

GIUSEPPE SUPPIEJ MARCELLO DE CRISTOFARO CARLO CESTER

Emerito dell'Univ. di Padova

Ordinario dell'Univ. di Verona

Ordinario dell'Univ. di Padova

DIRITTO DEL LAVORO

IL RAPPORTO INDIVIDUALE

Appendice di aggiornamento

a cura di CARLO CESTER
con la collaborazione di ELENA PASQUALETTO



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2012

AVVERTENZA

Accantonata per varie ragioni l'idea di una quinta edizione del manuale, si è ritenuto opportuno predisporre una sintetica appendice di aggiornamento sulle novità legislative più rilevanti intervenute negli ormai quattro anni trascorsi dall'edizione precedente. Novità, peraltro, di non poco momento anche sul piano dei principi generali, la cui definizione, nel continuo rincorrersi e contrapporsi dei diversi orientamenti di politica del diritto, appare sempre più problematica.

Di fronte ad un materiale normativo complesso, si sono presi in considerazione solo gli interventi più significativi. Oggetto di questa appendice, pertanto, sono: l'ormai famoso art. 8 della "manovra" dello scorso mese di agosto, il c.d. collegato lavoro alla legge finanziaria del 2010, il nuovo Testo Unico in materia di apprendistato e le ampie e incisive modifiche concernenti il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

Padova, dicembre 2011

C.C.

SOMMARIO: 1. Tutela del lavoro e sistema delle fonti: un diverso rapporto fra legge e contrattazione collettiva? – 2. La legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro) – 2.1. Generalità. I limiti al controllo giudiziale – 2.2. Novità in materia di licenziamenti – 2.3. I nuovi casi di decadenza legale – 2.4. Novità in materia di lavoro a termine – 2.5. Novità in materia di certificazione – 2.6. Novità in materia di conciliazione e arbitrato – 3. Il nuovo Testo Unico sull'apprendistato – 4. Le novità in tema di il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni – 4.1. Il sistema della fonti di disciplina del pubblico impiego privatizzato dopo la “riforma Brunetta” – 4.2. La posizione dei dirigenti – 4.3. Il mutamento di mansioni – 4.4. Il potere disciplinare – 4.5. Il trattamento economico.

1. – *Tutela del lavoro e sistema delle fonti: un diverso rapporto fra legge e contrattazione collettiva?*

La tutela del prestatore di lavoro, in quanto parte debole nel rapporto, è stata tradizionalmente garantita dall'intervento, esteso e penetrante, della norme inderogabili di legge, che si impongono all'autonomia privata con effetti ordinariamente sostitutivi di ogni regolamentazione difforme. A questo schema non è sottratta l'autonomia privata collettiva, che, nel rapporto con la legge, ha assolto, in linea di principio, alla funzione di migliorare, rafforzare e tutt'al più integrare i trattamenti da quella stabiliti.

Le ricorrenti, e pressoché strutturali, situazioni di difficoltà nelle quali il sistema produttivo si trova ad operare – come crisi economiche di vario genere e livello, o competizione globale – hanno indotto il legislatore a correggere almeno parzialmente quello schema, abilitando la contrattazione collettiva a introdurre deroghe a disposizioni di legge prima inderogabili. Il cosiddetto garantismo flessibile, nel quale si esprime, con l'intervento dell'autonomia collettiva, un nuovo punto di equilibrio fra esigenze di tutela del lavoratore ed esigenze dell'impresa, ha radici ormai consolidate. Esso si fonda su affidabili meccanismi di controllo, concernenti sia la selezione dei soggetti collettivi abilitati

alla deroga, sia la delimitazione, caso per caso, dell'oggetto della deroga stessa, così da assicurare il carattere sostanzialmente eccezionale dello strumento.

È per questa ragione, allora, che l'art. 8 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, come modificato dalla legge di conversione n. 148 del 14 settembre 2011, sembra tale da incidere significativamente sull'assetto delle fonti e forse, di conseguenza, dell'intero diritto del lavoro, tanto che conviene trattarne subito, pur essendo l'ultimo intervento normativo in ordine di tempo. L'obiettivo, reso pressoché esplicito dalla norma, è quello di spostare il baricentro di molta parte della disciplina lavoristica dalla disposizione di legge centralizzata e inderogabile a quella collettiva territorialmente decentrata, altrimenti detta, a seguire l'originale (ma anche ambigua) espressione normativa, «di prossimità». Ed infatti, l'art. 8 attribuisce a «specifiche intese» stipulate a livello aziendale, o a un non ben definito livello territoriale, da soggetti sindacali variamente selezionati il potere di derogare, oltre che al contratto collettivo nazionale, alle disposizioni di legge concernenti una vasta gamma di materie, con il solo limite del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalla normativa comunitaria e internazionale sul lavoro.

I problemi di carattere generale – si potrebbe dire ordinamentale – che tale intervento normativo è destinato a sollevare sono gravi e numerosi, e investono sia il diritto sindacale, sia la disciplina del rapporto individuale di lavoro.

Nel primo ambito, cui anche in questa sede conviene accennare sia pure brevemente, vi è anzitutto la questione della individuazione dei soggetti collettivi legittimati alla contrattazione di prossimità. Secondo la norma, le specifiche intese possono essere stipulate «da associazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale» (dove l'uso della preposizione semplice «da» al posto di quella articolata «dalle» non impone valutazioni strettamente comparative volte ad escludere i soggetti non in possesso del requisito di rappresentatività, con conseguente legittimazione del fenomeno della contrattazione collettiva separata), ovvero, alternativamente, «dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda» sia in base alla normativa di legge (e dunque le rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19 dello Statuto dei lavoratori), sia in base agli accordi interconfederali (e dunque le rappresentanze sindacali unitarie di cui all'Accordo del dicembre del 1993). Il riferimento alle sole associazioni sindacali dei lavoratori si spiega ove si consideri la contrattazione aziendale, nella quale

la controparte è il singolo datore di lavoro, ma risulta insufficiente con riguardo al livello territoriale (cioè provinciale, interprovinciale, regionale), nel quale intervengano associazioni sindacali anche di datori di lavoro.

In secondo luogo – e si tratta della questione più problematica – l'art. 8 attribuisce alle specifiche intese «efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati», alla sola condizione che vengano sottoscritte «sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze». Si è già sostenuto, per scongiurare i dubbi di costituzionalità per violazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., che quest'ultima, con il suo complesso procedimento, riguarderebbe l'efficacia *erga omnes* del solo contratto collettivo nazionale di categoria e non di quello aziendale o comunque decentrato. La tesi non convince, stante l'ampio significato che al concetto di categoria deve assegnarsi. Ma anche se fosse fondata, il contrasto si sposterebbe sul primo comma della norma costituzionale, dato che essa, col riconoscere la libertà di organizzazione sindacale, esclude che possa essere imposta una certa regolamentazione collettiva a soggetti che in un modo o nell'altro non l'abbiano liberamente accettata.

Problemi sorgono, poi, anche a prescindere dalla questione di costituzionalità, circa l'individuazione del concreto meccanismo di efficacia *erga omnes* delineato dall'art. 8. Il criterio maggioritario, riferito alle rappresentanze aziendali sopra richiamate, non è definito e sembra consegnato all'autonomia, e perciò oscillante, valutazione delle stesse rappresentanze. C'è poi da chiarire se, come sembra, l'efficacia generalizzata possa essere conseguita solo se intervengono le suddette rappresentanze, con la conseguenza che il contratto di livello territoriale, indicato nella prima parte della norma come alternativo rispetto a quello aziendale, non sarebbe in grado di acquisire in modo autonomo quell'efficacia. Il tutto tenendo presente che l'art. 8, complicando le cose, distingue fra contratto collettivo, aziendale e territoriale, e le «specifiche intese», nel senso che il primo costituisce la fonte, o la cornice, in base alla quale le seconde vengono poi in concreto realizzate. E poiché la conclusione di intese o accordi, anche in ambiti specifici, è del tutto libera nell'ambito dell'autonomia privata anche collettiva (non occorrendo certo una norma espressa per ribadirlo), è chiaro che il vero significato dell'art. 8 è quello di legittimare accordi derogatori delle disposizioni di legge, come espressamente stabilito dal comma 2-*bis*.

Questione ancora di diritto sindacale è quella che concerne le de-

roghe che le specifiche intese decentrate possono introdurre rispetto alla regolamentazione del contratto collettivo nazionale. Deroghe, queste, tutt'altro che sconosciute nell'esperienza sindacale anche non recente e sulle quali molto si è discusso, spesso ammettendone la legittimità. Ma l'art. 8 è la prima norma di legge che se ne occupa direttamente, per un verso sancendo, come si è appena visto, l'efficacia generalizzata delle intese derogatorie, per altro verso, con una decisa ingerenza nell'area dell'autonomia collettiva di dubbia costituzionalità, definendo le materie oggetto delle stesse, che non sono più le sole materie autonomamente stabilite dalla contrattazione nazionale, secondo i recenti accordi interconfederali sulla struttura della contrattazione, ma quelle, assai più ampie, stabilite e dunque imposte dallo stesso art. 8.

Quanto ai profili dell'art. 8 che coinvolgono la disciplina del rapporto individuale di lavoro, il più rilevante di essi è quello che concerne la possibilità di deroga, ad opera della contrattazione di prossimità, alla disciplina di legge in un'area talmente vasta ed importante da identificarsi quasi con l'intero diritto del lavoro. Ed è questa ampiezza a porre seri problemi di costituzionalità, perché quel che in un'ottica atomistica – cioè di singole e circoscritte deroghe – può essere giustificato, può non esserlo più a fronte di uno strumento così pervasivo, tale da far sospettare una sorta di incostituzionalità «complessiva». Il tradizionale rapporto fra legge e contrattazione collettiva – formalmente fatto salvo, visto che è pur sempre una norma di legge, cioè appunto l'art. 8, ad autorizzare le deroghe alla fonte legislativa – ne esce alterato nella sostanza: la prima, infatti, abdica alla sua essenziale (per quanto modulata) funzione protettiva, come imposta dall'art. 35 Cost., mentre la seconda, oltre tutto in una dimensione frammentata com'è quella territorialmente decentrata, viene investita della gestione di interessi non collettivi, ma generali.

