statale, e autolegittima un unico meccanismo "sanzionatorio" interno alle relazioni industriali e sindacali, vale a dire lo sciopero¹⁴⁷. D'altra parte, c'è da chiedersi cosa possa accadere nel caso in cui l'accordo in deroga non persegua effettivamente una o più delle finalità elencate dall'art. 8, comma 1, ma rispetti, nella sua stipulazione, il meccanismo maggioritario di cui all'Accordo del 28 giugno: si potrebbe allora ipotizzare un'intesa modificativa con efficacia solo *ex* Accordo e non *ex* art. 8, ovvero autorizzata a derogare al contratto nazionale nelle materie da esso indicate (ma non alla legge), e dotata di efficacia *erga omnes* (ma vincolante solo per le associazioni sindacali firmatarie dell'Accordo stesso)? In altre parole, apparirebbe reale un sistema in cui diversi contratti collettivi aziendali, a seconda del grado di "conformità" col

¹⁴⁴ F. CARINCI, 2011c, 38 ss., il quale peraltro nota come le materie elencate coprono tanto la disciplina del mercato quanto quella del rapporto di lavoro, senza alcuna volontà di circoscrivere l'ambito di intervento delle intese; TREU, 2011, 635; BAVARO, 2012, 143, evidenzia le incoerenze interne ad alcune delle finalità elencate: così, per quanto riguarda l'incentivo all'occupazione, non è possibile prevedere l'applicabilità soggettiva delle deroghe soltanto ai nuovi assunti; per quanto riguarda gli investimenti e l'avvio di nuove attività, non necessariamente questi sono collegati alla specializzazione organizzativa delle fonti; la produttività, inoltre, è un concetto decisamente vago a ampio, anche perché non sempre deve considerarsi legato unicamente alla quantità, ben potendo ancorarsi a parametri esclusivamente qualitativi.

¹⁴⁵ PERULLI, 2013, 941 ss.

¹⁴⁶ ALESSI, 2012, 43; ALES, 2011, 1081, nota che questo controllo giudiziale potrebbe essere attivato su iniziativa sia dei lavoratori sia delle organizzazioni sindacali dissenzienti.

¹⁴⁷ Così GIUGNI, 1960a, 127 ss.

dettato della norma, acquisterebbero diversi regimi di efficacia, con la coesistenza di intese modificative legittimate dal solo Accordo del 28 giugno con altre coperte dall'art. 8¹⁴⁸.

Passando a considerare le materie che possono essere oggetto di specifiche intese, l'elenco contenuto nel comma 2 deve considerarsi, proprio come quello delle finalità, di carattere tassativo e non meramente esemplificativo, né equivalente ad una clausola generale: questo è stato del resto confermato dalla stessa Corte Costituzionale che, pronunciandosi sulla compatibilità dell'art. 8 con l'art. 117 Cost. (sul punto ci si soffermerà *infra*) ha affermato che “le ‘specifiche intese’ previste dal comma 1 non hanno un ambito illimitato, ma possono riguardare soltanto ‘la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione’, con riferimento ad ambiti specifici ivi indicati, in una elencazione da considerare tassativa, ed anche l'effetto derogatorio previsto dal censurato comma 2 bis opera in relazione alle materie richiamate dal comma 2 e non per altre”¹⁴⁹.

Certo, non si può negare l'ampiezza della formulazione delle varie materie elencate, che arrivano a coprire la quasi totalità del diritto del lavoro, ma, d'altra parte, è un dato storico quello che evidenzia come tutte le materie e gli aspetti del rapporto e dell'organizzazione di lavoro, in quanto collegati all'imprenditore e all'esercizio dei suoi poteri, sono da sempre stati toccati dalla contrattazione aziendale, soprattutto nelle grandi realtà industriali e questo, ovviamente, con lo scopo preciso di estendere il più possibile l'area coperta dalla tutela sindacale nella garanzia della bilateralità delle decisioni datoriali¹⁵⁰. Nonostante questa considerazione, è piuttosto sorprendente la vastità delle materie elencate al comma 2, che di fatto arrivano a ricomprendere la quasi totalità del diritto del lavoro: se, infatti, come in teoria potrebbe accadere, un contratto collettivo aziendale contenesse intese modificative riguardanti tutti gli oggetti menzionati dalla legge, di fatto al livello nazionale rimarrebbe la sola competenza in tema di diritto antidiscriminatorio, aspetto di certo fondamentale, ma al quale non può essere certo ridotto l'intero apparato protettivo del diritto del lavoro¹⁵¹. In particolare, la locuzione del punto e), “modalità di disciplina del rapporto di lavoro” potrebbe realmente ricomprendere ogni aspetto possibile del diritto del lavoro, creando una delega amplissima, aperta e libera nella sua realizzazione, ben diversa e imparagonabile rispetto alle molteplici occasioni in cui il legislatore ha utilizzato la ormai consolidata tecnica di ricorrere a

¹⁴⁸ Cfr. DEL PUNTA, 2012, 42

¹⁴⁹ Corte Cost. 4 ottobre 2012, n. 221, in *Giur. cost.*, 2012, 5, 3274; cfr. PISANI, 2012, 71 ss.; ALESSI, 2012, 39 s.; BAVARO, 2012, 157

¹⁵⁰ LORIGA, 1971, 191 ss.

¹⁵¹ ALES, 2011, 1081

forme di flessibilità negoziata per immettere dosi di deregolazione e flessibilizzazione del mercato del lavoro, alla ricerca di maggiori competitività ed efficienza delle imprese¹⁵².

Tuttavia, nonostante l'ampiezza dell'elenco, non si può immaginare una possibile sostituzione totale del contratto nazionale con quello aziendale: da una parte, perché l'art. 8 presuppone sempre e comunque l'esistenza e la vigenza di un contratto di categoria da derogare, dall'altra perché le intese devono essere "specifiche", dunque riguardare una disciplina circoscritta, per quanto estesa, rispetto alla regolazione "generale" che resta appannaggio della fonte di primo livello¹⁵³. Inoltre, proprio perché alcune delle materie elencate dal comma 2 vanno a toccare il cuore fondamentale del diritto del lavoro e della sua vocazione protettiva, sono dotate anche di un limite "intrinseco" alla derogabilità delle norme che le disciplinano: principi superiori intoccabili da intese modificative possono riscontrarsi in materia di mansioni del lavoratore (punto b), laddove viene in gioco la dignità della persona e il rispetto della professionalità, e in materia di licenziamento (punto e), laddove è impensabile che la circoscritta disciplina del contratto aziendale sostituisca i pilastri della complessa architettura delle conseguenze del recesso, tanto più dopo l'intervento del legislatore con la l. 92/2012¹⁵⁴.

Molti timori sono stati sollevati in relazione al punto e), che menziona esplicitamente le collaborazioni coordinate e continuative e le "partite IVA"¹⁵⁵, nonché la "trasformazione e conversione dei rapporti di lavoro": si teme, infatti, che il legislatore abbia aperto alla contrattazione collettiva aziendale la possibilità di disporre del tipo lavoro subordinato, e quindi di prevedere meccanismi di qualificazione del rapporto di lavoro che prescindano dalle sue concrete modalità di svolgimento, sottraendo così all'apparato di tutele proprio della subordinazione rapporti che in realtà dovrebbero rientrarvi. Tuttavia, non si può definire indebita disponibilità del tipo la semplice modulazione (o anche sottrazione) di singole tutele associate al lavoro subordinato, cosa che le parti collettive potrebbero legittimamente fare nelle materie elencate dall'art. 8; maggiori dubbi potrebbero sorgere nella possibilità, teorica ma non vietata, in cui un contratto aziendale, apportando deroghe in tutte le materie elencate dal comma 2, finisca per stravolgere l'intero status giuridico-assiologico del rapporto di lavoro subordinato, e dunque anche le sue conseguenze e i suoi

¹⁵² Così TREU, 2011, 638, che fa esplicito riferimento a deleghe circoscritte a determinati aspetti delle forme contrattuali c.d. flessibili, mentre mai si era riscontrata una delega generalissima che contemplasse anche "materie fondamentali dell'ordinamento, vere e proprie norme di sistema, a cominciare da molte di quelle contenute nello Statuto dei lavoratori".

¹⁵³ BAVARO, 2012, 161 s.

¹⁵⁴ Cfr. DEL PUNTA, 2012, 48 s.

¹⁵⁵ Con l'utilizzo di questa locuzione da parte del legislatore, DEL PUNTA, 2012, 49 afferma di trovarsi "di fronte a un impagabile esempio di *trash* legislativo".

effetti sul piano delle tutele¹⁵⁶. In realtà, due distinte considerazioni di ordine logico-sistematico dovrebbero fugare questi timori: prima di tutto, infatti, ogni regola giuridica deve rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzionalità rispetto allo scopo, per cui la flessibilizzazione del contratto di lavoro per adattarlo alle esigenze della competitività e dell'occupazione può sì arrivare alla sottrazione di qualche garanzia, ma non alla frammentazione incontrollata e irrazionale del tipo, senza possibilità di pianificare logicamente la disposizione negoziata delle tutele. Inoltre, poiché l'indisponibilità del tipo è un principio superiore dell'ordinamento che vincola lo stesso legislatore, il quale non può, direttamente o mediante autorizzazione conferita all'autonomia privata, avallare la creazione di rapporti di lavoro svolti in forma subordinata ma privi di tale qualifica e dunque delle correlate tutele, nemmeno questo potere può essere conferito alle rappresentanze aziendali, per il semplice motivo che non è possibile delegare, rinviare o trasferire un potere maggiore rispetto a quello che si detiene¹⁵⁷.

Il limite superiore, per il contenuto delle specifiche intese, costituito dal "rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro", è esplicitato dallo stesso comma 2 bis che autorizza, invece, a derogare le norme di legge e del contratto collettivo nazionale. Dato l'effetto reale della contrarietà a queste norme, la disposizione difforme contenuta in un contratto collettivo aziendale deve considerarsi inefficace e sostituita di diritto con quella corrispondente della fonte superiore violata; tuttavia, l'applicazione di questo meccanismo non è affatto semplice, poiché risulta piuttosto complesso accertare per ogni singolo contratto aziendale concluso sul territorio dello Stato il rispetto delle norme superiori, con il rischio di una perdita di controllo, non a livello normativo ma in concreto, sull'effettiva conformità delle regole collettive al sistema dei principi fondamentali di tutela del lavoro¹⁵⁸. D'altra parte, l'intero ordinamento giuslavoristico si fonda su un complesso intreccio di principi superiori, in cui è quasi impossibile distinguere le norme costituzionali dal resto della disciplina di rango inferiore, con il rischio di trovarsi a scegliere tra la paralisi del meccanismo dell'art. 8 e una sostanziale violazione dei principi costituzionali in materia¹⁵⁹.

¹⁵⁶ BAVARO, 2012, 171 ss.

¹⁵⁷ Così MAZZOTTA, 2012, 25 s., richiamando la fondamentale sentenza Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, in *Mass. Giur. Lav.*; DE LUCA TAMAJO, 2012, 13

¹⁵⁸ ALESSI, 2012, 41 s.

¹⁵⁹ FERRARO, 2011a, 23 s., evidenzia il carattere pubblicistico e il rango fondamentale della maggior parte dei principi che sorreggono un ordinamento non a caso "fondato sul lavoro"; BAVARO, 2012, 168 ss. richiama alcuni esempi precisi, ad esempio il principio di predeterminazione del tempo di lavoro, sancito dalla Corte Costituzionale, sottenderebbe alla disciplina delle clausole elastiche e flessibili nel *part-time*, mentre per la successione dei contratti a termine non si potrebbe ignorare il contenuto della Direttiva 99/70 così come elaborata nell'interpretazione della Corte di Giustizia Europea.

4.4. Possibili profili di incostituzionalità della norma

Proprio per il fondamento costituzionale dell'intera architettura dell'ordinamento giuslavoristico, una norma dirompente come l'art. 8 è stata da più parti e per più ragioni sospettata di tale incoerenza col sistema esistente, da risultare incostituzionale.