Le intese derogatorie di prossimità si configurano come contratti di scopo, essendo espressamente finalizzate a una serie di obiettivi: dall'incremento dell'occupazione alla qualità dei contratti di lavoro, dall'emersione del lavoro irregolare agli incrementi di competitività, dalla gestione delle crisi aziendali e occupazionali agli investimenti e all'avvio di nuove attività. Peraltro, sia l'ampiezza e la genericità di detti obiettivi, sia la loro ambivalenza (alcuni di essi appaiono formulati in funzione protettiva degli interessi dei lavoratori), fa dubitare che attraverso il loro controllo si possano realmente porre limiti alle intese in questione. Ad analoga conclusione sembra doversi arrivare, almeno in generale,

con riferimento all'altra delimitazione prevista dalla norma, e cioè alla necessaria inerenza delle materie considerate all'organizzazione del lavoro e della produzione. Non è difficile, infatti, ricondurre al profilo organizzativo materie che, pure, di per sé, riguarderebbero questioni atinenti la persona in quanto tale.

L'unica vera limitazione, allora, è quella introdotta dal comma 2-*bis* dell'art. 8, riguardante il rispetto della Costituzione e della normativa comunitaria e internazionale. Una limitazione del tutto scontata ma non priva di problemi applicativi, almeno ove si convenga sul fatto che, nonostante il solido fondamento costituzionale della normativa inderogabile di tutela del prestatore di lavoro, non tutto il diritto del lavoro può dirsi "costituzionalizzato". Problemi applicativi si ripropongono anche a proposito del confronto con la normativa sovranazionale, non sempre chiara e precisa nell'individuazione di una soglia insostituibile di tutela.

L'elenco delle materie oggetto di possibile deroga è, come già osservato, particolarmente esteso e tale da coprire buona parte della disciplina del rapporto individuale di lavoro. Le materie hanno riguardo: agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie (con possibile deroga all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, che ne condiziona l'utilizzo all'accordo con le rappresentanze sindacali aziendali); alle mansioni (con possibile deroga all'art. 2103 c.c. in tema di dequalificazione o di mansioni equivalenti o di trattamento retributivo conseguente), alla classificazione e all'inquadramento del personale (qui la deroga non riguarda le norme di legge, che non si occupano di questi aspetti, ma le disposizioni del contratto collettivo nazionale); ai contratti a termine (con deroga alla disciplina, già di per sé flessibile, del l. lgs. n. 368 del 2001, con riguardo alla individuazione dei presupposti per la stipulazione a termine, alla legittimità dei rinnovi e alla disciplina sanzionatoria), ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile (dal contratto a tempo parziale a quello intermittente, nel quale ultimo, peraltro, non si vede che cosa resti da derogare); al regime di solidarietà negli appalti (con possibile deroga all'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 qualora la stipulazione dell'appalto sia condizionata dal committente all'esonero dalla responsabilità previsto da detta norma) e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro (con possibile deroga all'art. 20 del medesimo decreto); alla disciplina dell'orario di lavoro (con deroga alle varie disposizioni di cui al d.lgs. n. 66 del 2003, peraltro largamente già rese derogabili da questa stessa fonte); alle modalità di assunzione (anche

qui in un ambito già largamente liberalizzato) e alla disciplina del rapporto di lavoro (espressione che deve trovare un suo significato circoscritto all'interno di questa stessa materia delle assunzioni, posto che, diversamente, tutta la disciplina del rapporto di lavoro sarebbe derogabile e l'elenco di materie sarebbe del tutto inutile); alle collaborazioni coordinate e continuative a progetto e alle partite IVA (con possibile deroga, in particolare, alla normativa di cui agli articoli da 61 a 69 del d.lgs. n. 276 del 2003); alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro (con possibile deroga alle norme che espressamente stabiliscono tale conseguenza nel caso in cui una certa tipologia contrattuale speciale o anche una semplice articolazione interna del contratto di lavoro difetti di determinati requisiti o presupposti); alle «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro»: espressione che testualmente dovrebbe essere riferita anche alle dimissioni del lavoratore, ma che, nelle intenzioni del legislatore, chiama in causa essenzialmente il licenziamento e, più specificatamente, il licenziamento illegittimo, sui cui rimedi sanzionatori sarà dunque possibile intervenire (con deroga, pertanto, all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ma anche alla legge n. 604 del 1966, tranne che per le ipotesi di licenziamento discriminatorio e di licenziamento legato alla maternità e paternità, ovvero al matrimonio).

L'individuazione dei limiti costituzionali e sovranazionali alle deroghe richiederebbe una attenta analisi dei singoli istituti e pertanto non può essere fatta in questa sede. Solo per dare qualche indicazione di carattere generale, si osserva come in più d'una delle materie appena ricordate (si pensi all'introduzione di nuove tecnologie invasive della sfera privata del lavoratore, o all'ammissione di una dequalificazione o all'introduzione di tempi di lavoro particolarmente intensi) assume rilievo, quale limite non valicabile, la tutela della personalità morale e della dignità del lavoratore (art. 2 Cost.), oltre a quella della sua integrità fisica (art. 32 Cost.). Viene altresì in rilievo il principio, di fondamento costituzionale, della cosiddetta indisponibilità del tipo contrattuale, in base al quale un rapporto qualificabile come di lavoro subordinato non potrebbe essere sostituito da un rapporto diverso, ad esempio di lavoro parasubordinato o autonomo, donde l'impossibilità che fra le conversioni del rapporto cui si riferisce la norma possano nascondersi casi di simulazione. Limiti costituzionali, invece, non sono individuabili a presidio della disciplina della tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, per il quale operano i limiti, pur talora generici, posti dalle

normative comunitarie e internazionali, a stregua delle quali le sanzioni per i licenziamenti illegittimi devono garantire in ogni caso una adeguata protezione, donde l'inammissibilità di deroghe tali da comportare, con la riduzione quantitativa della sanzione, la vanificazione della tutela anche sotto il profilo sostanziale. I limiti comunitari operano, poi, con riguardo a diversi aspetti della disciplina del contratto a termine e a quella dell'orario di lavoro.

Allo stato, non è facile prevedere l'effettivo e concreto impatto dell'art. 8 sul sistema del diritto del lavoro. Se da un lato il necessario coinvolgimento delle organizzazioni sindacali può fungere da garanzia per una contrattazione in deroga che sia circoscritta nelle dimensioni ed equilibrata nei contenuti, dall'altro lato l'apertura verso il sindacalismo aziendale – anche se genuino e non di comodo – e soprattutto il «ricatto» dell'emergenza economica e occupazionale, lascia presagire scenari non certo tranquillizzanti ove si ritenga pur sempre prioritaria, nel nostro sistema, la tutela di chi ordinariamente vive del proprio lavoro.

2. – *La legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro).*

2.1. – *Generalità. I limiti al controllo giudiziale*

La legge n. 183 del 2010, collegata alla legge finanziaria per l'anno 2011, si presenta, come spesso accade allorché si fa uso di questa tecnica normativa, come un contenitore particolarmente ampio ed inevitabilmente eterogeneo di disposizioni in materia di lavoro, tanto da essere stata oggetto, anche sotto questo profilo, dei rilievi critici del Presidente della Repubblica nel messaggio del 31 marzo 2010 con il quale la legge è stata rinviata alle Camere in base all'art. 74 Cost. In questa sede, peraltro, ci si soffermerà sulla parte più significativa del provvedimento (articoli 30, 31 e 32) che riguarda, stando all'intitolazione della legge, le controversie di lavoro, ma che in realtà contiene anche numerose (e addirittura prevalenti, quanto ad importanza) disposizioni di natura sostanziale, così che appare preferibile parlare di un globale intervento sulla «gestione» dei diritti del lavoratore.

L'obiettivo, neppure troppo nascosto, di questo intervento è quello di un parziale riequilibrio dell'assetto di interessi nel rapporto di lavoro che restituisca maggiore spazio alle esigenze di flessibilità delle imprese e dei datori di lavoro in genere. Ciò viene realizzato, anzitutto, median-

te la riaffermazione della sfera di insindacabilità delle scelte economiche del datore di lavoro ed un sottile ridimensionamento dei poteri del giudice. In secondo luogo, attraverso tecniche di contenimento delle opportunità per i lavoratori di far valere i propri diritti, con la previsione, per taluni (significativi) di tali diritti, di un regime piuttosto rigido di decadenza dall'azione in giudizio; infine, attraverso un rafforzamento degli strumenti di deflazione del contenzioso giudiziario, come la certificazione, e di quelli alternativi, come l'arbitrato. Di ciascuno di questi aspetti si darà ora conto, sia pure brevemente.

Nell'ambito del primo tipo di intervento, il comma 1 dell'art. 30 della legge n. 183/10 conferma anzitutto i limiti che il sindacato giudiziale incontra, secondo orientamenti ormai consolidati, nell'applicazione di norme – impropriamente chiamate «clausole generali», in realtà da qualificare come «norme a precetto generico» – che riguardino valutazioni tecniche, organizzative e produttive di competenza del datore di lavoro, rilevanti sia come presupposti per l'instaurazione di un rapporto di lavoro (si pensi al contratto a termine, ma anche al contratto di somministrazione di lavoro), sia come presupposti per l'esercizio dei poteri del datore di lavoro. Il controllo del giudice, in questi casi, deve essere circoscritto – recita la norma – all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al merito della scelta.

L'affermazione, come sopra rilevato, appare piuttosto scontata, anche se l'uso di categorie nate al di fuori del diritto privato, come legittimità e merito, può determinare difficoltà interpretative nella delimitazione dei rispettivi confini. In particolare, problemi potrebbero sorgere quanto al controllo di merito, ove si tenga fermo che la sua esclusione non può portare all'autogiustificazione delle scelte, come se fosse sufficiente la loro mera enunciazione ed allegazione, magari con pedissequa riproduzione della formula normativa. Qui, però, la disposizione, apparentemente irrilevante, potrebbe davvero incidere anche sul piano applicativo, precludendo quell'indagine che spesso la giurisprudenza di merito ha ritenuto di potere e dovere condurre circa la proporzionalità e la ragionevolezza delle ricadute sulla posizione del lavoratore delle scelte economiche del datore di lavoro, specie di quelle che si traducono nell'esercizio di specifici poteri (di licenziamento, di trasferimento, di controlli vari ecc.). Tanto per fare un esempio specifico, c'è da chiedersi se ne risulterà influenzata la valutazione circa l'assolvimento, in caso di licenziamento per ragioni oggettive, dell'onere per il datore di lavoro di dimostrare la non ricollocabilità del lavoratore in altre mansio-

ni e in altro settore dell'impresa. Restano invece fuori dai limiti al controllo l'accertamento e la precisazione di altre norme a precetto generico, come l'equivalenza di mansioni, o la caratteristica di autonomia dell'unità produttiva di cui all'art. 18 dello Statuto o del ramo d'azienda di cui all'art. 2112 c.c.

Il ridimensionamento dei poteri del giudice si manifesta, poi, almeno nelle intenzioni del legislatore, da un lato in un limite apparentemente più stringente cui il giudice medesimo sarebbe sottoposto, costituito dalla contrattazione collettiva, dall'altro lato in un ampliamento dell'ambito di operatività della procedura di certificazione. Entrambi gli interventi cui si fa ora riferimento (art. 30, commi 2 e 3) concernono il licenziamento, anche se il secondo di essi, sulla certificazione, lì non si esaurisce e merita qualche ulteriore e autonoma considerazione. Ma cominciamo dalle innovazioni in materia di licenziamento.

2.2. – *Novità in materia di licenziamenti*

Una breve premessa. La protezione contro i licenziamenti, nella versione della tutela reale, è, negli ultimi tempi, sempre più spesso oggetto di accesi conflitti politico-sociali e forse anche ideologici, innescati, in realtà, da ricorrenti iniziative volte a modificarne spessore ed effetti. Da un lato vi è chi considera intoccabile quella tutela, configurandola come una sorta di precondizione per l'applicazione effettiva, e non solo teorica, di tutta una serie di altre garanzie per il prestatore di lavoro; dall'altro lato vi è chi la considera come elemento di forte rigidità, responsabile della divisione del mercato del lavoro in due tronconi: quello dei soggetti beneficiari di amplissime garanzie e quello dei soggetti privi di protezione ed esposti alle oscillazioni del mercato medesimo.

È difficile negare che i due ultimi, importanti interventi legislativi qui considerati (l'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011 e gli articoli 30, 31 e 32 della legge n. 183 del 2010) vadano nella seconda direzione. Dell'art. 8 già si è detto, sia pure rapidamente; ma si tratta di disciplina ancora tutta da inventare nell'ambito della contrattazione di prossimità. Quanto alla legge n. 183 del 2010, invece, diverse sono le disposizioni, immediatamente efficaci, da prendere in considerazione.

Il comma 3 dell'art. 30 stabilisce che, nel valutare le ragioni poste alla base del licenziamento, "il giudice tiene conto delle tipizzazioni di

giusta causa e giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi”. Si può ritenere anche questa disposizione, alla stessa stregua di quella sulla insindacabilità delle scelte economiche, come meramente confermativa di orientamenti sostanzialmente consolidati, nel senso che il giudice, ora come prima, può liberamente attingere, senza esserne vincolato, alle previsioni collettive in tema di causali giustificative del licenziamento (s'intende, per ragioni soggettive); previsioni, quelle, da intendersi come meramente esemplificative, riferite come sono ad una fattispecie, quale il licenziamento disciplinare, il cui carattere “ontologico” (e quindi a definizione aperta) impedisce appunto una tipizzazione vincolante: non per niente si dice che il giudice “tiene conto”, e non che il giudice deve tener conto. Peraltro, questa conclusione si combina a fatica con la previsione selettiva circa i soggetti stipulanti: posto che la facoltà del giudice di tener conto delle esemplificazioni collettive è da sempre affermata con riferimento ad ogni tipo di contratto a prescindere dalla qualità degli agenti contrattuali, si potrebbe sostenere (ma è solo un'ipotesi interpretativa, tutta da verificare) che, là dove questi ultimi siano comparativamente più rappresentativi – come richiesto dalla norma – un qualche vincolo vi sia, magari con riferimento alla individuazione della fattispecie astratta alla quale collegare la sanzione del licenziamento e ferma restando, in ogni caso, la libera valutazione da parte del giudice del fatto concreto alla luce dei consolidati criteri di misurazione (rilevanza delle mansioni e della collocazione del lavoratore in azienda, intensità dell'elemento intenzionale, fiduciarità del rapporto, entità dell'eventuale danno ecc.).

Accanto alla tipizzazione collettiva, la norma in commento prevede anche – e si tratta di una novità assoluta – una tipizzazione delle cause giustificative del licenziamento introdotta nel contratto individuale, ove questo sia stato oggetto di certificazione presso le competenti commissioni. Clausole di questo tipo non sono abilitate, per il sol fatto di essere certificate, a derogare alla disciplina di legge, come ad esempio al principio di proporzionalità, sì che la questione della loro vincolatività deve essere risolta in senso tendenzialmente negativo, come per quelle introdotte in sede collettiva. Ma non se ne può negare una certa utilità concreta, nel senso che se datore di lavoro e lavoratore individuano specifici fatti o comportamenti come giustificativi del licenziamento, il giudice sarà portato a riconoscere rilevanza a siffatte clausole, come espressione di un equilibrio di interessi voluto dalle stesse parti e garan-

tito dalle modalità della loro stipulazione, cioè dal ricorso alla procedura di certificazione.

Le esemplificazioni, collettive e individuali, in ordine alle cause giustificative del licenziamento assumono poi ulteriore rilievo, nel secondo periodo del comma 3, ai fini delle “conseguenze” di cui all’art. 8 della legge n. 604 del 1966 (cosiddetta stabilità obbligatoria). Non entrano qui in gioco le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo, ma «elementi e parametri» idonei a quantificare l’indennità risarcitoria.

Questa parte della norma incide comunque, anche a prescindere dalle tipizzazioni contrattuali, in tema di determinazione della suddetta indennità, stabilendo criteri da considerare anzi prevalenti rispetto a quelli contrattuali, ancorché il legislatore ne auspichi in sostanza una valutazione complessiva. Il problema che si pone a questo punto è quello del rapporto fra i criteri di cui all’art. 30 e quelli di cui all’art. 8 della legge n. 604 del 1966: se cioè questa sia stata implicitamente abrogata dalla prima per ridisciplina della materia o se sia necessario combinare fra loro i due testi normativi. La soluzione preferibile, ancorché faticosa e non priva di problemi, appare la seconda. Resta anzitutto il criterio del numero di occupati allo specifico fine di modulare la rilevanza dell’anzianità di servizio. E resta il criterio – più ampio perché desunto anche da elementi diversi come il fatturato o il capitale impiegato – delle dimensioni (non più peraltro della sola impresa, ma) «dell’attività esercitata dal datore di lavoro». Dell’organizzazione del datore di lavoro deve ora tenersi conto anche in relazione alle «condizioni dell’attività esercitata». Quanto alle «condizioni del lavoratore», non vi sono novità e pertanto assumeranno rilievo, come prima, le condizioni economiche generali, la situazione familiare, lo stato di disoccupazione al momento della sentenza. Quest’ultimo profilo esce poi rafforzato dal riferimento alla «situazione del mercato del lavoro locale», che è criterio, a ben guardare, solo apparentemente nuovo, posto che già prima lo si poteva utilizzare, come verifica della possibilità del lavoratore di rioccuparsi. Da ultimo, il comportamento delle parti, che l’art. 30 estende (ma anche prima l’estensione era possibile) al periodo precedente il licenziamento.

Può sembrare strana tutta questa attenzione del legislatore per una norma di impatto pratico piuttosto modesto, visto che i criteri di modulazione dell’indennità agiscono in una “forbice” di entità assai ridotta (da 2,5 a 6 mensilità). Deve tenersi conto, tuttavia, del fatto che l’art. 32, comma 5 (sulla quale *infra*, par. 2.4) estende i medesimi criteri alla

determinazione della nuova indennità risarcitoria per il caso di apposizione illegittima del termine, in una forbice tuttavia più ampia (fino a 12 mensilità).

L'innovazione più significativa in materia di licenziamento riguarda la sua impugnazione, ridisciplinata ora dall'art. 32 della legge n. 183 del 2010 con l'introduzione di un doppio termine di decadenza dall'azione. Va subito evidenziato, peraltro, che la portata di questa innovazione, che indubbiamente rende più difficoltoso l'esercizio per il lavoratore del proprio diritto, va al di là della materia del licenziamento, traducendosi in una nuova disciplina della decadenza legale, applicata (come si vedrà nel paragrafo successivo) anche ad altre diverse e significative situazioni nelle quali il lavoratore invoca la protezione legale dei suoi interessi. La *ratio* dell'intervento normativo sta nell'evitare possibili abusi da parte del lavoratore che volutamente ritardi l'azione in giudizio, facendo così lievitare, in misura talora esponenziale, le conseguenze economiche a carico del datore di lavoro: situazioni tutt'altro che immaginarie, che però potevano essere sanzionate con una tecnica meno generalizzante e rigida, soprattutto con riferimento, come si vedrà, agli altri casi previsti dai commi 3 e 4 dell'art. 32.

La norma, da un lato agisce direttamente, modificandolo, sull'art. 6 della legge n. 604 del 1966 in tema di impugnazione del licenziamento e dall'altro lato, sempre in tema di licenziamento, introduce una disposizione di carattere generale, esterna alla legge n. 604 del 1966, sul suo ambito di applicazione.