Innanzitutto, è stata individuata una contrarietà della norma all'art. 3 Cost., poiché l'apertura indiscriminata a trattamenti differenziati sul territorio nazionale, senza la possibilità di un effettivo controllo di ragionevolezza nella *ratio* della diversa disciplina, colliderebbe con il principio di uguaglianza. In realtà, sarebbe più giusto dire, il diritto del lavoro è per eccellenza “diseguale”, nel senso che opera costantemente per alterare il principio di uguaglianza formale delle parti private al fine di stabilire una reale uguaglianza dal punto di vista sostanziale. Ecco perché le differenziazioni create dalle intese modificative potrebbero giustificarsi se proporzionalmente funzionalizzate al raggiungimento delle finalità contenute al comma 1 della norma stessa¹⁶⁰. Questo controllo di ragionevolezza e di proporzionalità dei mezzi ai fini dovrebbe essere compiuto dal giudice, ma, come già detto *supra*, prestando il fianco a non poche critiche: se infatti il giudice viene chiamato a valutare l'effettiva attitudine delle intese modificative a raggiungere gli obiettivi di occupazione, competitività e maggiore produttività, in pratica il suo sindacato va ad insistere sull'impatto economico delle strategie contrattate del datore di lavoro per migliorare l'efficienza dell'impresa. Inoltre, questo tipo di controllo appare vago e pressoché inutile, dato che l'unico controllo oggettivo potrebbe essere rappresentato dall'effettivo raggiungimento della finalità volute, cosa non solo difficile da verificare (vista l'ampia e generica formulazione delle finalità stesse ad opera della legge, di cui già si è detto), ma anche impossibile da richiedere come necessario coronamento della strategia nel breve termine¹⁶¹.

D'altra parte, sempre dalla prospettiva del rispetto del principio di uguaglianza così come attuato mediante il diritto del lavoro, e dunque con significato sostanziale e decisamente contrario ad un'interpretazione solo formale, non si può negare che la frammentazione del mercato del lavoro, con la netta contrapposizione tra *insiders* e *outsiders* (di cui si è parlato ampiamente nel Cap. II),

¹⁶⁰ BAVARO, 2012, 149 ss.; IVI, 155 s., viene ipotizzata la contrarietà dell'art. 8 al “principio di uguaglianza” a livello comunitario, ovvero l'art. 56 TFUE, che vieta ogni discriminazione e restrizione nella libera prestazione di servizi da parte di cittadini degli Stati membri operanti su tutto il territorio dell'Unione. Poiché invece l'art. 8, norma di diritto interno, si applica ovviamente al solo territorio nazionale, alle imprese di altri stati membri che abbiano stabilimenti in Italia o che concludano contratti di appalto in Italia non sarà possibile godere dei medesimi benefici in termini di libertà di deroga alla disciplina superiore e di raggiungimento di tutti i lavoratori con l'efficacia soggettiva generalizzata degli accordi aziendali, con violazione delle norme sulla libera concorrenza.

¹⁶¹ Cfr. DEL PUNTA, 2012, 47 s.

abbia messo in crisi il concetto per cui tutti i lavoratori erano ugualmente deboli di fronte al datore di lavoro e dunque dovevano essere trattati allo stesso modo tra di loro, così come ha complicato la valutazione e applicazione del criterio del *favor*, poiché misure che avvantaggiano gli *insiders* (e dunque, in teoria, “i lavoratori”) potrebbero portare una non trascurabile penalizzazione di coloro che lavoratori al momento non sono (non più, non ancora, non nel senso standard del termine) ma che sarebbe opportuno divenissero tali. Questo stato di cose avrebbe dotato la contrattazione collettiva di una nuova vocazione necessariamente generale alla salvaguardia dell’occupazione e alla tutela di interessi più ampi rispetto a quelli dei soli lavoratori iscritti o comunque dei lavoratori di riferimento¹⁶²; tuttavia, vale la pena qui ricordare l’autorevole opinione di chi riteneva che in nessun caso il sindacato potesse essere chiamato a perseguire interessi che non fossero quelli strettamente legati al proprio gruppo di riferimento e questo proprio in virtù della propria natura di gruppo autonomamente organizzato secondo le norme del diritto privato, ma “pur quando gli effetti della contrattazione, per la superiore volontà della legge, fossero estesi *erga omnes*, ciò non significherebbe ancora che il sindacato amministra un interesse alieno a quello proprio”¹⁶³. Per questo, se il soggetto sindacale resta vincolato a ricercare l’interesse dei propri rappresentati, i soggetti aziendali, eletti in via unitaria ed assembleare da tutti i lavoratori dell’impresa, potrebbero paradossalmente avere anche maggiore attitudine a perseguire l’uguaglianza sostanziale tra tutti i propri mandatarî rispetto a quella espressa nel contratto nazionale, i cui soggetti stipulanti non godono di legittimazione democratica piena espressa dalla base: del resto, anche la contrattazione di secondo livello resta collettiva, e dunque dovrebbe costituire sufficiente garanzia del rispetto del principio di cui all’art. 3 Cost.¹⁶⁴.

Oltre a questo, si è sollevato il dubbio di incompatibilità dell’art. 8 con l’art. 117 Cost., poiché le materie elencate al comma 2 rientrerebbero nella competenza esclusiva dello Stato, con lesione dunque della ripartizione tra legislazione statale e regionale. Il contrasto deriverebbe dall’indebito intervento di una fonte decentrata come il contratto collettivo di secondo livello in ambiti che la Costituzione riserva alla potestà dello Stato, con il preciso intento di garantire la fissazione di

¹⁶² Cfr. A. ZOPPOLI, 2008, 1897 s., il quale afferma che la nuova missione del sindacato di fronte alla segmentazione del mercato del lavoro flessibile non si fonda più sul solo pilastro dell’art. 3 Cost., ma coinvolge necessariamente anche il principio di cui all’art. 41 Cost.

¹⁶³ Così GIUGNI, 1968 (1989) 168 s., il quale continua: “Per arrivare a tale conclusione, occorrerebbe postulare l’introduzione nell’ordinamento di precise norme di scopo, le quali finalizzassero l’attività contrattuale rispetto all’interesse alieno; ma si tratterebbe di norme con tutta probabilità affette dal vizio di illegittimità costituzionale, in quanto renderebbero necessarie forme di controllo sull’attività contrattuale contrastanti con il principio di libertà sindacale”. DEL CONTE, 2012, 35 nota che l’art. 8, fornendo efficacia *erga omnes* a norme di origine contrattuale, equipara l’interesse del sindacato all’interesse generale perseguito dal legislatore.

¹⁶⁴ Questa l’opinione di DEL PUNTA, 2012, 46; MAGNANI, 2012, 8 s.

standard minimi essenziali uniformi per tutto il territorio nazionale: sulla base della *ratio* più che della lettera della norma, dunque, al di là di un rigido formalismo e considerando la natura più che la qualificazione dell'atto, il principio dovrebbe considerarsi applicabile non solo alle fonti legislative, ma a qualunque tipo di atto normativo, generale ed astratto, come il contratto collettivo¹⁶⁵.

Tuttavia, accomunare la legislazione regionale alla contrattazione collettiva di secondo livello, soltanto in virtù del carattere territorialmente decentrato e localistico di queste due fonti, appare un'operazione alquanto arbitraria. Come statuito dalla Corte Costituzionale con la già citata sentenza 212/2012, "le materie sulle quali possono vertere le "specifiche intese" riguardano aspetti della disciplina sindacale e intersoggettiva del rapporto di lavoro riconducibili interamente alla materia dell'ordinamento civile, appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Pertanto, una eventuale violazione dell'art. 39, comma 4 Cost. per mancato rispetto dei requisiti soggettivi e della procedura di cui al precetto costituzionale non si risolve in una violazione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite": in altre parole, proprio poiché le materie elencate al comma 2 rientrano tutte nella competenza esclusiva dello Stato, la potestà legislativa di quest'ultimo ben può decidere di delegarle ad altra fonte, senza che venga in rilievo la natura, centrale o locale, di detta fonte, dato che essa riceve il potere così come viene dalla legge che autorizza il rinvio¹⁶⁶.

Sotto un profilo più generale, è stata avanzata l'opinione per cui l'art. 8 sarebbe contrario, come norma nel suo complesso e non per sue singole parti, all'art. 39 Cost., poiché, come già si è avuto modo di evidenziare, imporrebbe l'ingerenza del legislatore in una gerarchia di fonti e in un sistema di regole di raccordo che le parti sindacali hanno costruito nel tempo e autonomamente hanno deciso di darsi¹⁶⁷. In particolare, nel momento in cui il legislatore regola d'autorità i rapporti tra i vari livelli contrattuali, sta imponendo una forma eteronoma di controllo del dissenso interno all'ordinamento intersindacale, specificamente sotto forma di controllo del consenso secondo un criterio, quello maggioritario, la cui concreta determinazione si rimanda alle fonti autonome interne, ovvero gli accordi interconfederali¹⁶⁸. Tuttavia, anche con questo rimando alle norme interne dell'autonomia sindacale, l'art. 8 potrebbe rimanere in contrasto con l'art. 39, comma 4, Cost., poiché prevede un meccanismo di estensione generalizzata dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo diverso e alternativo rispetto all'unico previsto dalla Carta fondamentale. In proposito, è

¹⁶⁵ Così ALES, 2011, 1088 s.

¹⁶⁶ Cfr. ALESSI, 2012, 38 ss.

¹⁶⁷ BAVARO, 2012, 163

¹⁶⁸ Cfr. BAVARO, 2012, 174 ss.

stato detto che in realtà l'art. 39, comma 4, sarebbe applicabile e riferito unicamente ai contratti collettivi nazionali, e non a quelli aziendali: questo sulla base di un'argomentazione storica, per cui al momento della scrittura della Costituzione di certo non si pensava ad un di fatto inesistente livello decentrato di contrattazione sindacale, e anche in virtù dell'interpretazione letterale della norma che, parlando di "lavoratori appartenenti alle categorie cui il contratto si riferisce" farebbe esplicito riferimento al solo contratto nazionale, appunto, di categoria¹⁶⁹. Tuttavia, un'interpretazione flessibile del concetto di categoria, soprattutto da un punto di vista "interno" all'ordinamento intersindacale, ben potrebbe ricomprendere nel fuoco dell'art. 39 comma 4 anche la contrattazione di secondo livello, dato che la norma costituzionale non esplicita alcuna delimitazione territoriale della definizione¹⁷⁰. Si potrebbe allora ipotizzare, più che una contrarietà o una conformità dell'art. 8 rispetto al 39, comma 4, Cost., un'"attuazione per equivalente" del secondo mediante il primo: in altre parole, l'art. 8 avrebbe estratto il nucleo della norma costituzionale, ovvero la finalità di estendere *erga omnes* l'efficacia dei contratti collettivi stipulati, secondo procedure predefinite, da soggetti aventi determinate caratteristiche, e l'avrebbe attuato poi per altra via rispetto a quella prevista concretamente nella Costituzione. Tuttavia, anche questa interpretazione dimostra elementi di insufficienza: l'attuazione del comma 4, infatti, può forse prescindere da quella del comma 2 ma non può ignorare il comma 3, che impone, come requisito per la registrazione dei sindacati (che in base a questo saranno poi abilitati a stipulare contratti collettivi ad efficacia generalizzata), la garanzia "di un ordinamento interno a base democratica". Ecco perché l'art. 8, che richiede soltanto il rispetto di un non meglio specificato criterio maggioritario, ma non prevede alcun controllo circa la democraticità del sindacato stesso o della sua rappresentanza, non può considerarsi "equivalente" attuativo dell'art. 39, comma 4, Cost.¹⁷¹. Per concludere su questo specifico punto, si segnala anche l'opinione che di fatto vorrebbe sterilizzato il dibattito sulla presunta contrarietà dell'art. 8 all'art. 39, comma 4, Cost., tra una norma nuova e dirompente ed una vecchia e mai attuata, per evitare, a prescindere da ogni ulteriore questione ermeneutica, "che un dispositivo come quello introdotto si infranga sullo scoglio di questo reperto di archeologia costituzionale"¹⁷².

¹⁶⁹ ALES, 2011, 1087; MARESCA, 2012, 18

¹⁷⁰ Così FERRARO, 2011, 31; F. CARINCI, 2011c, 45 ss.

¹⁷¹ Cfr. GARILLI, 2012, 9, che nota la discrasia tra un sindacato di diritto privato e un'efficacia pubblicistica dei suoi atti; SENATORI, 2011, 4 s.; BAVARO, 2012, 179 ss.