L'art. 6 novellato concentra nel (nuovo) comma 1 quel che prima era scritto nei commi 1 e 2, unificando in una sola proposizione la previsione della decorrenza del termine di 60 giorni per l'impugnazione stragiudiziale, riferito sia alla comunicazione del licenziamento, sia alla comunicazione dei motivi ove non contestuale. Ma la novità sta nell'attuale comma 2, ai sensi del quale quella impugnazione perde efficacia se non è seguita, entro i successivi 270 giorni, dall'inizio dell'azione in giudizio, attestata dal deposito del ricorso nella cancelleria del competente Tribunale in funzione di giudice del lavoro. La norma non chiarisce da quando decorra questo secondo termine di decadenza: se dallo spirare del primo, così da garantire comunque uno spazio di 330 giorni (60+270) o dal momento in cui il lavoratore abbia concretamente impugnato nel rispetto del primo termine, con uno spazio conseguentemente inferiore; ma la seconda soluzione appare preferibile in ragione della lettera della norma stessa. Lo stesso effetto sanante della (secon-

da) decadenza è attribuito dalla norma alla comunicazione al datore di lavoro della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato. Ma, posto che comunque il ricorso al giudice deve essere avviato in tempi ragionevoli, ove la richiesta del lavoratore sia stata rifiutata dal datore di lavoro ovvero (caso di per sé non previsto espressamente) la conciliazione, pur praticata dalle parti, non abbia dato esito positivo, il ricorso al giudice dovrà essere proposto nei successivi 60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

Il comma 2 dell'art. 30 individua il campo di applicazione della nuova disciplina con riguardo ai possibili, diversi vizi del licenziamento. Mentre in precedenza l'onere di impugnazione riguardava tutte le ipotesi di illegittimità del licenziamento regolate dalla stessa legge n. 604 del 1966 – ad eccezione del licenziamento inefficace per violazione delle regole di forma di cui all'art. 2 della legge stessa – e non le altre ipotesi previste da altre normative (licenziamento per causa di matrimonio, o della lavoratrice madre, licenziamento collettivo ecc.), il novellato art. 6 si applica “anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento”. In tal modo, con l'implicita esclusione dei casi di inefficacia (da tenere distinta dalla invalidità), da un lato viene confermata l'esclusione del licenziamento orale (e di quello senza comunicazione scritta dei motivi ove richiesti), dall'altro la nuova disciplina viene estesa a tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo estranee alla legge n. 604 del 1966.

2.3. – *I nuovi casi di decadenza legale*

Come poco sopra ricordato, la nuova disciplina del doppio termine di decadenza viene estesa, in base ai commi 3 e 4 dell'art. 32, a diverse altre ipotesi nelle quali il lavoratore, e non solo quello subordinato, intenda contestare l'esercizio di taluni poteri del datore di lavoro (o committente) o la configurazione di una certa tipologia contrattuale. In termini generali, può dirsi che lo scopo, certamente condivisibile, di evitare abusi realizzati attraverso il differimento dell'azione in giudizio può talora entrare in attrito con la tutela del prestatore di lavoro tutte le volte in cui quest'ultimo incontra concrete difficoltà nell'esercitare il proprio diritto, a rapporto in corso.

Un primo gruppo di ipotesi riguarda l'azione del lavoratore diretta a far emergere situazioni di simulazione, o di tipo oggettivo con riguardo alla qualificazione del rapporto, o di tipo soggettivo con riguardo

all'imputazione a un soggetto diverso da quello risultante formalmente. Nell'ambito del primo caso, il comma 3, lettera a) sottopone al doppio termine di decadenza l'impugnazione di atti estintivi di rapporti diversi da quelli di lavoro subordinato dei quali il lavoratore chieda appunto la riqualificazione come di lavoro subordinato, ovvero chieda l'accertamento della illegittimità del termine, così da doversi chiamare quegli atti, in entrambi i casi, licenziamenti. In queste ipotesi, il *dies a quo* del termine di decadenza è dato dalla cessazione del rapporto, anche in ipotesi di illegittimità del termine. Nell'ambito del secondo caso, invece, la lettera d) del comma 4 riguarda l'azione volta a far emergere situazioni di sostanziale interposizione al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge, cioè i casi di somministrazione irregolare, di appalto o distacco illeciti, di interposizione nell'ambito di gruppi di società ecc., con richiesta di costituzione di un rapporto di lavoro subordinato con chi, pur non essendo titolare del rapporto, abbia utilizzato le prestazioni di lavoro. Il *dies a quo*, in queste ipotesi, è quello della cessazione del rapporto con il soggetto interposto, anche se non è del tutto chiaro quale sia il contratto da impugnare, se quello di lavoro o quello fra interposto e interponente o entrambi.

La lettera b) del comma 3 si riferisce all'impugnazione del recesso del committente (con *dies a quo* dalla comunicazione del recesso) da un contratto di lavoro a progetto, ove non sia controversa la qualificazione del rapporto, ma si discuta della legittimità dell'atto di cessazione, o perché non sia stato rispettato il preavviso o perché sia stato intimato per una giusta causa ritenuta insussistente.

La lettera c) del comma 3 sottopone alla doppia decadenza l'impugnazione del trasferimento. È una di quelle previsioni che, come già accennato, destano talune perplessità sul piano dell'opportunità, perché complica non poco al lavoratore la possibilità di reagire di fronte ad un atto di gestione del rapporto in grado di incidere anche profondamente sulle sue condizioni di vita e non di rado utilizzato in modo strumentale. Si pensi solo all'ipotesi nella quale il trasferimento venga disposto e comunicato con effetti differiti nel tempo: il lavoratore avrà l'onere di impugnarlo, con conseguenze facilmente immaginabili nella relazione con il datore di lavoro, prima ancora di potersi rendere conto della sua fondatezza o meno. Per quanto concerne l'individuazione del *dies a quo* per il termine di impugnazione, la norma lo fa coincidere con la data di ricezione della comunicazione del trasferimento, in tal modo introducendo (indirettamente) il vincolo di forma scritta per un atto

prima libero. Resta poi aperta la questione della possibile applicazione analogica della regola (prevista in caso di licenziamento) sulla possibile richiesta dei motivi, applicazione che determinerebbe lo spostamento del termine iniziale.

Rinviando al successivo paragrafo le questioni concernenti il lavoro a tempo determinato, va da ultimo menzionata la lettera c) del comma 4, anch'essa problematica: la regola della doppia decadenza si applica anche alla "cessione del contratto di lavoro" in base all'art. 2112 c.c., con termine decorrente dalla data del trasferimento. Il riferimento ad una cessione di contratto è certamente improprio, visto che l'art. 2112 c.c. configura un meccanismo di sostituzione soggettiva in un rapporto che continua con il subentrante (mentre la cessione riguarda semmai la gestione dell'azienda). Ma, a prescindere da ciò, il lavoratore può venire a conoscenza del trasferimento in un momento successivo al suo perfezionarsi e non essere in grado, prima del decorso di un tempo adeguato, di rendersi conto della legittimità del trasferimento stesso: si pensi, soprattutto, al caso del trasferimento di ramo d'azienda e alla non semplice verifica dei requisiti di legge.

2.4. – *Novità in materia di lavoro a termine*

Quella del contratto di lavoro a tempo determinato è, forse, la materia più movimentata degli ultimi tempi, avendo subito frequenti incursioni del legislatore – o, più esattamente, di legislatori di diversa ispirazione politica che sembrano aver fatto a gara per disfare quanto stabilito dai predecessori (si considerino, in particolare, le disposizioni della legge n. 247 del 2007 e quelle, di poco successive, del d.l. n. 112 del 2008, convertito nella legge n. 133) – e dovendo altresì costantemente misurarsi con la direttiva europea in tema di contratto a termine e con l'interpretazione che, non senza oscillazioni e oscurità, ne ha fornito la Corte di Giustizia europea, specie con riguardo all'ambito di applicazione della direttiva medesima: se inclusivo del primo e/o isolato contratto a termine (da ritenersi perciò assoggettato a limiti e controlli) o se da riferire alla sola ipotesi di reiterazione abusiva di contratti a tempo determinato (con piena libertà circa la stipulazione del primo contratto). Né possono trascurarsi i ripetuti interventi della Corte costituzionale, che per lo più ha fatta salva la disciplina del d.lgs. n. 368 del 2001, in particolare nelle sue più recenti modifiche, limitandosi a censurare l'in-

troduzione del diritto di precedenza nelle successive assunzioni in quanto eccedente la delega ad attuare la direttiva comunitaria (sentenza n. 44 del 2008), e la previsione dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 del 2001 (aggiunto dalla legge n. 133 del 2008), che aveva introdotto una diversa disciplina sanzionatoria del termine illegittimo per i soli giudizi in corso (sentenza n. 214 del 2009).

Venendo alle modifiche introdotte dalla legge n. 183 del 2010, c'è anzitutto da ricordare l'estensione della nuova disciplina della doppia decadenza (considerata nel paragrafo precedente) anche all'azione di impugnazione del termine illegittimo (art. 32, comma 3, lettera d). Tale azione viene qualificata come azione di nullità, ma si deve precisare che la questione, a lungo dibattuta, se si tratti di azione volta a far accertare la nullità della clausola appositiva del termine o di azione di impugnazione di un licenziamento (implicito nello spirare di un termine illegittimo), è ormai priva di rilevanza pratica appunto perché anche all'azione di nullità, prima esperibile, secondo i principi, senza limiti di tempo, viene ora applicato il nuovo regime decadenziale stabilito per il licenziamento nel contratto a tempo indeterminato.

L'applicazione di tale regime mette il lavoratore in una situazione di particolare difficoltà ad esercitare il proprio diritto, dal momento che egli, nutrendo l'aspettativa di un rinnovo del contratto a termine già concluso, sarà portato a non impugnarlo. E al datore di lavoro basterà proporre il rinnovo una volta che sia trascorso il primo termine di decadenza di 60 giorni perché il precedente contratto sia inoppugnabile. È vero che la norma si riferisce all'impugnazione del contratto a termine per violazione degli articoli 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368 del 2001 (cioè nei casi di difetto di forma, di insussistenza delle ragioni giustificative, di illegittimità della proroga) e non dell'art. 5 (nel caso cioè, ivi previsto, di superamento del limite massimo di 36 mesi riferito ad una pluralità di contratti a termine). Ma in quest'ultima ipotesi non è affatto chiaro se il lavoratore, impugnando l'ultimo contratto, possa invalidare i precedenti o se questi, in quanto non autonomamente impugnati, non possano essere più contestati.

Le lettere a) e b) del comma 4 dell'art. 32 estendono il nuovo regime di decadenza ai contratti in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore della legge (con termine per l'impugnazione decorrente dalla scadenza del contratto) e anche a quelli già conclusi (con termine decorrente dall'entrata in vigore della legge).

Sul piano sostanziale, di particolare importanza è, poi, la disposi-

zione del comma 5 dell'art. 32, indirizzata a regolare le conseguenze sanzionatorie dell'accertamento dell'illegittimità del termine: problema, questo, del quale molto si era discusso, in ragione del fatto che il lavoratore poteva ottenere, oltre alla conversione del contratto a termine illegittimo in contratto a tempo indeterminato, risarcimenti particolarmente elevati senza aver prestato attività lavorativa, e ciò solo in dipendenza del momento iniziale del processo e della sua durata. Ferma restando la conversione, la soluzione cui era pervenuta la giurisprudenza circa il risarcimento era nel senso che al lavoratore che avesse formalmente offerto la propria disponibilità a lavorare sarebbe spettato il risarcimento del danno, con decorrenza dal momento dell'offerta, pari alle retribuzioni perdute e con detrazione di quanto percepito nell'ambito di altri rapporti di lavoro.

La legge in commento, oltre ad incidere significativamente, con la nuova disciplina delle decadenze, sui tempi di avvio del processo, ha disciplinato in modo specifico le conseguenze sanzionatorie della illegittimità del termine, stabilendo che «Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno stabilendo una indennità onnicomprensiva...». Da un lato, dunque, ha tenuto ferma la conversione del contratto a termine illegittimo in contratto a tempo indeterminato, dovendosi respingere la diversa interpretazione che spiega il riferimento alla conversione solo come all'ambito nel quale applicare la nuova regola sul risarcimento, con esclusione pertanto della conversione medesima. Dall'altro lato, ha disposto una forfetizzazione del danno, da liquidare in una misura compresa fra 2,5 e 12 mensilità, secondo i criteri, già visti, dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966, come integrato dall'art. 30 della legge in commento.

È da ritenersi, anzitutto, che la liquidazione del danno, appunto perché forfettaria, non richieda la formale offerta della prestazione di lavoro, né che il suo ammontare possa essere ridotto di quanto il lavoratore abbia altrove guadagnato. È da ritenersi, inoltre, che tale regime forfettario operi con riguardo al solo periodo corrente dalla illegittima cessazione del rapporto alla decisione del giudice, mentre, una volta che questi abbia pronunciato la conversione in un contratto a tempo indeterminato, saranno pienamente operative le relative obbligazioni, con applicazione delle regole sulla mora creditoria qualora il datore di lavoro continui a rifiutare la prestazione di lavoro ritualmente offerta. Anche sulla base di queste considerazioni, la Corte costituzionale,

con la recentissima sentenza n. 303 del 2011, ha rigettato le numerose questioni di illegittimità costituzionale che erano state sollevate.

2.5. – *Novità in materia di certificazione*

Già si è visto, parlando di licenziamento, che l'art. 30, comma 3 della legge n. 183 del 2010 prevede la possibilità di certificare clausole individuali di tipizzazione di giusta causa e giustificato motivo. Va ora chiarito che tale disposizione trova il suo fondamento in un ampliamento dell'oggetto, e in qualche misura della funzione della procedura di certificazione, derivante dalla modifica – disposta dal comma 4 dell'art. 30 – dell'art. 75 del d.lgs. n. 276 del 2003, intitolato alle «finalità» della procedura medesima. Ed infatti, se resta immutata la finalità deflattiva del contenzioso giudiziario, quest'ultimo non è più limitato, come prima, alla qualificazione del rapporto, ma riguarda qualunque possibile aspetto che riguardi il contratto. Alla certificazione del tipo contrattuale si aggiunge dunque quella del suo contenuto, cioè delle clausole inserite dalle parti nel contratto; contratto che a sua volta è definito dalla norma in senso ampio, come quello nel quale «sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro». Ne consegue che d'ora in poi si potrà chiedere la certificazione – di qualificazione e di contenuto – delle varie tipologie e articolazioni interne del lavoro subordinato, ovvero del lavoro parasubordinato o dell'associazione in partecipazione o altro (deduzione “diretta”), ma anche (deduzione “indiretta”) di contratti non aventi ad oggetto una prestazione di lavoro ma nei quali tuttavia in modo indiretto ne sia previsto lo svolgimento da parte di lavoratori terzi rispetto al contratto (già era contemplato l'appalto, ora si possono aggiungere la somministrazione di lavoro o varie forme contrattuali atipiche comportanti un meccanismo di fornitura di prestazioni lavorative).

L'allargamento dell'oggetto della certificazione alle clausole contrattuali non può tuttavia portare a modificare il profilo essenziale dell'istituto e la sua collocazione nel sistema della gestione del contenzioso. Quel che viene certificato, infatti, è solo la volontà delle parti espressa nella singola clausola davanti alla commissione di certificazione: volontà che resta perciò cristallizzata, con conseguente irrilevanza, ai fini dell'interpretazione del contratto, del successivo comportamento delle parti medesime. Non è invece pensabile che la certificazione possa “co-

prire” una clausola contraria a norme inderogabili (si pensi ad una “fornitura” di lavoro contraria alla legge) eventualmente sfuggita al vaglio della commissione, di talché in questo caso la sua nullità potrà essere fatta valere anche a prescindere dalla specifica impugnazione della certificazione davanti al giudice in base all’art. 80 del d.lgs. n. 276 del 2003.

Non contraddice tale conclusione il comma 2 dell’art. 30, ai sensi del quale il giudice, nella qualificazione del contratto e nell’interpretazione delle sue clausole «non può discostarsi dalle valutazioni espresse dalle parti espresse in sede di certificazione, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione». Nonostante una certa ambiguità nell’espressione «valutazioni» (che sembrerebbe alludere a giudizi, a quel punto vincolanti per il giudice), resta fermo che la certificazione delle clausole ha per oggetto la volontà effettiva delle parti riguardo a dette clausole, non la resistenza di queste ultime a fronte di norme inderogabili. In questi limiti, la certificazione delle clausole vincola effettivamente il giudice, ma con le eccezioni sopra riportate, nelle quali la certezza circa la volontà espressa dalle parti, destinata ovviamente a cadere ove si accerti il vizio del consenso, non può neppure evitare la riqualificazione del rapporto ove, a prescindere dalla volontà, la qualificazione sia erronea o l’attuazione del rapporto abbia seguito percorsi diversi rispetto al tipo certificato.

Significativa è poi la norma (art. 31, comma 17) che ha aggiunto un secondo comma all’art. 79 del d.lgs. n. 276 del 2003 in tema di efficacia giuridica della certificazione. La norma stabilisce, a conferma di un orientamento interpretativo non privo di contrasti, che si può ricorrere alla procedura di certificazione anche per contratti in corso di esecuzione, preoccupandosi poi di determinare il momento a partire dal quale, nei vari casi, si producono gli effetti della certificazione. In questo caso, sembra che la commissione debba procedere ad un’analisi di fatto circa le modalità di svolgimento pregresso del rapporto, con un qualche snaturamento della sua funzione, che è quella non di accertare fatti, ma di certificare volontà.

Altre innovazioni riguardano: la sottoposizione a specifiche condizioni dell’operatività delle commissioni di certificazione costituite presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro; l’utilizzazione delle sedi di certificazione nell’ambito della disciplina della conciliazione e dell’arbitrato (su cui *infra*, par. successivo); l’estensione della certificazione

di rinunzie e transazioni (nel senso della certificazione di una effettiva volontà abdicativa) a tutte le sedi di certificazione e non solo, come disponeva l'art. 82 del d.lgs. n. 276 del 2003, alle commissioni costituite presso gli enti bilaterali.

2.6. – *Novità in materia di conciliazione e arbitrato*

Come si è già osservato, fra i principali obiettivi della legge n. 183 del 2010 vi è quello di incentivare la composizione delle controversie in sedi diverse da quella giudiziaria. Strumento indiretto è il potenziamento della certificazione, appena considerata; strumenti diretti sono la conciliazione e l'arbitrato, che vengono sottoposti ad una profonda revisione.

Per quanto riguarda la conciliazione, il legislatore ha preso atto, in buona sostanza, della modesta riuscita pratica di un tentativo di conciliazione previsto come obbligatorio, a pena di improcedibilità dell'azione in giudizio: sovente, infatti, esso si era ridotto ad un adempimento meramente formale e quasi burocratico, tale perciò da costituire motivo di ritardo nella definizione giudiziale delle controversie. Da ciò la scelta di reintrodurre la mera facoltatività delle procedure conciliative, peraltro ridisciplinate in modo più efficiente (almeno secondo le intenzioni del legislatore), così da poter essere utilizzate solo allorché la conciliazione si presenti come concretamente praticabile. Il tentativo di conciliazione resta peraltro obbligatorio davanti alle commissioni di certificazione, nel caso in cui venga impugnata la certificazione per le ragioni indicate dalla legge (erroneità della certificazione e difformità tra quanto certificato e quanto oggetto di esecuzione del rapporto).

Anzitutto, vengono ridisciplinate le procedure conciliative tradizionali: sia, con un intervento davvero radicale, quella in sede amministrativa (nuovo art. 410 c.p.c.), sia, assai più sinteticamente, quella in sede sindacale (nuovo art. 413-ter c.p.c.), sia, infine, quella giudiziale (con integrazione dell'art. 420 c.p.c.). Ad esse si aggiungono poi altre sedi di conciliazione: quelle, poco sopra ricordate, davanti alle commissioni di certificazione e quella, del tutto inedita, disciplinata dal nuovo art. 412-*quater* c.p.c. Il panorama complessivo, in realtà, appare fin troppo frastagliato e in qualche misura confuso, tanto che resta il dubbio se non sarebbe stato più utile, in funzione dell'efficienza, puntare ad una semplificazione della materia; semplificazione che si è realizzata so-

lo in una direzione, per effetto dell'abolizione della speciale procedura conciliativa prevista per le controversie aventi ad oggetto il lavoro pubblico (art. 65 e 66 del d.lgs. n. 165 del 2001), confluita ora nella disciplina generale della conciliazione anche se presa a modello per alcune delle nuove procedure.

Qualche indicazione di carattere generale sarà sufficiente.