¹⁷² Queste le parole di DEL PUNTA, 2012, 42

4.5. Un apparentemente insanabile contrasto tra il sistema legale e quello sindacale: quale governo per la flessibilità?

Come evidenziato fin dal principio, il dettato dell'art. 8 mostra una carica dirompente all'interno del sistema di relazioni industriali in generale e contrattual-sindacali in particolare, apportando una netta virata nell'evoluzione "ordinaria" degli istituti di riferimento.

L'apertura del mercato del lavoro a forme contrattuali molteplici e variegate, alla ricerca della maggiore flessibilità possibile, ha portato ad un mutamento progressivo del rapporto tra legge e contratto collettivo: come si è già accennato, nel momento in cui la legge rinvia alla contrattazione collettiva, anche aziendale, la determinazione di una determinata disciplina in materia di rapporti di lavoro "atipici", viene agevolmente riconosciuta alla seconda efficacia vincolante per tutti i destinatari, in virtù di un interesse generale sotteso alla contrattazione. In questi casi, non vi sarebbe alcun contrasto con l'art. 39, comma 4, Cost., né con altre disposizioni maturate all'interno dell'ordinamento intersindacale: il contratto collettivo delegato, infatti, si sta soltanto appropriando delle medesime caratteristiche che avrebbe la legge se decidesse di intervenire direttamente sulla materia invece di rinviare ad altra fonte, cui conferisce le proprie medesime prerogative¹⁷³. Al nostro ordinamento non è dunque estraneo il sistema dei rinvii della legge al contratto collettivo, anche di livello aziendale, con efficacia soggettiva generale, tanto più laddove si tratti di obiettivi o istituti di flessibilizzazione del rapporto di lavoro e del mercato: tuttavia, l'art. 8 resta una disposizione che non trova precedenti, non solo per l'estensione e l'ampiezza delle materie derogabili, idonee a coprire l'intero diritto del lavoro, ma anche, e soprattutto, per la sua destinazione esclusiva al contratto aziendale, dichiaratamente sottratto al controllo del livello nazionale e perciò slegato da ogni vincolo all'ordinamento intersindacale di riferimento¹⁷⁴.

Proprio per questo, e nonostante il richiamo esplicito dell'art. 8 all'Accordo del 28 giugno, i sistemi costruiti dalle due disposizioni devono considerarsi incompatibili e impossibili da coordinare: il secondo, infatti, costruisce un sistema di deroghe coordinate e controllate, un decentramento che non prescinde mai dal ruolo fondamentale del contratto nazionale, e anzi ne valorizza la fondamentale funzione di garanzia dell'uniformità dei trattamenti economici e normativi per tutti i lavoratori, a prescindere dalla loro collocazione sul territorio nazionale; l'art. 8, al contrario, aspira

¹⁷³ A. ZOPPOLI, 2008, 1904 s.; R. PESSI, 2011a, 52

¹⁷⁴ ALES, 2011, 1082; BAVARO, 2012, 117 nota che, se precedentemente la delega della legge direttamente al contratto aziendale oppure alla contrattazione collettiva senza ulteriori specificazioni dava per scontata la vigenza dell'ordinamento intersindacale, e dunque delle regole di raccordo tra i due livelli di contrattazione, l'esplicita espressione contenuta al comma 2 bis dell'art. 8 slega il contratto aziendale, che rispetti le condizioni previste nei commi 1 e 2 della norma, dal resto del sistema e lo sottrae alle possibilità di controllo centralizzato del potere di deroga.

ad alterare questo tipo di sistema e a creare un altro apparato di regole, dove il contratto aziendale, direttamente autorizzato da una norma di legge a portata generalissima, può porre in totale autonomia norme vincolanti per tutti i lavoratori, derogando alla disciplina del contratto nazionale, senza bisogno di clausole di uscita, oltre che alla legge¹⁷⁵. Non si dimentichi, tuttavia, la risalente ma autorevole interpretazione della disciplina del contratto collettivo nazionale come individuazione non di standard minimi, ma di trattamenti “normali”: se così fosse, la contrattazione collettiva aziendale guadagnerebbe tutto il suo dinamismo assumendo un carattere costantemente “sperimentale”, accettando di peggiorare il trattamento medio (non minimo, appunto), perché si è rivelato inefficiente, oppure per controbilanciare il detrimento con l’incremento positivo degli standard in altri ambiti¹⁷⁶.

Come detto *supra*, l’Accordo del 2011 parrebbe però a tutti gli effetti entrare a far parte dell’art. 8 in quella generica menzione del “criterio maggioritario”, che necessita del rinvio alla fonte sindacale, e in particolare interconfederale, per essere dotata di significato: del resto, l’Accordo del 28 giugno ha elaborato un meccanismo completo ed efficace di accertamento del rispetto del criterio maggioritario per stipulare accordi in deroga con validità *erga omnes*, declinato a seconda che in azienda sia adottato il modello delle rappresentanze unitarie oppure no. Inoltre, viene garantita in ogni caso una forma di espressione diretta dei lavoratori, alla ricerca di una legittimazione democratica di accordi dal contenuto così pregnante: mentre la RSU viene considerata in sé soggetto fondato sull’elezione unitaria ed assembleare da parte di tutti i lavoratori, il meccanismo del referendum dovrebbe supplire alla “parzialità” della legittimazione democratica della RSA¹⁷⁷. Tuttavia, anche a questo riguardo non si può dimenticare che l’Accordo del 2011 non istituisce un criterio maggioritario peregrino e svincolato dal resto del sistema, ma, seppur riferito alle rappresentanze costituite nell’impresa, lo inserisce nell’ordinamento complessivo che prevede la centralità del livello nazionale con funzione autorizzatoria, il divieto di deroghe alla legge se non espressamente autorizzate e l’individuazione delle materie volta per volta a livello di categoria, per mantenere un controllo efficace sui rinvii in deroga¹⁷⁸.

Per tutte queste considerazioni, stupisce anche il “tempismo” del legislatore, che, proprio quando le parti sindacali avevano ritrovato la propria unità accordandosi su un documento apparentemente

¹⁷⁵ FERRARO, 2011, 26

¹⁷⁶ Così GIUGNI, 1960b (1989), 112 s., in riferimento non ai trattamenti retributivi, effettivamente fissati come minimi inderogabili nel contratto collettivo nazionale, bensì agli istituti del trattamento economico generale e normativo.

¹⁷⁷ BAVARO, 2012, 181; ALES, 2011, 1078 s., il quale però nota come questo meccanismo di certificazione del consenso maggioritario, valido sul piano aziendale, risulti di pressoché impossibile realizzazione sul piano della legittimazione delle organizzazioni stipulanti a livello nazionale.

¹⁷⁸ FERRARO, 2011, 25

capace di assicurare uno stabile bilanciamento delle istanze dell'autonomia decentralizzata e del controllo centrale, della flessibilità e della sicurezza, decide di intervenire con una vera e propria "rincorsa in avanti", una norma invasiva e non del tutto giustificata, ponendo con formule tecniche e generali una via di scardinamento del sistema vigente, il quale aveva appena dimostrato una propria naturale evoluzione¹⁷⁹. E' pur vero che l'art. 8 rappresenta per le parti sindacali soltanto uno strumento messo a disposizione dal legislatore, e in alcun modo potrà la sua attuazione e l'adesione a quel modello considerarsi per esse un obbligo¹⁸⁰: d'altra parte, la vigenza della norma non intacca in alcun modo l'efficacia dell'Accordo del 28 giugno, per cui i soggetti collettivi ben potranno decidere di aderire ad esso e tralasciare le possibilità, più ampie, offerte alla contrattazione aziendale da parte della legge.

Potrebbe però rimanere aperto, nel regime di rifiuto dell'art. 8 da parte delle maggiori sigle interconfederali, il problema di rappresentanze aziendali che invece, nel rispetto dei meccanismi previsti dalla legge, stipulassero intese modificative al di fuori delle clausole di uscita previste nel contratto nazionale: in questo caso, come già detto, le clausole del contratto nazionale non avrebbero alcuna efficacia reale su quelle difformi dell'accordo di secondo livello, e tuttavia le deroghe non autorizzate sarebbero illegittime dal punto di vista dell'ordinamento intersindacale vigente¹⁸¹. Questo significa che la contrarietà di un contratto aziendale al sistema di regole di cui all'Accordo del 28 giugno legittima i soggetti che hanno stipulato quest'ultimo a reagire estromettendo le parti contraenti nell'impresa dall'ordinamento intersindacale nel suo complesso: come dire che chi sceglie di stare dentro l'ordinamento intersindacale deve rispettarne tutte le regole, mentre chi preferisce accedere al sistema offerto dall'art. 8 è libero di farlo ma, se questa adesione porta a violare la disciplina espressa nell'Accordo del 28 giugno, è fuori dal sistema di contrattazione collettiva nel suo complesso¹⁸².

Del resto, come tutte le norme di legge che riguardino la contrattazione collettiva, anche l'art. 8 è destinato a rimanere lettera morta se le parti sindacali non si attivano per dotarlo di forza e significato, cosa che esse peraltro non sembrano intenzionate a fare, vista la Postilla aggiunta il 21 settembre 2011 all'Accordo Interconfederale del 28 giugno, con cui le parti firmatarie affermano esplicitamente "che le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate

¹⁷⁹ Cfr. FERRARO, 2011, 30

¹⁸⁰ DEL CONTE, 2012, 39

¹⁸¹ TURSI, 2006, 302 s.

¹⁸² Cfr. BAVARO, 2012, 164 ss., afferma che, se così non fosse, e se alla violazione delle regole consacrate dall'autonomia collettiva nell'Accordo del 28 giugno non conseguisse alcunché, l'art. 8 costituirebbe un'autentica violazione della libertà sindacale, e dunque una violazione dell'art. 39 Cost., mentre la sua natura non impositiva ne salvaguarda la conformità alla Legge fondamentale; ALES, 2011, 1087.

all'autonoma determinazione delle parti. Conseguentemente [...] si impegnano ad attenersi all'Accordo Interconfederale del 28 giugno, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto Accordo Interconfederale.”¹⁸³. Un siffatto stato di cose era proprio l'aspirazione degli “integrati”, di coloro che, contrapposti agli “apocalittici” speravano fin dal principio che il sistema intersindacale vigente e consolidato avesse forza sufficiente per opporsi all' “attacco” dell'art. 8 e neutralizzarlo come un corpo estraneo¹⁸⁴: infatti, nonostante le parti firmatarie si siano affrettate a negare ogni portata innovativa alla Postilla, appare chiara in essa la comune volontà, almeno per il momento e almeno per le sigle stipulanti, “di ‘sterilizzazione’ dell'art. 8, cioè di rinuncia ad utilizzare i più ampi spazi di deroga concessi da tale norma rispetto a quelli già risultanti dall'Accordo del 28 giugno”¹⁸⁵.

Resta tuttora aperto il problema dell'effettivo grado di dinamismo del sistema di contrattazione collettiva, poiché, se è vero che l'Accordo del 2011 (come già quello del 2009) apre alla derogabilità del livello nazionale ad opera di quello aziendale, già in un lontano passato si era evidenziata la “vischiosità” di un meccanismo in cui la fonte aziendale, pur essendo a contatto col continuo mutare delle realtà da regolare e a cui adattarsi, dovesse comunque attendere l'intervento del livello nazionale¹⁸⁶. D'altra parte, permane un forte timore circa il processo di eccessivo ed inesorabile avvicinamento del luogo di produzione delle regole rispetto a quello in cui esse devono essere applicate, con una pericolosa aziendalizzazione dell'intero diritto del lavoro, che rischia di perdere ogni tipo di garanzia di più ampio respiro per chiudersi in un sistema di perseguimento delle esigenze della singola realtà produttiva, cieco ad ogni istanza esterna¹⁸⁷.

Tuttavia, sotto altro punto di vista, si potrebbe considerare la devoluzione dalla legge alla contrattazione collettiva in generale, e il decentramento di quest'ultima in particolare, non come una perdita del luogo proprio di produzione del diritto, e del suo potere regolativo, bensì come una ri-regolazione del mercato del lavoro che, concedendo ampi spazi ma mantenendo una forma di controllo, si oppone alla de-regolazione: in altre parole, le norme non vengono abolite per lasciare

¹⁸³ Cfr. ALES, 2011, 1086

¹⁸⁴ MAZZOTTA, 2012, 19

¹⁸⁵ Così DEL PUNTA, 2012, 35

¹⁸⁶ Cfr. GIUGNI, 1961 (1989), 123 s., afferma che la reale disciplina del rapporto di lavoro non si rintraccia certo nella legge, né negli accordi interconfederali o nazionali, bensì nell'intreccio delle regole create nell'impresa, a vario titolo e anche come semplici prassi consolidate.

¹⁸⁷ ALES, 1061 ss., in particolare 1064 s., ove peraltro si denuncia l'equivoco del dialogo sociale comunitario e il mancato decollo della contrattazione collettiva a livello europeo, per cui, paradossalmente, all'estensione della comunità politica di riferimento (l'Unione Europea invece dei singoli Stati) ha corrisposto una riduzione della comunità creatrice delle norme che disciplinano il diritto e il rapporto di lavoro (non più lo Stato o i sindacati a livello nazionale, ma l'impresa); cfr. PERULLI 2013, 938 ss., per un'analisi dei contratti stipulati sotto la copertura della disciplina dell'art. 8, in cui l'Autore individua peraltro alcuni possibili “gradi” e profili di elusività.

spazio al caos e all'anomia, bensì si promuove il rinvio ad altra fonte, considerata più efficace nel realizzare nuove forme di regolazione¹⁸⁸. L'art. 8 potrebbe dunque considerarsi una forma di ri-regolazione del mercato e del rapporto di lavoro, in cui la legge sceglie una fonte che considera adatta a promuovere un nuovo ordine di norme e si oppone alla deregolazione con una delega, quasi in bianco, alla flessibilità promossa dalle parti collettive che, seppur costituite in rappresentanze a livello aziendale, non per questo perderebbero la propria funzione di tutela dei lavoratori rappresentati.

Una considerazione conclusiva quanto agli spazi di flessibilità contrattata aperti dall'art. 8: per raggiungere le finalità di cui al comma 1, in particolare la "maggiore occupazione" e gli "incrementi di competitività", il legislatore apre alla deroga in materie molteplici, ampie e non definite con precisione, come dire che non sussiste a livello centrale una strategia consolidata che "scommetta" su determinati fattori e non su altri per conseguire gli obiettivi prefissati. In particolare, il punto e) del comma 2 fa sicuro riferimento a forme di flessibilità in entrata (con utilizzo di contratti "atipici" o non subordinati) e in uscita, che rappresentano le classiche forme di flessibilità esterna, in cui ad essere utilizzata in modo flessibile non è la prestazione del lavoratore, bensì la manodopera, considerata un fattore produttivo che l'impresa può gestire in modo efficiente da un punto di vista quantitativo.

In questo quadro, vale la pena fare un cenno alla difficoltà con cui la contrattazione collettiva italiana ha storicamente iniziato ad intervenire nella materia delle cosiddette "norme tecniche", ovvero delle regole che disciplinano in concreto lo svolgimento del lavoro nell'impresa: per non breve tempo, infatti, è parsa prevalente la teoria che voleva quest'ambito incluso tra le competenze esclusive del datore di lavoro, per cui il rispetto della libertà di iniziativa economica di quest'ultimo non avrebbe permesso alcuna partecipazione del sindacato alla loro codeterminazione¹⁸⁹. In realtà, è proprio la procedimentalizzazione delle regole tecniche che toglie la piena libertà all'imprenditore nella gestione della manodopera, è la garanzia che permette ai lavoratori di non essere mere materie prime che il datore liberamente si procura e gestisce, ed è proprio il carattere più tecnicistico del contratto aziendale ad aver guadagnato nel tempo questa funzione.¹⁹⁰ D'altra parte, è proprio la medesima contrattazione delle regole tecniche, delle modalità di svolgimento del lavoro, che permette all'imprenditore di richiedere ai lavoratori il rispetto di quelle regole anche quando esse mutano e diventano più gravose, poiché la loro creazione ha visto l'incontro della volontà datoriale

¹⁸⁸ Così GIUGNI, 1986, 334 s.

¹⁸⁹ Cfr. GIUGNI, 1961 (1989), 128 s.

¹⁹⁰ ROMAGNOLI, 1971, 112 s.

con quella, garantistica, espressa dai soggetti di rappresentanza collettiva: va da sé che, laddove le regole del lavoro comportino la gestione della flessibilità, sarà la flessibilità stessa ad essere contrattata, dentro l'impresa e dentro il rapporto, ricercando di volta in volta il più equo contemperamento tra le contrapposte esigenze.

5. Vocazioni e prospettive della contrattazione collettiva di fronte alla flessibilità negoziata

La vocazione della contrattazione aziendale ad appropriarsi della disciplina della flessibilità è visibile già dal tradizionale dominio della fonte collettiva sulla materia dell'orario di lavoro: il sindacato si pone immediatamente come garante dei diritti dei lavoratori dal punto di vista della riduzione dell'orario di lavoro rispetto al massimo fissato dalla legge (al tempo, 48 ore settimanali)¹⁹¹, ma parallelamente assume il compito di negoziare l'aumento dell'orario stesso a fronte di esigenze improvvise dell'impresa e situazioni straordinarie legate alla produzione che sarebbero state altrimenti non affrontabili¹⁹². In seguito, il legislatore ha posto nelle mani del soggetto di rappresentanza collettiva la maggior parte degli aspetti di flessibilità del rapporto dal punto di vista della durata e della collocazione temporale della prestazione: la norma dello stato ha creato regole inderogabili in materia di riposi e ferie (anche in considerazione dell'ancoraggio del riposo del lavoratore direttamente al dettato costituzionale), aprendo poi la possibilità di flessibilizzare la restante disciplina. Tale ultima opzione, tuttavia, anche quando è posta a favore della volontà individuale, prevede sempre una forma di garanzia e di controllo da parte della volontà collettiva, che dunque, come detto, viene considerata fonte creatrice di sicurezza nella flessibilità, laddove il singolo lavoratore potrebbe invece non esserlo¹⁹³.

Dal punto di vista dei rapporti tra i diversi livelli contrattuali, si nota da una parte (come già detto *supra*, §§ 2.1 e 4.2) come la legge rinvii sempre più frequentemente alla contrattazione collettiva in generale, senza individuazione del livello autorizzato e, dall'altra, come la fonte autonoma nazionale deleghi ampiamente l'accordo decentrato a normare in materia di orario di lavoro, riposi, articolazione e distribuzione dell'orario settimanale, turni, flessibilità dell'orario nell'interesse

¹⁹¹ Per il percorso storico di riduzione di fatto dell'orario massimo legale ad opera della contrattazione collettiva cfr. F. CARINCI- DE LUCA TAMAJO - TOSI - TREU, 2013, 227 ss.

¹⁹² LORIGA, 1971, 197 riporta anche l'esempio di una forma di flessibilità oraria molto praticata nei contratti collettivi del tempo: lavorare 48 ore piene a fronte di esigenze dell'impresa, ma di queste accantonarne 3 o 4 alla settimana da fruire come ferie nei momenti di calo della produzione.

¹⁹³ Cfr. ZOLI, 2004, 384 ss., il quale menziona l'introduzione dell'orario multiperiodale con base di computo ultrannuale, la disciplina del lavoro straordinario (in cui l'alternativa è tra l'autorizzazione volta per volta da parte della volontà individuale o la copertura una volta per tutte della previsione collettiva), il lavoro intermittente.

dell'impresa, lavoro straordinario, conto ore individuale; tutti temi, non è difficile comprenderlo, attraverso i quali è possibile promuovere un tipo di flessibilità non definibile a livello generale, ma necessariamente ancorato alla singola realtà produttiva di riferimento¹⁹⁴.

Infine, vale la pena fare un cenno, a proposito di flessibilità contrattata nell'impresa, al già menzionato Accordo di Pomigliano¹⁹⁵: senza che ci si possa addentrare in alcun modo nel tema, è interessante notare, a fronte dell'ampia autorizzazione di strumenti di mobilità interna dei lavoratori e di ampliamento delle mansioni di ciascuno, il richiamo all'art. 4 l. 223/1991, norma che (tra le pochissime) autorizza, in casi di grave crisi dell'impresa, la deroga, contrattata tra datore di lavoro e rappresentanza sindacale, al dettato dell'art. 2103 c.c.¹⁹⁶. Il richiamo alla legge è stato considerato sorprendente e addirittura inspiegabile, dato che l'art. 4 non può essere letto come norma di applicazione generale e fonte autorizzatoria di deroghe all'art. 2103: al contrario, si tratta di una disposizione molto specifica, che soltanto al ricorrere di determinati presupposti di legge, e a seguito di una stringente procedura sindacale, può fondare la sospensione dell'ordinaria disciplina delle mansioni del lavoratore¹⁹⁷.

Tuttavia, non si può tralasciare un confronto tra questa dose e questo tipo di flessibilità, immessa da un contratto aziendale, e il ruolo tradizionale della contrattazione collettiva nel governo del mercato del lavoro dell'ultimo decennio, ovvero il contingentamento e il contenimento (spesso più numerico che qualitativo) del ricorso ai contratti atipici, come se la sicurezza passasse per la mera garanzia che queste forme di lavoro esisteranno solo per pochi e non per tanti soggetti¹⁹⁸. Un contenimento meramente quantitativo della flessibilità non sembra però sufficiente ad assicurare la qualità delle forme di lavoro stesse, e dunque parrebbero auspicabili, in un sistema sindacale solido, forme di deroga controllata alle disposizioni di legge¹⁹⁹, circostanziate, finalisticamente orientate e modellate

¹⁹⁴ ZOLI, 2008, 1880 s.

¹⁹⁵ Cfr., per tutti, i contributi raccolti in F. CARINCI (2011), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano: IPSOA, alcuni dei quali citati nel presente studio.

¹⁹⁶ Sul tema dell'organizzazione del lavoro nell'Accordo di Pomigliano, con particolare riferimento alle opportunità e ai pericoli dell'introduzione del sistema World Class Manufacturing e Ergo-UAS-LMS, cfr. BROLLO, 2011, in particolare 1103 ss. sull'ampliamento dello *jus variandi* del datore di lavoro; FERRARO, 2010, 587 s.; sull'art. 4, tra tutti, ALBI, 2005, 1138 ss.

¹⁹⁷ Cfr. BASENGHI, 2011, 198 ss., il quale esclude categoricamente la legittimità di un contratto collettivo che autorizzi deroghe all'art. 2103 c.c. al di fuori dei requisiti della legge, soprattutto *pro futuro* e non sulla base della situazione presente e circoscritta nel tempo e nelle condizioni. Si segnala tuttavia che MARAZZA, 2012, 52, ritiene che l'apertura dell'art. 8 a modifiche in deroga nell'ambito della classificazione e dell'inquadramento professionale sia in linea con la più recente giurisprudenza di legittimità in tema di mutamento delle mansioni (su cui *supra*, cap. II, § 2.1.2); cfr. BORZAGA, 2013, 998 ss., che parla di un "percorso irto di ostacoli" per la contrattazione di prossimità che intenda agire sulla disciplina delle mansioni in deroga all'art. 2103 cc.

¹⁹⁸ Cfr. ZOLI, 2004, 399

¹⁹⁹ Per gli spazi che la recente Riforma Fornero attribuisce alla contrattazione collettiva nel tradizionale dialogo inderogabilità della legge a scopo protettivo/ apertura alla flessibilità contrattata, cfr. RUSCIANO, 2013b, in particolare 1288 ss.; SENATORI, 2012, in particolare 8 ss.

sulle specificità aziendali, non soltanto in situazioni di crisi dell'impresa, ma anche per evitare e prevenire, in un quadro di crescente incertezza macroeconomica, le crisi stesse.

Il governo della crisi dell'impresa da parte della contrattazione aziendale è dotato di un manifesto “‘sostegno’ (per riprendere la rubrica dell'art. 8), da parte della legge, a contratti in deroga nella gestione delle crisi occupazionali, mediante il coinvolgimento del sindacato in funzione di collaboratore e non di antagonista”²⁰⁰: ecco perché forse è proprio dagli strumenti collettivi di negoziazione dei rapporti di lavoro nella crisi che possono trarsi interessanti strumenti di flessibilità contrattata, come ad esempio l'estensione controllata dello *jus variandi* del datore di lavoro e il ricorso a contratti di solidarietà²⁰¹.

Questa pare del resto la tendenza dell'ordinamento intersindacale nuovamente unito, che si apre al sistema delle deroghe ancorandole non solo alle procedure²⁰², ma molto di più alle finalità perseguite: il controllo *ex ante* dell'idoneità e della proporzionalità dei mezzi ai fini, destinato ad essere il nuovo fulcro del sistema di contrattazione articolata, costituisce una sfida tutt'altro che facile per l'ordinamento e le sue capacità di tenuta e coerenza.