Il tentativo di conciliazione in sede amministrativa si propone davanti alla commissione istituita presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e composta con gli stessi criteri precedenti, salva la possibilità, ora, che essa sia presieduta da un magistrato collocato a riposo. La novità più significativa sta nell'introduzione di dettagliate prescrizioni, anche procedurali – modellate, come appena detto, sulla precedente disciplina della procedura conciliativa per il lavoro pubblico – riguardanti la richiesta e in particolare il suo contenuto, con la necessaria indicazione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa, indicazione cui l'altra parte, beninteso ove essa accetti lo svolgimento della procedura conciliativa, deve replicare, eventualmente formulando domande riconvenzionali. Se la conciliazione dà esito positivo, restano, nella sostanza, le regole precedenti (confluite nel nuovo art. 411 c.p.c.), con la sottoscrizione del verbale di avvenuta conciliazione e la dichiarazione di esecutività del verbale stesso da parte del giudice, su richiesta della parte interessata; ove della conciliazione raggiunta sia parte una pubblica amministrazione, viene riprodotto il principio di irresponsabilità di chi l'abbia rappresentata, già stabilito nell'art. 66, comma 8 del d.lgs. n. 165 del 2001, ma con l'esclusione del caso di dolo o colpa grave. Se invece la conciliazione non sia raggiunta, la commissione deve formulare una proposta per la "bonaria" definizione della controversia: proposta ovviamente non vincolante, ma il cui rifiuto non motivato, da riportare nel verbale di mancata conciliazione e poi da allegare in giudizio, sarà poi tenuto in considerazione dal giudice.

Quanto alla conciliazione in sede sindacale (nuovo art. 411 c.p.c., comma 3), non ci sono in realtà novità: né per quel che concerne le modalità di svolgimento, per le quali rileva la piena autonomia delle parti collettive (con la precisazione, ovvia, che non si applicano le regole procedurali di cui all'articolo precedente), né per quanto concerne l'utilizzazione del verbale di avvenuta conciliazione – con necessaria verifica di autenticità delle sottoscrizioni – come titolo esecutivo.

Resta la procedura di conciliazione regolata dal nuovo art. 412-*qua-*

ter. Essa, peraltro, è stata pensata come possibile esito della controversia all'interno di una procedura indirizzata, fin dal suo inizio, verso la soluzione arbitrale (della quale si dirà tra poco). Per tale motivo la stessa risente del carattere di accentuato formalismo procedurale che, quasi a riprodurre il procedimento davanti al giudice, è stato previsto per questa tipologia di arbitrato. E non senza ragione, visto che, a dispetto di siffatto formalismo, tanto la conciliazione quanto il lodo arbitrale sono ormai considerati dal legislatore a stregua di negozi dispositivi.

L'obiettivo di incentivare la risoluzione delle controversie di lavoro al di fuori del giudizio ordinario viene poi perseguito dal legislatore mediante l'ennesima riforma della disciplina dell'arbitrato, valida anche per le controversie di lavoro pubblico, la cui disciplina specifica viene abrogata. Ma si tratta di una riforma che, anziché semplificare, complica la situazione, dal momento che delinea ben quattro possibili tipologie di arbitrato, tutte da qualificare come di arbitrato irrituale, cioè riferibile alla volontà delle parti, senza peraltro coordinarle né con altre fattispecie dello stesso tipo già presenti nel nostro ordinamento (si pensi a quella di cui all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori), né con gli arbitrati rituali, dei quali pure alcuni dei precedenti interventi normativi si erano occupati. Viene poi introdotta una nuova disciplina della clausola compromissoria, oggetto, come si vedrà, di critiche penetranti.

Quanto alle diverse procedure di arbitrato irrituale, il comma 5 della legge n. 183, nel riscrivere l'art. 412 c.p.c., prevede la risoluzione arbitrale della controversia in sequenza rispetto ad un tentativo di conciliazione fallito anche solo in parte (nel qual caso le parti definiranno la soluzione parziale sulla quale convengono): l'arbitro è la stessa commissione di conciliazione, alla quale viene conferito apposito mandato. Nell'art. 412-*ter*, come riscritto dal comma 6 della legge n. 183, accanto alla conciliazione è previsto l'arbitrato in sede sindacale, per il quale non sono stabiliti particolari vincoli o presupposti, la sua regolamentazione essendo lasciata interamente alla contrattazione collettiva, alla sola condizione che i soggetti stipulanti siano associazioni sindacali maggiormente rappresentative. Vi è poi il caso di "camere arbitrali" costituite presso le commissioni di certificazione ai sensi del comma 12 dell'art. 31.

La quarta tipologia, certamente la più elaborata e sulla quale probabilmente il legislatore ha inteso scommettere, è quella di cui all'art. 412-*quater* c.p.c. Qui la procedura arbitrale viene minuziosamente regolata: dalla composizione e nomina della commissione (che deve avere

un presidente imparziale ed autorevole, professore universitario o avvocato cassazionista), alla previsione di un ricorso introduttivo con l'indicazione di tutti gli elementi di fatto e di diritto e i mezzi di prova; dalla previsione di una memoria di risposta anch'essa contenente tutti gli elementi per la difesa a quella di memorie di replica e controreplica; dalla fissazione di una udienza per l'assunzione delle prove alla discussione e alla definizione di spese legali e compenso per il presidente. Insomma, un vero e proprio processo, con le complicazioni e le tutt'altro che improbabili lunghezze di un processo vero, tanto che vi è decisamente da dubitare che lo strumento, così congegnato, possa assolvere allo scopo.

Ma le disposizioni più significative, comuni a tutte le tipologie di arbitrato, sono da un lato quella che consente la decisione secondo equità e, dall'altro lato e soprattutto, quella che regola gli effetti del lodo arbitrale.

Quanto all'equità, sia il comma 2 del novellato art. 412 c.p.c., sia il comma 3 del novellato art. 412-*quater* c.p.c. ammettono (diversamente da quanto emerge nelle altre due tipologie di arbitrato, che non ne fanno cenno) che le parti – nel primo caso entrambe, nel secondo caso il solo ricorrente – chiedano agli arbitri di decidere secondo equità e dunque, si dovrebbe aggiungere, non secondo le norme inderogabili, in tal modo consentendosi espressamente quella disapplicazione o elusione della normativa inderogabile che per lungo tempo è stata alla base della forte diffidenza del legislatore per l'arbitrato in materia di lavoro. Tale conclusione, peraltro, non va troppo enfatizzata, sia perché il giudizio di equità (cioè, tradizionalmente, la giustizia del caso concreto) non è necessariamente in contrasto con quelle norme, sia perché il ricorso all'equità non lo si è considerato precluso nelle altre, precedenti forme di arbitrato irrituale previste dalla legge, sia, infine, perché le stesse disposizioni sopra riportate stabiliscono, quali limiti alla decisione secondo equità, il rispetto dei principi generali dell'ordinamento e i principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari. Si tratta, per la verità, di limiti per un verso molto ampi, per altro verso di non facile precisazione (si pensi al licenziamento: principio regolatore della materia è la tutela reale o quella obbligatoria?). Ma un confine lo segnano comunque.

Quanto agli effetti del lodo, cioè della “decisione” degli arbitri, sia il comma 3 del novellato art. 412 c.p.c., sia il comma 10 del novellato art. 412-*quater* c.p.c., stabiliscono espressamente che esso produce fra le parti gli effetti di cui all'art. 1372 c.c., cioè gli effetti di un negozio

(nel senso che la decisione degli arbitri è da imputarsi alle parti), e quelli di cui all'art. 2113, comma 4 c.c., cioè gli effetti di un negozio dispositivo non più oppugnabile. Giunge così a compimento un percorso normativo piuttosto tormentato, che era partito da una proposizione esattamente opposta – quella, cioè, della possibile impugnazione del lodo arbitrale ai sensi dell'art. 2113, comma 2, c.c. – che, rendendo il lodo instabile come qualsiasi negozio transattivo (appunto perché esposto all'impugnazione del lavoratore), disincentivava fortemente la via arbitrale. La natura negoziale dell'arbitrato irrituale sembra essere stata così confermata, anche se l'accentuata proceduralizzazione – a mo' di vero giudizio – potrebbe indurre a pensare che il profilo negoziale si fermi al conferimento agli arbitri del compito di dirimere la controversia e non si estenda all'atto decisorio, da configurarsi come giudizio. Sta di fatto, tuttavia, che il lodo viene comunque trattato come un negozio, e un negozio che non può più essere messo in discussione, ancorché gli arbitri abbiano violato norme inderogabili.

Peraltro, il punto di forza della nuova disciplina dell'arbitrato voluta dal recente legislatore sembra potersi individuare nella dettagliata disciplina, introdotta dai commi 10 e 11 dell'art. 31, della clausola compromissoria: della clausola, cioè, con la quale le parti stabiliscono in via preventiva di devolvere ad arbitri, e non al giudice, tutte le controversie che dovessero insorgere nel corso di esecuzione del rapporto. Data la funzione della clausola, che è appunto quella di escludere *a priori* l'intervento del giudice, si comprende come essa sia stata vista dal passato legislatore con diffidenza anche maggiore di quella con la quale era visto l'arbitrato, nel quale almeno l'esclusione del giudizio ordinario, considerato la sede naturale di garanzia dei diritti, è decisa di volta in volta dalle parti, in relazione alla singola controversia. La nuova disciplina della clausola compromissoria, che ne precostituisce un'utilizzazione assai più ampia di prima, è frutto di aggiustamenti in corso d'opera, indotti soprattutto dalle osservazioni del Presidente della Repubblica alle quali si è già fatto riferimento. Ciò, in particolare, perché alla esclusione, una volta per tutte, dell'intervento del giudice ordinario si accompagnava la possibilità di un giudizio di equità da parte degli arbitri, con un complessivo depauperamento, da molti paventato, delle tutele inderogabili per il prestatore di lavoro. La disciplina definitiva della clausola compromissoria, in parte riequilibrata, può essere riassunta nel modo che segue.

Occorre anzitutto che la clausola sia prevista dai contratti collettivi

stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Ma, in assenza di tali accordi, scatta un meccanismo sostitutivo: il Ministro del lavoro, dopo una convocazione delle parti collettive improduttiva di effetti, dispone con proprio decreto le modalità di attuazione e applicazione della clausola. In secondo luogo, al fine di garantire la genuinità della volontà del lavoratore di stipularla (stante la rinuncia, che essa comporta, alla tutela del giudice ordinario), è necessario che la clausola sia certificata presso le competenti commissioni, alle quali è assegnato il compito di verificare quella genuinità: disposizione, questa, che pur se animata da buone intenzioni non riuscirà a raggiungere l'obiettivo tutte le volte in cui il lavoratore al quale sia stata offerta l'occupazione condizionata alla stipulazione della clausola sarà costretto a confermare la sua (non libera) volontà davanti alla commissione; ciò, presumibilmente, nonostante la possibilità di farsi assistere, davanti alla commissione, da un legale o da un rappresentante sindacale, posto che in quelle situazioni sarà portato a non richiederne la presenza. Vi è poi un limite di carattere temporale indirizzato ad evitare abusi: la clausola non può essere pattuita prima della conclusione del patto di prova ovvero prima che siano trascorsi 30 giorni dalla conclusione del contratto di lavoro. Particolarmente importante è l'espressa esclusione dalla clausola compromissoria delle controversie in materia di risoluzione del contratto di lavoro.