²⁰⁰ TAMPIERI, 2011, 5, il quale infatti appoggia una lettura dello stesso art. 8 come “norma generale della crisi” e dunque razionalizzazione di tutte quelle ipotesi, previste dal legislatore, in cui la contrattazione collettiva di secondo livello è abilitata a derogare *in pejus* alla legge stessa pur di sortire effetti positivi dal punto di vista della tutela dell'occupazione.

²⁰¹ Sul punto, ci si limita a rinviare a D. GAROFALO, 2009, 125 ss.; per alcuni esempi concreti, cfr. DEL CONTE – MALANDRINI, 2012, 818 ss.

²⁰² Cfr. in particolare la procedimentalizzazione del dissenso sindacale promossa dal Protocollo del 31 maggio 2013, volta a garantire effettività al sistema pur in assenza di sanzioni pubblicistiche-civilistiche nei confronti della disapplicazione di fatto delle regole poste dall'accordo collettivo: DE STEFANO - LIEBMAN, 2013, 747 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ACCORNERO, A. (2001), Il lavoro che cambia e la storicità dei diritti, *Lavoro e Diritto*, 2, 303 ss.
- ADDIS, E. (1997), *Economia e differenze di genere*, Bologna: Clueb
- ADOMEIT, K. (1984), Das Günstigkeitsprinzip – neu verstanden, *Neue Juristische Wochenschrift*, 26 ss.
- ALBI, P. (2005), Sub art. 4 l. 223/1991, in M. GRANDI – G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova: Cedam, 1138 ss.
- ALES, E. (2007), Modello sociale europeo e flexicurity: una sorta di “patto leonino” per la modernizzazione, *Diritti lavori mercati*, 3, 524 ss.
- ALES, E. (2011), Dal caso FIAT al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4, 1061 ss.
- ALESSI, C. (2012), *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Torino: Giappichelli
- ANNUß, G. (2012), Sub §§ 111, 112, 112a, in R. RICHARDI (a cura di), *Betriebsverfassungsgesetz*, München: Beck, 1900 ss.
- ASSANTI, C.-PERA, G. (1972), *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova: Cedam,
- ATKINSON, J. (1996), *Temporary work and the labour market*, Brighton: Institute for Employment Studies
- AUER, P. (2011), La flexicurity nel tempo della crisi, *Diritto delle relazioni industriali*, 1, 37 ss.
- BALLESTRERO, M.V. (1987), La flessibilità nel diritto del lavoro: troppi consensi?, *Lavoro e diritto*, 289 ss.
- BARASSI, L. (1915), *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano: Società Editrice Libreria
- BARBONI, L. (1995), Qualità della prestazione e orario di lavoro, in L. GALANTINO (a cura di), *Qualità e rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, 215 ss.
- BASENGHI, F. (2011), Mobilità professionale e retribuzione, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano: Ipsoa, 195 ss.
- BAVARO, V. (2012), *Azienda, contratto e sindacato*, Bari: Cacucci
- BAYREUTHER, F. (2005), *Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht*, München: Beck
- BELLARDI, L. (2008), Contratti di lavoro “flessibili”, contrattazione collettiva e relazioni industriali: a proposito di ri-regolazione del mercato del lavoro, in AA. VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell’Olio*, Torino: Giappichelli, 81 ss.
- BELLOCCHI, P. (2007), Sub artt. 33 ss., in R. DE LUCA TAMAJO – F. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (“Riforma Biagi”)*, Padova: Cedam

- BEPLER, K. (2006), Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung der Arbeitszeit, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 45 ss.
- BERTELE, B. (2008), *Flexibilisierung am Arbeitsmarkt als Beitrag zu mehr Beschäftigung*, Berlin: Logos
- BERTON, F. – RICHIARDI, M. – SACCHI, S. (2009), *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, Bologna: il Mulino
- BIAGI, M. (2001), Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 257 ss.
- BIANCHI D'URSO, F. (1987), La mobilità "orizzontale" e l'equivalenza delle mansioni, *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 1, 117 ss.
- BOLLANI, A. (2011), Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 124/2011
- BONAZZI, G. (2008), *Storia del pensiero organizzativo*, Milano: Angeli
- BORGHI, V. (2002), Lavoro e modelli organizzativi, in M. LA ROSA, *Sociologia dei lavori*, Milano: Angeli, 27 ss.
- BORZAGA, M. (2006), I più recenti sviluppi della contrattazione collettiva in Germania: clausole di apertura, orario di lavoro e retribuzione, in M. RUSCIANO – C. ZOLI – L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli: Esi, 555 ss.
- BORZAGA, M. (2007), Principio di equivalenza delle mansioni e ruolo della contrattazione collettiva: verso nuovi spazi di flessibilità?, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 3, 669 ss.
- BORZAGA, M. (2013), Contrattazione collettiva di prossimità e disciplina delle mansioni: una via per aumentare la flessibilità interna del rapporto di lavoro e la produttività delle imprese?, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4, 980 ss.
- BOVENBERG, L. – WILTHAGEN, T. (2008), On the road to flexicurity: Dutch proposals for a pathway towards better transition security and higher labour market mobility, *European Journal of Social Security*, vol. 10, n. 4, 325 ss.
- BRAUN, T. (2003), Ein neues Modell für Flexicurity: der dänische Arbeitsmarkt, *WSI Mitteilungen*, 56, 2, 92 ss.
- BREISIG, T. (1997), *Gruppenarbeit und ihre Regelung durch Betriebsvereinbarungen*, Köln: Bund
- BREWSTER, C. - CAREY, L. - GROBLER, P. - HOLLAND, P. - WARNICH, S. (2000), *Contemporary issues in Human Resource Management*, Cape Town: Oxford South Africa
- BROLLO, M. (1991), Sub art. 2094, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Torino: Utet, 80 ss.
- BROLLO, M. (2007), Le modificazioni oggettive: il mutamento di mansioni, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Commentario diretto da F. Carinci, Tomo II, Vol. II, Torino: Utet, 1517 ss.
- BROLLO, M. (2011), Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 6, 1095 ss.
- BROLLO, M. (2012), Lavoro a tempo parziale: meno flex, più security, in CARINCI F. – MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero. Diritto e Pratica del Lavoro*, 33, 118 ss.

BUSCHMANN, R. – WALTER, T. (2000), Die Rolle des Arbeitsrechts und der Sozialpartner bei der Schaffung von Arbeitsplätzen, *Arbeit und Recht*, 9, 321 ss.

CALCATERRA, L. (2002), Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma, in DE LUCA TAMAJO, R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli: ESI, 127 ss.

CARABELLI, U. (1999), Flessibilizzazione o destrutturazione del mercato del lavoro? Il lavoro interinale in Italia ed in Europa, in AA. VV., *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari: Cacucci, 185 ss.

CARABELLI, U. (2003), Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 5/2003

CARINCI, F. (1985), Rivoluzione tecnologica e rapporto di lavoro, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 203 ss.

CARINCI, F. (1987), L'evoluzione storica, *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 1, 11 ss.

CARINCI, F. (2011a), La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 113/2011

CARINCI, F. (2011b), L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 125/2011

CARINCI, F. (2011c), Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 133/2011

CARINCI, F. - DE LUCA TAMAJO, R. – TOSI, P. – TREU, T. (2013), *Diritto del lavoro, vol. 2, Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino: UTET

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*, Torino: Giappichelli

CARINCI, M.T. (2012), Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 4, 527 ss.

CARUSO, B. (2005), La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova: Cedam, 501 ss.

CARUSO, B. – MASSIMIANI, C. (2007), Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione, *Diritti Lavori Mercati*, 3, 457 ss.

CASTEL, R. (1995), Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat, vers. it., *La metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*, 2007, Avellino: Sellino

CASTELVETRI, L. (1997), Qualità totale e prerogative manageriali: spunti per una riflessione, in L. SPAGNUOLO-VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè, 77 ss.

CESTER, C. (1991), Sub art. 2103, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Torino: Utet, 151 ss.

CHIECO, P. (1996), *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Torino: Utet

- CHIECO, P. (2006), Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari: Cacucci, 105 ss.
- COASE, R.H. (1995), *Impresa, mercato e diritto*, Bologna: Il Mulino
- COHNEN, K. D. – RÖGER, H. (2009), Kurzarbeit als Antwort auf kurzfristig auftretende Konjunkturschwächen. Arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Grundlagen, *Betriebs Berater*, 46 ss.
- CORAZZA, L. (2002), L'outsourcing negli Stati Uniti d'America. Spunti di comparazione alla luce dell'analisi economica del diritto, in DE LUCA TAMAJO, R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli: ESI, 183 ss.
- CORAZZA, L. (2004), *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Padova: Cedam
- CORNO, F. (1997), Strumenti e tecniche di organizzazione delle imprese e di gestione delle risorse umane: la Qualità Totale, in L. SPAGNUOLO-VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè, 11 ss.
- CORTI, M. (2008), La difficile ricerca della flessibilità funzionale: equivoci della Cassazione su demansionamento ed eccezione di inadempimento, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 4-5, 1169 ss.
- CORTI, M. (2011), Dalla tutela della professionalità e del posto di lavoro alla formazione continua e ai servizi per l'impiego. I 40 anni degli artt. 13 e 18 St. Lav., *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 125 ss.
- COSTA D. – TIRABOSCHI M. (2012), La riforma del contratto a tempo determinato, in M. MAGNANI – M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Milano: Giuffrè, 97 ss.
- D'ANTONA, M. (1990), Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 3, 529 ss.
- D'ANTONA, M. (1995), Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1, 63 ss.
- DALL'AGATA, C. (2002), Lavoro e nuovi lavori nel postfordismo: paradossi e cambiamenti, in M. LA ROSA, *Sociologia dei lavori*, Milano: Angeli, 43 ss.
- DÄUBLER, W. (1999), Licenziamento per motivi economici, piano sociale e cambiamenti del diritto del lavoro in Germania. *Lavoro e Diritto*, 3, 435
- DÄUBLER, W. (2000), Abbau der Arbeitslosigkeit durch Umverteilung des Arbeitsvolumens – Beiträge des Arbeitsrechts?, *Arbeit und Recht*, 9, 7 ss.
- DÄUBLER, W. (2001), Eine bessere Betriebsverfassung? Der Referententwurf zur Reform des BetrVG, *Arbeit und Recht*, 1, 1 ss.
- DÄUBLER, W. (2006), *Das Arbeitsrecht 1. Die gemeinsame Wahrung von Interessen im Betrieb. Ein Leitfaden für Arbeitnehmer*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt
- DÄUBLER, W. (2012), Einleitung, in W. DÄUBLER (a cura di), *Tarifvertragsgesetz*, Baden-Baden: Nomos, 19 ss.
- DÄUBLER, W. (2012a), Sub §§ 111, 112, 112 a BetrVG, in AA. VV., *Betriebsverfassungsgesetz* Frankfurt am Main: Bund Verlag, 2158 ss.

-
- DE LUCA TAMAJO, R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli: Jovene
- DE LUCA TAMAJO, R. (1986), Il tempo nel rapporto di lavoro, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 423 ss.
- DE LUCA TAMAJO, R. (2003), Dal lavoro parasubordinato al lavoro “a progetto”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n° 9/2003
- DE LUCA TAMAJO, R. (2009), Flexicurity: un improbabile ossimoro o un’utile mediazione?, *Il Foro Italiano*, 193 ss.
- DE LUCA TAMAJO, R. (2012), Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull’art. 8 della legge n. 148/2011, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1, 11 ss.
- DE LUCA TAMAJO, R. (2013), Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 4, 715 ss.
- DE LUCA TAMAJO, R. – MAZZOTTA O. (2013), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova: Cedam
- DE STEFANO, V. (2010), Subfornitura, decentramento produttivo e lavoro a progetto: affinità delle tecniche di tutela e contrasto legislativo all’ “incompletezza” contrattuale. Appunti per una ricerca, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n° 106/2010
- DE STEFANO, V. – LIEBMAN, S. (2013), Le clausole che regolano la trattativa sindacale nel Protocollo d’intesa del 31 maggio 2013: l’occasione per una ricostruzione diacronica, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 4-5, 737 ss.
- DEL CONTE, M. (2012), La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1, 24 ss.
- DEL CONTE, M. – MALANDRINI, S. (2012), Osservatorio contrattuale. Mobilità, ricollocazione, pensionamento anticipato, *Diritto e Partita del Lavoro*, 13, 818 ss.
- DEL PUNTA, R. (2001), L’economia e le ragioni del diritto del lavoro, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 3 ss.
- DEL PUNTA, R. (2008), Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 129 ss.
- DEL PUNTA, R. (2012), Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni), *Lavoro e Diritto*, 1, 31 ss.
- DELL’OLIO, M. (1986), L’oggetto e la sede della prestazione di lavoro. Le mansioni, la qualifica, il trasferimento, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino: Utet
- DIETERICH, T. (2000), Zukunft der Tarifautonomie, *Arbeit und Recht*, 12, 441 ss.
- DIETERICH, T. (2012), Sub art. 9 GG, in R. MÜLLER GLÖGE – U. PREIS – I. SCHMIDT (a cura di), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Band 51, München: Beck, 97 ss.
- DRAMSKI, J. – LANG, O. (1997), Entwicklung eines flexiblen Schichtmodells bei Degussa, in J. GUTMAN (a cura di), *Flexibilisierung der Arbeit. Chancen und Modelle für eine Mobilisierung der Arbeitsgesellschaft*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 161 ss.
- EICHHORST, W. (2012), The unexpected appearance of a new German model, *IZA Discussion Papers*, Giugno, n. 6625, www.iza.org

- FABRIS, P. (1985), Innovazione tecnologica e organizzazione del lavoro, *Il Diritto del Lavoro*, 349 ss.
- FAIOLI, M. (2012), Oltre la continuità. La contrattazione collettiva decentrata nell'esperienza francese e tedesca, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 481 ss.
- FERLUGA L. (2012), *Tutela del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*, Milano: Giuffrè
- FERRANTE, V. (2004), *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino: Giappichelli
- FERRANTE, V. (2011), Dignità dell'uomo e diritto del lavoro, *Lavoro e Diritto*, 1, 201 ss.
- FERRARO, G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova: Cedam
- FERRARO, G. (2009), *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino: Giappichelli
- FERRARO, G. (2010), La parabola di Pomigliano d'Arco tra occupazione e diritti, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 3, 585 ss.
- FERRARO, G. (2011a), Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 129/2011
- FERRARO, G. (2011b), L'efficacia soggettiva del contratto collettivo, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, I, 739 ss.
- FERRARO, G. (2013), Il lavoro autonomo, in M. CINELLI – G. FERRARO – O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino: Giappichelli, 128 ss.
- FITTING, K. (1984), Arbeitsrechtliche Möglichkeiten des Betriebsrat bei der Gestaltung der Arbeitszeit und der Durchsetzung eines Freizeitausgleichs für Überstunden, in AA. VV., *Protokoll der Fachkonferenz "Probleme der Flexibilisierung der Arbeitszeit – Gewerkschaftliche Antworten auf eine unternehmerisch Herausforderung"*, Düsseldorf: Gewerkschaft Holz und Kunststoff, 12 ss.
- FITTING, K. – ENGELS, G. – SCHMIDT, I. – TREBINGER, Y. – LINSENMAIER, W. (2012), *Betriebsverfassungsgesetz. Handkommentar*, München: Vahlen
- FLAMMIA, R. (1971), Contratto collettivo aziendale, regolamento d'azienda ed usi aziendali, in AA. VV., *La contrattazione collettiva articolata*, Milano: Giuffrè, 145 ss.
- FOITL, J. (1997), Flexible Arbeitszeiten. Ein Weg zur Sicherung von Arbeitsplätzen, in J. GUTMAN (a cura di), *Flexibilisierung der Arbeit. Chancen und Modelle für eine Mobilisierung der Arbeitsgesellschaft*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 161 ss.
- FONTANESI, A. – CAPITINI, M.V. (2008), *Flexicurity: stato dell'arte e contesto europeo*, I Focus di Xformare, Roma: Xformare.it
- FRENI, A. – GIUGNI, G. (1971), *Lo Statuto dei Lavoratori. Commento alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Milano: Giuffrè
- FUCHS, M. (2013), Il ruolo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella crisi economica: l'esperienza tedesca, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 4, 741 ss.

- GAETA, L. – TESAURO, P. (1993), *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione. Tomo I. La subordinazione*, Torino: Utet
- GAETA, L. (1997), Qualità totale e teorie della subordinazione, in L. SPAGNUOLO-VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè, 103 ss.
- GALANTINO, L. (1985), Il diritto del lavoro e la società dell'informazione, *Il Diritto del Lavoro*, 323 ss.
- GALANTINO, L. (1995), I profili giuslavoristici della qualità, in L. GALANTINO (a cura di), *Qualità e rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, 1 ss.
- GALANTINO, L. (1998), Lavoro atipico, formazione professionale e tutela dinamica della professionalità del lavoratore, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 317 ss.
- GALANTINO, L. (2003), I nuovi tipi della subordinazione, *Il Diritto del Lavoro*, 255 ss.
- GALANTINO, L. (2008), Diritto del lavoro e garanzia dell'impiego, in AA. VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino: Giappichelli, 587 ss.
- GALANTINO, L. (2009), *Diritto sindacale*, Torino: Giappichelli
- GALANTINO, L. (2012a), *Diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli
- GALANTINO, L. (2012b), Contrattazione di secondo livello: efficacia e requisiti. Art. 8 legge n. 148/2011, *Diritto e pratica del lavoro*, 1, 14 ss.
- GALGANO, F. (2004), *Diritto privato*, Padova: Cedam
- GARILLI, A. (2012), L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 139/2012
- GARILLI, A. – BELLAVISTA, A. (1990), Innovazioni tecnologiche e Statuto dei lavoratori. I limiti ai poteri dell'imprenditore fra tutela individuale e collettiva (artt. 4, 9, 13), *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 6, 139 ss.
- GAROFALO, D. (2004), *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Bari: Cacucci
- GAROFALO, D. (2009), *Strumenti di flessibilità alternativi alle riduzioni del personale (il contratto di solidarietà difensivo)*, in M.G. GAROFALO – G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari: Cacucci, 125 ss.
- GAROFALO, M.G. (2007), Post-moderno e diritto del lavoro. Osservazioni sul Libro verde "Modernizzare il diritto del lavoro", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1, 134 ss.
- GAROFALO, M.G. (2009), Introduzione, in M.G. GAROFALO – G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari: Cacucci, 11 ss.
- GHERA, E. (1984), Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori, *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 392 ss.
- GHERA, E. (1988), La subordinazione fra tradizione e nuove proposte, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 4, 621 ss.
- GHERA, E. (1999), Prospettive del contratto individuale di lavoro, in AA. VV., *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari: Cacucci, 477 ss.
- GHERA, E. (2006), *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Torino: Giappichelli

- GHERA, E. (2013), Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari: Cacucci, 21 ss.
- GIAMMARIA, F. (1997), Disciplina delle mansioni e flessibilità: le deroghe all'art. 2103 c.c., in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, vol. II, Torino: Giappichelli
- GIUGNI, G. (1960a), *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano: Giuffrè
- GIUGNI, G. (1960b), La validità "erga omnes" dei contratti collettivi, ora in G. GIUGNI (1989), *Lavoro legge contratti*, Bologna: il Mulino, 83 ss.
- GIUGNI, G. (1961), Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro, ora in G. GIUGNI (1989), *Lavoro legge contratti*, Bologna: il Mulino, 121 ss.
- GIUGNI, G. (1963), *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli: Jovene
- GIUGNI, G. (1968), La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro, ora in G. GIUGNI (1989), *Lavoro legge contratti*, Bologna: il Mulino, 151 ss.
- GIUGNI, G. (1971), L'evoluzione della contrattazione collettiva, in AA. VV., *La contrattazione collettiva articolata*, Milano: Giuffrè, 1 ss.
- GIUGNI, G. (1975), *Mansioni e qualifica*, voce per l'Enciclopedia del Diritto, vol. XXV, Milano: Giuffrè, 545 ss.
- GIUGNI, G. (1986), Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 317 ss.
- GOTTARDI, D. (2007), La flexicurity al vaglio del Parlamento Europeo, *Diritti Lavori Mercati*, 3, 477 ss.
- GRAGNOLI, E. (2005), L'attività sindacale e la derogabilità assistita, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 83 ss.
- GRANDI, M. (1986), La mobilità interna, in AA.VV., *Strumenti e limiti della flessibilità dell'organizzazione aziendale*, Milano: Giuffrè, 251 ss.
- GRANDI, M. (1999), Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 309 ss.
- GRANDORI, A. (1995), *Organizzazione e comportamento economico*, Bologna: Il Mulino
- GUARRIELLO, F. (2000), *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Napoli: Jovene
- HAHN, C. (2010), Flexibilisierungsmöglichkeiten bei Arbeitszeit und Arbeitsentgelt nach TVöD/TVL, *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht*, 54 ss.
- HANAU, P. (2006), Möglichkeiten und Grenzen der Vereinbarungen zur Dauer der Arbeitszeit, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 34 ss.
- HEILMANN, J. – RUDOLF, W. D. (2001), Der Betriebsrat muss die Interessen aller Beschäftigten vertreten! Ein Diskussionbeitrag zur Reform der Betriebsverfassung, *Arbeit und Recht*, 6, 212 ss.
- HENSCHKE, D. – HEUSCHMID, J. (2012), Sub § 1, in W. DÄUBLER (a cura di), *Tarifvertragsgesetz*, Baden-Baden: Nomos, 602 ss.

-
- HERDER-DORNREICH, P. et al. (1984), *Arbeitszeitverkürzung – pauschal oder individuell?. Wege zur Flexibilisierung der Arbeitszeit*, Stuttgart: Bonn Aktuell
- HOFF, A. (1983), *Betriebliche Arbeitszeitpolitik zwischen Arbeitszeitverkürzung und Arbeitszeitflexibilisierung*, München: Minerva Publikation
- HOHENSTATT, K. S. – SCHRAMM, N. (2007), Neue Gestaltungsmöglichkeiten zur Flexibilisierung der Arbeitszeit, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 238 ss.
- ICHINO, P. (1996), *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano: Mondadori
- ICHINO, P. (2003), Il contratto di lavoro, vol. II, in A. CICU – F. MESSINEO – P. SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano: Giuffrè
- ICHINO, P. (2004), Sub artt. 20-29, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna: Zanichelli, 257 ss.
- ICHINO, P. (2008), Che cosa non funziona nella centralizzazione del nostro sistema della contrattazione collettiva, in I. SENATORI (a cura di), *Teoria e prassi delle relazioni industriali*, Milano: Giuffrè, 416 ss.
- IZZI, D. (2002), Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?, *Lavoro e diritto*, 2, 327 ss.
- JUNKER, A. (2013), *Grundkurs Arbeitsrecht*, München: Beck
- KAHN-FREUND, O. (1975), Sull'uso ed abuso del diritto comparato, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 785 ss.
- KEUNE, M. (2011), Decentramento salariale: la regolamentazione e l'uso di clausole di deroga in sette paesi europei, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2, 333 ss.
- LAKIES, T. (2012), Sub § 5, in W. DÄUBLER (a cura di), *Tarifvertragsgesetz*, Baden-Baden: Nomos, 1485 ss.
- LANOTTE, M. (1995), Tempo di lavoro e qualità totale, in L. GALANTINO (a cura di), *Qualità e rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, 191 ss.
- LANOTTE, M. (2005), Impresa, lavoro e nuove tipologie contrattuali. La flessibilità dopo la “modernizzazione” dell’assetto normativo, *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, 2-3, 601 ss.
- LASSANDARI, A. (2011), La contrattazione collettiva: prove di de-costruzione di un sistema, *Lavoro e Diritto*, 2, 321 ss.
- LASSANDARI, A. (2012), Dopo l’accordo del 28 giugno 2011 (e l’art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità, *Lavoro e Diritto*, 1, 55 ss.
- LECESE, V. (2013), Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori, *Lavoro e Diritto*, 4, 539 ss.