Resta il giudizio di equità, sempreché si ritenga – tesi tutt'altro che indiscutibile – che il rinvio, in caso di clausola compromissoria, alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-*quater* c.p.c. sopra visti, riguardi non solo la procedura, ma anche le regole di giudizio per gli arbitri. Ove non si ravvisino, come non è certo da escludere, profili di illegittimità costituzionale in questa normativa, l'unico strumento per razionalizzare il pericoloso intreccio fra rinuncia al giudizio e valutazione equitativa, è quello di valorizzare i limiti, sopra visti, posti alla decisione di equità.

3. – *Il nuovo Testo Unico sull'apprendistato*

In attuazione di una delega (contenuta nella legge 24 dicembre 2007, n. 247) giacente oramai da lungo tempo, ma “rivitalizzata” dal legislatore con la legge n. 183 del 2010, che ne ha prorogato i termini di scadenza, è stato emanato il nuovo “Testo unico dell'apprendistato”

(di cui al d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167), che ha riscritto integralmente la disciplina di questo contratto, con la prospettiva di un graduale ma definitivo superamento delle previgenti regole in materia.

Ed infatti, nell'arco di sei mesi le Regioni e le parti sociali, cui è demandata l'implementazione della disciplina dell'apprendistato, dovranno adeguarsi alle nuove regole; in particolare, quanto alle prime, predisponendo la regolamentazione dei profili formativi del contratto e, quanto alle seconde, attuando, attraverso la contrattazione collettiva, i principi legali cui deve essere informata la disciplina del rapporto. Ciò renderà inutilizzabile la normativa previgente (ed in specie sia la vecchia legge 19 gennaio 1955, n. 25, sia gli articoli da 47 a 53 del d.lgs. n. 276 del 2003, sia le altre disposizioni di legge in materia), che in effetti il Testo unico abroga, sia pure con effetto differito al massimo a sei mesi, come si è detto.

L'apprendistato è definito dall'art. 1 del Testo unico come «un contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e all'occupazione dei giovani». Viene ribadita dunque la tradizionale configurazione di esso quale contratto con finalità formativa (quel «contratto a causa mista» di cui parla da tempo la dottrina), alla quale viene espressamente affiancato l'obbiettivo occupazionale, con il probabile effetto di sopire le dispute dottrinali sulla prevalenza dell'una o dell'altra finalità.

La concreta declinazione dei contenuti formativi del contratto (o «dei contratti» di apprendistato, come subito si dirà) è peraltro rimessa in gran parte alla regolamentazione regionale, in conformità alla previsione di cui all'art. 117, comma 3, Cost., che attribuisce alla competenza esclusiva delle Regioni la materia dell'«istruzione e formazione professionale». Non va tuttavia a tale proposito dimenticato che, secondo la Corte costituzionale (sent. n. 50 del 2005), questo vale solo per la «formazione pubblica», mentre resta nella competenza del legislatore nazionale la regolamentazione della «formazione aziendale», impartita al prestatore sotto la responsabilità del datore di lavoro, e ciò in quanto essa inerisce al sinallagma contrattuale ed appartiene quindi alla materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato. Ne deriva che la legge può (come appunto prevede il Testo unico all'art. 4, comma 2) autorizzare la contrattazione collettiva a disciplinare le modalità di erogazione della «formazione aziendale», stabilendone durata e contenuti.

L'effettiva erogazione della formazione da parte del datore di lavoro o delle strutture cui egli è autorizzato ad appoggiarsi dovrebbe pe-

raltro essere garantita dall'apparato sanzionatorio di cui al Testo unico (art. 7, comma 1). Esso prevede infatti che nel caso in cui della mancata formazione sia responsabile solo il datore di lavoro e ciò impedisca la realizzazione della finalità formativa del contratto, il datore stesso sia tenuto in sostanza a restituire lo sconto contributivo di cui (come subito si dirà) ha goduto per l'apprendista, maggiorato del cento per cento. Se invece, a seguito di attività di vigilanza sullo svolgimento del rapporto, il personale ispettivo del Ministero del lavoro scopre un inadempimento degli obblighi formativi (così come specificati nel piano formativo individuale allegato al contratto di assunzione), può essere adottato nei confronti dell'imprenditore un provvedimento di disposizione (*ex art. 14 d.lgs. n. 124 del 2004*), il che comporta che gli venga concesso un congruo termine per "mettersi in regola" con la formazione. La legge non fa menzione di quell'ulteriore conseguenza sanzionatoria, che secondo una parte della dottrina potrebbe scaturire dalla violazione degli obblighi formativi, e che consiste nella riqualificazione, ad opera del giudice, del rapporto di preteso apprendistato quale ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. La questione relativa all'utilizzabilità di tale "sanzione" resta dunque aperta.

Per quanto concerne la finalità occupazionale (indirizzata all'universo giovanile, come emerge dalle disposizioni che pongono limiti di età per l'assunzione con tale contratto), essa è perseguita dalle norme che prevedono incentivi economici e normativi per le aziende che scelgono tale tipologia contrattuale. Ed infatti, queste ultime godono di rilevanti sconti sui contributi previdenziali (che si possono peraltro conservare anche per un anno dopo che è terminato il periodo di formazione, se il rapporto si è evoluto in un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato: così l'art. 7, comma 9, T.U.); gli apprendisti sono esclusi dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti (art. 7, comma 3, T.U.); i lavoratori possono essere inquadrati fino a due livelli al di sotto di quello che spetterebbe loro, secondo la classificazione operata dalla contrattazione collettiva, in considerazione delle mansioni assegnate, oppure possono essere retribuiti in misura percentuale ed in modo graduale rispetto all'anzianità di servizio (art. 2, comma 1, lett. c), T.U.).

Un ulteriore, sia pur indiretto, stimolo all'assunzione con tale contratto è quello che consegue all'applicazione delle regole sulla durata e sulla cessazione del rapporto. Come si è invero premesso, l'apprendista-

to è definito dal legislatore come un contratto a tempo indeterminato. Se ciò è corretto, va tuttavia considerato che il periodo di formazione dell'apprendista è, logicamente, di durata limitata, oltre che variabile in funzione dell'obiettivo formativo perseguito. Alla scadenza del contratto è possibile per entrambe le parti recedere dal contratto secondo quanto disposto dell'art. 2118 c.c. (così l'art. 2, comma 1, lett. m), T.U.), e quindi con preavviso, ma senza necessità di giustificazione. Ciò costituisce, dal lato del datore di lavoro, un'importante agevolazione, che si realizza in sostanza attraverso l'esonero dall'applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti, sia pur circoscritta al momento "di crisi" della relazione, coincidente con la scadenza del periodo di formazione. Nel corso del rapporto di apprendistato, invece, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. l), T.U., le parti non possono recedere senza giusta causa o giustificato motivo, ed in caso di licenziamento privo di giustificazione trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente. È da sottolineare come la disposizione da ultimo citata sembri voler assoggettare alla regola di necessaria giustificazione anche il recesso del lavoratore, in controtendenza con la tradizione, secondo la quale i condizionamenti derivanti dalla normativa in materia di licenziamenti individuali nel caso di contratto di lavoro a tempo indeterminato vincolano solo la parte datoriale. La soluzione potrebbe anche apparire non del tutto distonica rispetto alla configurazione del contratto di apprendistato, ed in particolare rispetto all'"investimento" operato dal datore di lavoro sulla formazione del giovane dipendente, ma è comunque indubbio che essa costituisce un elemento di rilevante novità.

Quello che comunque è certo (ma doveva dirsi lo stesso anche sotto il precedente regime) è che l'apprendistato non è un contratto a termine, destinato a risolversi automaticamente alla scadenza del periodo di formazione. Lo confermano, da un lato, il d.lgs. n. 368 del 2001, sui contratti a termine, il quale esclude dal suo ambito di applicazione l'apprendistato, e, dall'altro, la disposizione di cui all'art. 4, comma 5, T.U., che ammette che i contratti collettivi possano prevedere, per i datori di lavoro che svolgono la propria attività in cicli stagionali, specifiche modalità di svolgimento dell'apprendistato, fra cui anche quella a tempo determinato.

Come già sotto il vigore del d.lgs. n. 276 del 2003, il legislatore ha previsto tre diverse tipologie di apprendistato, soggette ad alcune regole comuni ma differenziate sotto alcuni più specifici profili. Tra le regole comuni, che si aggiungono a quelle cui si è sin qui accennato, vi è

quella relativa alla forma scritta del contratto e del piano formativo individuale (oltre che, come è ovvio, dell'eventuale patto di prova); vi è il divieto di retribuzione a cottimo (da sempre interpretato come un più ampio divieto di retribuzione ad incentivo); vi è la necessaria presenza di un tutore o referente aziendale; vi sono limiti al numero massimo di apprendisti utilizzabili dall'azienda, limiti che tengono conto «delle maestranze specializzate e qualificate in servizio presso il datore di lavoro». Alcune di queste regole sono, per la verità, presentate dal Testo unico non come norme direttamente precettive, bensì come principi cui deve ispirarsi la contrattazione collettiva (ed in specie accordi interconfederali e contratti collettivi stipulati a livello nazionale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) nell'elaborare «la disciplina del contratto di apprendistato» (art. 2, comma 1, T.U.).