- LEHMANN, C. – RATZMANN, M. – BOUNCKEN, R. B. (2012), Nutzungsstrategien der Zeitarbeit in Industrieunternehmen, in R. B. BOUNCKEN – M. BORNEWASSER, *Beiträge zur Flexibilisierung. Zeitarbeit und Flexibilisierung – Ergebnisse des Forschungsprojektes Flex4Work*, München und Mering: Rainer Hampp, 188 ss.
- LEHMANN, F. W. (2010), Betriebliches Bündnis für Arbeit mit und ohne Arbeitsrecht und mit dem EuGH als gesetzlichem Richter, *Betriebs Berater*, 2821 ss.
- LEVI, A. (1994), La natura giuridica degli incentivi retributivi di produttività e di redditività aziendali, *Il Diritto dell'Economia*, 2, 377 ss.
- LEVI, A. (2006), Contratto di lavoro intermittente e disponibilità del lavoratore, *Il Diritto del Lavoro*, 4-6, 379 ss.
- LINSENMAIER, W. (2008), Normsetzung der Betriebsparteien und Individualrechte der Arbeitnehmer, *Recht der Arbeit*, 1 ss.
- LISO, F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano: Angeli
- LO FARO, A. (2008), Is a decent wage part of a decent job? Answers from an enlarged Europe, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 64/2008
- LORENZ, F. (2012), Sub § 3, in W. DÄUBLER (a cura di), *Tarifvertragsgesetz*, Baden-Baden: Nomos, 1004 ss.
- LORIGA, E. (1971), L'evoluzione del contenuto economico e normativo della contrattazione articolata, in AA. VV., *La contrattazione collettiva articolata*, Milano: Giuffrè, 187 ss.
- LÖWISCH, M. (2006), Beschäftigungssicherung als Gegenstand von Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten im europäischen und deutschen Recht, in AA. VV., *Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 533 ss.
- LUNARDON, F. (2007), La subordinazione, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento, Commentario diretto da F. Carinci*, Tomo II, Vol. I, Torino: Utet, 1 ss.
- MAACK, K. – BEILE, J. (2001), *Beteiligungsorientierte Betriebsvereinbarungen am Beispiel Arbeitszeitflexibilisierung*, Baden-Baden: Nomos
- MADSEN, P. K. (2003), Flexicurity through labour market policies and institutions in Denmark, in P. AUER – S. CAZES, *Employment stability in an age of flexibility*, Ginevra: ILO, 59 ss.
- MAGNANI, M. (2004), Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporto e mercato del lavoro, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, I, 165 ss.
- MAGNANI, M. (2006), I lavori flessibili, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1, 31 ss.
- MAGNANI, M. (2012), L'art. 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1, 1 ss.
- MAGNANI, M. (2013), Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 4-5, 797 ss.
- MANASSERO, D. (2012), Il lavoro a progetto, in FEZZI, M. – SCARPELLI, F., *Guida alla Riforma Fornero*, I Quaderni di Wikilabour, 21 ss.
- MANCINI, G. F. (1957), *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano: Giuffrè

-
- MARAZZA, M. (2012), La contrattazione di prossimità nell'art. 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1, 41 ss.
- MARAZZI, C. (1997), Il lavoro autonomo nella cooperazione comunicativa, in S. BOLOGNA – M. FUMAGALLI (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Milano: Feltrinelli ss.
- MARESCA, A. (2012), La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1, 16 ss.
- MARESCA, A. (2013a), Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 3, 707 ss.
- MARESCA, A. (2013b), Costituzione della rsa e sindacati legittimati, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 6, 1298 ss.
- MÄRKLE, C. – PETRI, U. (2000), Probleme um Arbeitszeitkonten, *Arbeit und Recht*, 12, 443 ss.
- MARINELLI, M. (2008), Clausole di rinvio al contratto collettivo e libertà di associazione nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, in AA. VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino: Giappichelli, 934 ss.
- MARINO, M. (2005), La flessibilità del lavoro in germania: spunti di riflessione e di comparazione con il d. lgs. 276/2003, *Il Diritto del Lavoro*, 177 ss.
- MARTELLONI, F. (2010), La zona grigia tra subordinazione e autonomia e il dilemma del lavoro coordinato nel diritto vivente, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3, 647 ss.
- MARTELLONI, F. (2012), *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bologna: Bononia University Press
- MASSIMIANI, C. (2008a), *Dossier. Flexicurity. Posti più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*. www.lex.unict.it/eurolabor
- MASSIMIANI, C. (2008b), Flexicurity and decent work in Europe: can they co-exist?, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 65/2008
- MATTHES, H. C. (2009), Beteiligungsrechte des Betriebsrats, §§ 236 ss., in R. RICHARDI – O. WLOTZKE – H. WISBANN – H. OETKER (a cura di), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 2, Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, München: Beck, 874 ss.
- MAZZIOTTI, F. (2003), La riforma della flessibilità del lavoro, *Il Diritto del Lavoro*, 489 ss.
- MAZZOTTA, O. (1979), *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano: Giuffrè
- MAZZOTTA, O. (1990), Introduzione, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, Milano: Giuffrè, 1 ss.
- MAZZOTTA, O. (2003), Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 4/2003
- MAZZOTTA, O. (2012), "Apocalittici" e "integrati" alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, *Lavoro e Diritto*, 1, 19 ss.
- MENGONI, L. (1954), Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi". Uno studio critico, in C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI (a cura di, 2011), *Scritti di Luigi Mengoni, Vol. II, Obbligazioni e negozio*, Milano: Giuffrè, 141 ss.

- MENGGONI, L. (1979), Un nuovo modello di rapporto tra legge e contratto collettivo, *Jus*, 1, 116 ss.
- MENGGONI, L. (1987), La cornice legale, in *L'inquadramento dei lavoratori, Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 1, 41 ss.
- MEZZACAPO, D. (2007), Sub art. 61 ss., in R. DE LUCA TAMAJO – G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Padova: Cedam, 804 ss.
- MIGLIORANZI, L.A. (1940), Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda, *Il Diritto del Lavoro*, I, 125 ss.
- MONTEMURRO, (1971), Quesito, in AA. VV., *La contrattazione collettiva articolata*, Milano: Giuffrè, 160 ss.
- NAPOLI, M. (1995), Contratto e rapporti di lavoro, oggi, in AA. VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano: Giuffrè, 1057 ss.
- NAPOLI, M. (2002), Elogio della stabilità, *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 26, 9 ss.
- NAPOLI, M. (2008), La riforma della struttura della contrattazione collettiva, in I. SENATORI (a cura di), *Teoria e prassi delle relazioni industriali*, Milano: Giuffrè, 391 ss.
- NICOLARDI, V. – MARINI, C. (2009), Rapporti di lavoro atipici. Una stima su dati ISTAT per il periodo 2004-2007, in M.G. GAROFALO – G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari: Cacucci, 263 ss.
- NOGLER, L. (2002), Ancora su “tipo” e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1, 109 ss.
- OLESCH, G. (1997), Die atmende Fabrik durch Arbeitszeitflexibilisierung, in J. GUTMAN (a cura di), *Flexibilisierung der Arbeit. Chancen und Modelle für eine Mobilisierung der Arbeitsgesellschaft*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 161 ss.
- PALENBERG, H. S. (2013), *Arbeitszeitflexibilisierung am Beispiel von Arbeitszeitkonten*, Hamburg: Dr. Kovač
- PALLINI, M. (2005), Il lavoro a progetto: ritorno al... futuro?, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n° 32/2005
- PASSALACQUA, P. (2005), *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino: Giappichelli
- PEDRAZZOLI, M. (1977), La “cogestione” tedesca: esperienze e problemi, *Politica del Diritto*, 3, 261 ss.
- PEDRAZZOLI, M. (1998), Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 49 ss.
- PEDRAZZOLI, M. (2004), *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna: Zanichelli, 684 ss.

- PELLACANI, G. (1995), I riflessi della qualità sui sistemi di inquadramento, sulle categorie legali e sulla mobilità interna, in L. GALANTINO (a cura di), *Qualità e rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, 113 ss.
- PELLACANI, G. (2006), Il lavoro intermittente, in G. PELLACANI (a cura di), *Commentario alla riforma del lavoro*, Milano: IPSOA, 178 ss.
- PERSIANI, M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova: Cedam
- PERSIANI, M. (1971), Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori, *Il Diritto del Lavoro*, I, 11 ss.
- PERSIANI, M. (2013), Considerazioni sulla nuova disciplina delle collaborazioni non subordinate, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 4, 827 ss.
- PERULLI, A. (2002), Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 3, 335 ss.
- PERULLI, A. (2012), Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 247 ss.
- PERULLI, A. (2013), La contrattazione collettiva “di prossimità”: teoria, comparazione e prassi, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 4, 919 ss.
- PERULLI, A. – SPEZIALE, V. (2011), L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 132/2011
- PESSI, A. (2008), Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo del lavoro: dalla Riforma Biagi alla “Legge sul welfare”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, I, 403 ss.
- PESSI, R. (1989), *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano: Giuffrè
- PESSI, R. (2003), Organizzazione del lavoro e qualificazione dei rapporti, *Il Diritto del Lavoro*, 591 ss.
- PESSI, R. (2011a), Contrattazione in deroga, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano: Ipsoa, 27 ss.
- PESSI, R. (2011b), Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell’autonomia collettiva. Sull’art. 8 della manovra bis, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 537 ss.
- PETER, G. (2012), Sub § 2, in W. DÄUBLER (a cura di), *Tarifvertragsgesetz*, Baden-Baden: Nomos, 915 ss.
- PINTO, V. (2006), La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari: Cacucci, 431 ss.
- PINTO, V. (2013), La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari: Cacucci, 199 ss.
- PIORE M.J. – SABEL C. (1987), *Le due vie dello sviluppo industriale*, Torino: Petrini
- PISANI, C. (1988), *Mansioni del lavoratore*, voce per l’Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XIX
- PISANI, C. - LUNARDON, F. (2007), I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (o parasubordinazione), in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Commentario diretto da F. Carinci, Tomo II, Vol. I, Torino: Utet, 38 ss.

- PISANI, C. (2012), Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1, 67 ss.
- PREIS, U. (2010), Probleme der Bezugnahme auf Allgemeine Arbeitsbedingungen und Betriebsvereinbarungen, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 361 ss.
- PREIS, U. (2012), Sub § 106 GewO, in R. MÜLLER GLÖGE – U. PREIS – I. SCHMIDT (a cura di), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Band 51, München: Beck, 1946 ss.
- PROIA, G. (2002), Flessibilità e tutela “nel” contratto di lavoro subordinato, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 3, 411 ss.
- PROIA, G. (2013), I “cortocircuiti” tra flessibilità e rigidità nei modelli contrattuali di accesso al lavoro, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 4-5, 797 ss.
- REGINI, M. (1997), Produzione di qualità e ruolo delle istituzioni: esiste un modello europeo di competitività?, in L. SPAGNUOLO-VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè, 37 ss.
- REIM, U. – NEBE, K. (2012), Sub § 1, in W. DÄUBLER (a cura di), *Tarifvertragsgesetz*, Baden-Baden: Nomos, 369 ss.
- REINARTZ, O. (2008), *Der Firmentarifvertrag als Flexibilisierungsinstrument*, Frankfurt am Main: Peter Lang
- REINECKE, G. (2008), Flexibilisierung der Arbeitszeit im Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteresse – ein Rechtssprechungsbericht, *Betriebs Berater*, 4, 21 ss.
- RICCARDI, A. (2009), La somministrazione, quale flessibilità?, in M.G. GAROFALO – G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari: Cacucci, 59 ss.
- RICHARDI, R. (1968), *Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses*, München: Beck
- RICHARDI, R. (1972), Die Mitbestimmung des Betriebsrat in personellen Angelegenheiten, *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Sonderheft, 1 ss.
- RICHARDI, R. (2012), Sub §§ 77, in R. RICHARDI (a cura di), *Betriebsverfassungsgesetz*, München: Beck, 1067 ss.
- RICHARDI, R. (2012a), Sub § 87, in R. RICHARDI (a cura di), *Betriebsverfassungsgesetz*, München: Beck, 1253 ss.
- RIEBLE, V. – KLUMPP, S. (2009), Betriebsnormen, § 172, in R. RICHARDI – O. WLOTZKE – H. WIBMANN – H. OETKER (a cura di), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 2, Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, München: Beck, 206 ss.
- ROBERT, L. (2003), *Vereinbarkeit betrieblicher Bündnisse für Arbeit mit dem Günstigkeitsprinzip*, Berlin: Duncker & Humboldt
- ROCELLA, M. (2008), Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n° 65/2008
- ROMAGNOLI, U. (1971), Limiti della contrattazione collettiva articolata: soggetti ed oggetto, in AA. VV., *La contrattazione collettiva articolata*, Milano: Giuffrè, 105 ss.

- ROMAGNOLI, U. (1972), Sub art. 13, in U. ROMAGNOLI – L. MONTUSCHI – G. GHEZZI – G. F. MANCINI, *Statuto dei diritti dei lavoratori, Commentario Scialoja-Branca*, Bologna: Zanichelli, 174 ss.
- ROSTI, L. (1996), *Femina œconomica*, Roma: Ediesse
- RUSCIANO, M. (2013a), Sindacato “firmatario” o “trattante” purché “rappresentativo. Commento alla sentenza n. 231/2013 della Corte Costituzionale, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 4, 517 ss.
- RUSCIANO, M. (2013b), Contrattazione e sindacato nel diritto del lavoro dopo la l. 28 giugno 2012, n. 92, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 6, 1283 ss.
- SÄCKER, F. J. (1972), Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis, *Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sonderheft*, 41 ss.
- SAEDY NORY, S. – SCHACK, A. (2008), Der unternehmensbezogene Verbandstarifvertrag: das unbekannte Wesen?, in P. HANAU – J. T. THAU - H. P. WESTERMANN (a cura di), *Gegen den Strich. Festschrift für Klaus Adomeit*, Köln: Luchterhand, 673 ss.
- SALOMONE, R. (2000), Flessibilità e “parasubordinazione” nel lavoro pubblico, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3, 329 ss.
- SANTAGATA, R. (2005), La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 4, 637 ss.
- SANTAGATA, R. (2006), Recenti orientamenti della giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht in tema di diritto sindacale (2004-2006), *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1252 ss.
- SANTORO-PASSARELLI, G. (2009), Competitività e flessibilità nel rapporto di lavoro, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 201 ss.
- SANTORO-PASSARELLI, G. (2012), Le novità normative sul lavoro a progetto e sulle prestazioni di lavoro autonomo rese dalle partite iva nella L. n. 92/2012 (art. 1, c. 23-27), in F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Milano: Ipsoa, 137 ss.
- SCARPELLI, F. (1997), Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni, in L. SPAGNUOLO-VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè, 263 ss.
- SCARPELLI, F. (2011), Rappresentatività e contrattazione tra l’accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n° 127/2011
- SCARPONI, S. (2013), La sentenza della Corte Costituzionale n. 231/2013: la quadratura del cerchio?, *Lavoro e Diritto*, 4, 495 ss.
- SCARTOZZI, G. (1995), Difetti qualitativi della prestazione lavorativa, in L. GALANTINO (a cura di), *Qualità e rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, 173 ss.
- SCHAUB, G. – SCHINDELE, F. (2011), *Kurzarbeit, Massenentlassung, Sozialplan*, München: Beck
- SCHULZE, W. (1984), Aufgaben der tariflichen und der betrieblichen Arbeitsplatzgestaltung zur Sicherung von Arbeitsplätzen, in AA. VV., *Protokoll der Fachkonferenz “Probleme der Flexibilisierung der Arbeitszeit – Gewerkschaftliche Antworten auf eine unternehmerisch Herausforderung”*, Düsseldorf: Gewerkschaft Holz und Kunststoff, 12 ss.

- SCOGNAMIGLIO, R. (2006), La “storicità” del diritto al lavoro, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Bologna: il Mulino, 209 ss.
- SCOGNAMIGLIO, R. (2011), La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 487 ss.
- SENATORI, I. (2011), Il sonno della ragione genera mostri. Note minime per un approccio pragmatico alla destrutturazione del diritto del lavoro, *Quaderni Fondazione Marco Biagi, Saggi*, n. 2.I/2011
- SENATORI, I. (2012), Struttura e funzioni della contrattazione collettiva nella “Riforma Fornero”, *Quaderni Fondazione Marco Biagi, Saggi*, n. 4/2012
- SESTITO, P. (2008), Perché e come decentrare la struttura della contrattazione collettiva, in I. SENATORI (a cura di), *Teoria e prassi delle relazioni industriali*, Milano: Giuffrè, 403 ss.
- SIEBER, H. (2004), Considerazioni sulla crisi del mercato del lavoro in Germania, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4, 805 ss.
- SIGNORINI, E. (1995), Qualità e lavoro atipico, in L. GALANTINO (a cura di), *Qualità e rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, 63 ss.
- SÖLLNER, A. – WALTERMANN, R. (2009), *Arbeitsrecht*, München: Vahlen
- SPAGNUOLO-VIGORITA, L. (1961), *Studi sul diritto tedesco del lavoro. Consiglio aziendale, licenziamento, collaborazione*, Milano: Giuffrè
- SPAGNUOLO-VIGORITA, L. (1967), *Subordinazione e diritto del lavoro*, Napoli: Morano
- SPAGNUOLO-VIGORITA, L. (1986), Subordinazione e impresa, *Orientamenti di Giurisprudenza del Lavoro*, 983 ss.
- SPAGNUOLO-VIGORITA, L. (1997), Qualità totale e compatibilità con il sistema del diritto del lavoro, in L. SPAGNUOLO-VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè, 1 ss.
- SPALLINI, S. (2009), I contratti di lavoro flessibile nelle scelte strategiche ed operative delle imprese, in M.G. GAROFALO – G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un’analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari: Cacucci, 21 ss.
- SPEZIALE, V. (2007), Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti “atipici” e possibili riforme, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n° 51/2007
- STOLLE, B. (2010), *Die Flexibilisierung des Tarifrechts in Deutschland und in Frankreich*, Baden-Baden: Nomos
- SUPPIEJ, G. (1963), *La struttura del rapporto di lavoro*, Padova: Cedam
- SUPPIEJ, G. (1975), Sub art. 13, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, Tomo I, artt. 1-18, Milano: Giuffrè, 334 ss.
- SUPPIEJ, G. (1982), *Il rapporto di lavoro*, Padova: Cedam
- TAMPIERI, A. (2011), Considerazioni sull’effettività dell’art. 8, comma 2-bis della legge 148/2011, *Quaderni Fondazione Marco Biagi, Saggi*, n. 2/2011
- TAYLOR, F. W. (1903), *Shop management*, Saratoga, Trad. It. Direzione di officina, in *La direzione scientifica del lavoro* (1967), Milano: Etas, 82 ss.

- THÜSING, G. (2012), Sub § 92 a, in R. RICHARDI (a cura di), *Betriebsverfassungsgesetz*, München: Beck, 1543 ss.
- THÜSING, G. (2012), Sub § 97, in R. RICHARDI (a cura di), *Betriebsverfassungsgesetz*, München: Beck, 1601 ss.
- TREU, T. (2011a), Le deroghe contrattuali nel modello tedesco, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2, 328 ss.
- TREU, T. (2011b), L'accordo del 28 giugno 2011 e oltre, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3, 613 ss.
- TURSI, A. (2006), E' davvero necessaria una "rivoluzione maggioritaria"?, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 299 ss.
- VALLEBONA, A. (2011), L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva, *Quaderni Fondazione Marco Biagi, Saggi*, n. 2.II/2011
- VENEZIANI, B. (1993), La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti: un'analisi comparata, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2, 235 ss.
- VENEZIANI, B. (2010), Il lavoro tra l'ethos del diritto e il pathos della dignità, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2, 257 ss.
- VICARI, S. (2002), L'outsourcing come strategia per la competitività, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli: ESI, 71 ss.
- VISCOMI, A. (1997a), "Quell'agile ritmo che l'azienda si aspetta": qualità totale e diligenza del lavoratore, in L. SPAGNUOLO-VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè, 219 ss.
- VISCOMI, A. (1997b), *Diligenza e prestazione di lavoro*, Torino: Giappichelli
- VOZA, R. (2005), I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito), *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 37/2005
- WALTERMANN, R. (1993), Anordnung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung?, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 679 ss.
- WANK, R. (2011), Sub § 106, in P. J. TETTINGER – R. WANK – J. ENNUSCHAT (a cura di), *Gewerbeordnung. Kommentar*, München: Beck, 907 ss.
- WEISS, M. (2002), La cogestione in Germania: una recente modifica, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4, 643 ss.
- WENDELING-SCHRÖDER, U. (2000), Ein oder mehrere Tarifverträge im Betrieb?, *Arbeit und Recht*, 9, 339 ss.
- WILTHAGEN, T. (1998), Flexicurity: a new paradigm for labour market policy reform?, *WZB Discussion Paper Berlin*, 202, www.wzb.eu/en/publications/discussion-papers
- WILTHAGEN, T. – TROS, F. (2004), The concept of "flexicurity": a new approach to regulating employment and labour markets, *Transfer: European Review of Labour and Research*, 10, 166 ss.

- WILTHAGEN, T. (2005), Striking a balance: Flexibility and Security in European Labour Markets, in BREDGAARD T. - LARSEN F., *Employment Policy from Different Angles*, Copenhagen: Djof Publishing, 253 ss.
- WISSKIRCHEN, G. – BISSELS, A. (2006), Arbeiten, wenn Arbeit da ist – Möglichkeiten und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis zur Lage der Arbeitszeit, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 24 ss.
- WISSKIRCHEN, G. – BISSELS, A. – DOMKE, C. (2008), Japanische Produktionsmethoden: Kaizen, Kanban & Co. im Lichte der betrieblichen Mitbestimmung, *Betriebs Berater*, 890 ss.
- WIBMANN, H. (2009), Vertretung der Arbeitnehmer in Unternehmensorganen, §§ 278 ss., in R. RICHARDI – O. WLOTZKE – H. WIBMANN – H. OETKER (a cura di), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 2, Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, München: Beck, 1244 ss.
- WOMACK, J. – JONES, D. – ROOS, D. (1990), *The machine that changed the world*, New York, Trad. It., *La macchina che ha cambiato il mondo* (1993), Milano: Rizzoli
- WORZALLA, M. (2011), Sub § 77 BetrVG, in AA. VV., *BetrVG. Kommentar*, Köln: Luchterhand, 1043 ss.
- ZAPPALÀ, L. (2011), Flexicurity, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, Bologna: Bononia University Press, 103 ss.
- ZAPPALÀ, L. (2012), Flexicurity e valorizzazione delle capability: l'impulso alla ri-regolamentazione del lavoro a termine, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 97/2012
- ZIMMERMANN, L. (1984), Zwischenbilanz und Perspektiven der gewerkschaftlichen Aktionen zur Gestaltung der Arbeitszeit, in AA. VV., *Protokoll der Fachkonferenz "Probleme der Flexibilisierung der Arbeitszeit – Gewerkschaftliche Antworten auf eine unternehmerisch Herausforderung"*, Düsseldorf: Gewerkschaft Holz und Kunststoff, 12 ss.
- ZOLI, C. (2004), Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 3, 359 ss.
- ZOLI, C. (2008), Struttura della contrattazione e rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, in AA. VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino: Giappichelli, 1868 ss.
- ZOLI, C. (2011), Contrattazione in deroga, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano: Ipsoa, 41 ss.
- ZOPPOLI, A. (2007), La soggettività economico-professionale del lavoratore nelle politiche di flexicurity, *Diritti Lavori Mercati*, 2007, 3, 535 ss.
- ZOPPOLI, A. (2008), Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro "flessibili", in AA. VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino: Giappichelli, 1887 ss.
- ZOPPOLI, L. (2007), Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 57/2007
- ZOPPOLI, L. (2008), Flessibilità e licenziabilità: dove va l'Europa?, in AA. VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino: Giappichelli, 1909 ss.
- ZOPPOLI, L. (2012), La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n° 141/2012

Ringraziamenti

Desidero ringraziare il Prof. Alberto Levi per il percorso fatto insieme in questi tre anni di Dottorato, per la sua costante presenza e per i suoi indispensabili consigli, nonché la Prof.ssa Luisa Galantino e il Prof. Francesco Basenghi, per le opportunità che mi hanno dato.

Ringrazio anche il Prof. Marcello Pedrazzoli, che mi ha avvicinata allo studio dell'ordinamento tedesco.

Ringrazio tutti coloro, amici vicini e lontani, che mi hanno accompagnato in questo percorso, in particolare le mie colleghe Maria Giulia, Chiara e Giulia, per me stimolo continuo al miglioramento e fonte di preziosi consigli, costanti confronti, spunti di riflessione. Ringrazio Chiara, il mio modello di studiosa oltre che di amica.

Ringrazio infine la mia famiglia, che mi è stata vicina in ogni momento: Giancarlo, mio padre, mia madre e Edoardo, ai quali, come sempre, devo tutto.