Per quanto concerne le diverse tipologie, basti qui ricordare che la prima di esse, definita dall'art. 3 T.U. come «apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale», è riservata ai giovanissimi, e cioè ai soggetti che abbiano un'età compresa tra i quindici ed i venticinque anni. Essa è finalizzata al conseguimento di una qualifica o di un diploma professionale (definiti a loro volta ai sensi del d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226): si tratta, in sostanza, di un percorso volto a far acquisire al giovane, attraverso un vero e proprio contratto di lavoro subordinato, un titolo di studio. Il lavoratore può nel contempo eventualmente adempiere anche al proprio obbligo di istruzione, qualora non abbia ancora frequentato nella misura minima richiesta dalla legge (allo stato nove anni) un percorso di tipo scolastico. Tale ultimo rilievo consente di spiegare il motivo per il quale a questa tipologia di contratto si può accedere già dai quindici anni, laddove l'età minima per l'acquisto della capacità giuridica in materia di lavoro subordinato è invece oggi generalmente fissata a sedici anni (così l'art. 1, comma 662, della l. n. 296 del 2006). La durata del contratto (o meglio, del periodo di apprendistato) viene determinata in funzione del titolo di studio da conseguire, ma comunque non può superare i tre anni, ovvero i quattro nel caso di diploma quadriennale regionale. Spetta alle Regioni (in accordo o previa consultazione degli altri soggetti indicati dall'art. 3, comma 3, T.U.) la regolamentazione dei profili formativi del contratto, nel rispetto di alcuni criteri e principi direttivi fissati dal Testo unico stesso.

La seconda tipologia, disciplinata dall'art. 4 T.U. e definita come «apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere», può riguar-

dare soggetti di età compresa (almeno di regola) fra i diciotto e i ventinove anni, e mira a far conseguire ai medesimi una «qualifica professionale a fini contrattuali», cioè una qualificazione contrattuale, secondo quanto previsto nei sistemi di classificazione e inquadramento professionale di cui alla contrattazione collettiva. La durata del periodo di apprendistato non può superare i tre anni, ovvero i cinque per le figure professionali dell'artigianato. La durata e le modalità di erogazione della formazione vengono stabiliti dalla contrattazione collettiva, che è chiamata a regolamentare la «formazione di tipo professionalizzante e di mestiere», da svolgersi sotto la responsabilità dell'azienda, mentre spetta alle Regioni disciplinare l'offerta formativa pubblica (che integra la prima «nei limiti delle risorse annualmente disponibili»), finalizzata all'acquisizione di competenze di base e trasversali. Questa seconda tipologia, che eredita le caratteristiche dell'apprendistato più tradizionale, corrisponde a quella più frequentemente utilizzata ed appetita dalle aziende.

Vi è, infine, la terza tipologia di apprendistato, definita dall'art. 5 T.U. come «apprendistato di alta formazione e ricerca», destinata alla stessa platea di giovani che possono accedere all'apprendistato professionalizzante, ma finalizzata o allo svolgimento di attività di ricerca, oppure al conseguimento di titoli di studio "superiori" (fra cui, ad esempio, diplomi di istruzione secondaria superiore o titoli di studio universitari, compresi i dottorati di ricerca). In modo del tutto innovativo rispetto a quanto previsto per l'omologo apprendistato di alta formazione dal d.lgs. n. 276 del 2003, il T.U. si spinge ad ammettere che tale tipologia di contratto possa essere utilizzata anche «per il praticantato per l'accesso alle professioni ordinistiche o per esperienze professionali», con un'indicazione che tuttavia necessariamente presuppone ulteriori interventi normativi in materia, il cui contenuto allo stato non appare assolutamente immaginabile. La regolamentazione di questo terzo tipo di apprendistato è rimessa ancora una volta alle Regioni, che devono tuttavia coordinarsi con altri soggetti istituzionali (elencati al comma 2 dell'art. 5 T.U.). In assenza di tali regolamentazioni da parte delle Regioni, l'apprendistato di alta formazione o ricerca può tuttavia essere attivato attraverso apposite convenzioni, stipulate da datori di lavoro singoli o associati con le Università o le altre istituzioni formative o di ricerca nominate nella disposizione da ultimo citata.

Non conduce invece ad individuare una quarta tipologia di apprendistato quanto previsto dall'art. 7, comma 4, T.U., il quale consente che possano essere assunti come apprendisti anche i lavoratori in mobilità, e

ciò «ai fini della loro qualificazione o riqualificazione professionale». In tal caso, l'azienda che assume, da un lato può godere delle agevolazioni economiche e contributive previste per questa categoria di prestatori dalla l. n. 223 del 1991, ma, dall'altro lato, si trova ad essere integralmente soggetta all'applicazione della l. n. 604 del 1966, sui licenziamenti individuali, e quindi sembra non possa recedere *ad nutum* dal rapporto neppure al momento della scadenza del periodo di formazione.

In conclusione si può ricordare che della seconda e della terza tipologia di apprendistato è prevista l'utilizzabilità anche nei «settori di attività pubblici», previa predisposizione però di un'apposita regolamentazione (ad opera di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri) del reclutamento e dell'impiego di tale contratto in un ambito ad esso non certo usuale.

4. – *Le novità in tema di il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*

4.1. – *Il sistema della fonti di disciplina del pubblico impiego privatizzato dopo la “riforma Brunetta”*

L'evoluzione delle regole destinate a disciplinare l'ormai privatizzato rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni non si è fermata con l'emanazione del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, conosciuto come T.U. del pubblico impiego, ma è proseguita negli anni successivi. Un tappa importante del processo evolutivo (nota come “riforma Brunetta”) è stata segnata dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, attuativo delle deleghe contenute nella l. 4 marzo 2009, n. 15. Tale riforma ha invero innanzitutto inciso in modo profondo sul sistema delle fonti, come emerge già dalla lettura del testo dell'art. 2, comma 2, T.U. che ne è scaturito. La prima frase di tale comma prevede infatti che i rapporti dei dipendenti pubblici siano disciplinati dalle norme privatistiche sul rapporto di lavoro, fatte salve le disposizioni contenute nel T.U. stesso, delle quali ora si dice «che costituiscono disposizioni a carattere imperativo». Tale specificazione aggiuntiva si ricollega al nuovo tipo di rapporto che, con la “riforma Brunetta”, si è voluto stabilire fra normativa di legge e normativa di fonte contrattuale collettiva. Ed invero, mentre sino al 2009 si ammetteva che i contratti collettivi potessero agevolmente derogare alle norme di legge disciplinanti il rapporto di lavoro dei di-

pendenti pubblici (e ciò quando si trattava di disposizioni di legge, regolamento o statuto la cui applicabilità fosse circoscritta ai dipendenti delle amministrazioni, o a categorie di essi), con l'unico limite di un'espressa esclusione di tale derogabilità eventualmente sancita dalla legge stessa, dopo l'entrata in vigore della legge n. 15 del 2009 «eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge» (così il nuovo testo dell'art. 2, comma 2, ultima frase, T.U.). Deve quindi essere la legge ad autorizzare esplicitamente la contrattazione collettiva ad introdurre delle deroghe ai propri precetti.

A ciò si aggiunge che con la “riforma Brunetta” sono stati significativamente e da più parti ridimensionati gli spazi di manovra della contrattazione collettiva rispetto a quelli della legge, in quanto il legislatore del 2009 ha ritoccato alcune fra le numerose disposizioni che si occupano di stabilire le competenze delle due fonti, con le connesse reciproche interferenze. All'art. 40, comma 1, T.U., ad esempio, non si dice più che la contrattazione collettiva «si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali», bensì che essa «determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro nonché le materie relative alle relazioni sindacali». La disposizione citata prosegue, poi, escludendo espressamente dalla competenza dell'autonomia collettiva una serie di importanti materie, quali l'organizzazione degli uffici, le materie oggetto di partecipazione sindacale, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, cui si aggiungono altri ambiti in realtà già sottratti alla contrattazione dalla l. n. 421 del 1992 (per i quali continua pertanto ad operare la riserva di legge ivi contenuta). Non va inoltre dimenticato che fra le norme che contribuiscono a segnare gli spazi regolativi della legge rispetto a quelli del contratto collettivo resta l'art. 2, comma 1, T.U., non modificato dalla “riforma Brunetta”, a mente del quale la definizione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e dei modi di conferimento della titolarità dei medesimi ed anche la determinazione delle dotazioni organiche complessive devono essere definite «secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi».

Per altre materie ancora il nuovo art. 40, comma 1, T.U. ha precisato che «la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge»: ed è ciò che vale per le sanzioni disciplinari e per la valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche. Come si vedrà inoltre più avanti, alcuni spazi tradizionalmente di competenza del contratto collettivo sono stati pesantemente (anche se forse non integralmente) “occupati” dalla legge, che si è spinta, ad esempio, a descrivere minuziosamente numerose ipotesi di comportamenti perseguibili con il licenziamento disciplinare (così l’art. 55-*quater* T.U.).

Nel caso poi in cui le disposizioni del contratto collettivo risultino nulle per violazione di norme imperative (e tali devono ritenersi, come si è visto, tutte quelle contenute nel T.U.) o per superamento dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, trovano applicazione gli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., dai quali si desume la sostituzione automatica della norma contrattuale viziata con la norma di legge da essa violata (così il nuovo comma 3-*bis* dell’art. 2 T.U.).

4.2. – *La posizione dei dirigenti*

Un altro ambito nel quale hanno inciso in modo significativo le riforme degli ultimi anni è quello relativo alla posizione dei dirigenti. Il d.lgs. n. 150 del 2009 ha, a tale proposito, espressamente dichiarato di voler «rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell’indirizzo politico in ambito amministrativo».

Appaiono in effetti indirizzate a rinsaldare il principio di distinzione, consacrato nell’art. 4 T.U. (non modificato dalla “riforma Brunetta”), le nuove regole sul conferimento degli incarichi dirigenziali. Nel primo comma dell’art. 19 T.U. sono stati invero inseriti alcuni nuovi criteri di cui il soggetto conferente deve tenere conto all’atto della scelta della persona da incaricare e del tipo di incarico da affidare, tra i quali oggi si rinvencono, oltre ai già sperimentati elementi della «natura e delle caratteristiche degli obiettivi prefissati», «delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente» nonché «dei risultati con-

seguiti», quelli della «complessità della struttura interessata», delle «specifiche competenze organizzative» e delle «esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dall'incarico». Ne dovrebbe derivare una rilevante riduzione dei margini di discrezionalità di cui gode l'organo (spesso politico) che attribuisce l'incarico, con conseguente attenuazione del rischio che la valutazione *de qua* risulti indebitamente condizionata da considerazioni di tipo fiduciario piuttosto che professionale.

Il d.lgs. n. 150 del 2009 ha inoltre in qualche modo recepito le indicazioni della giurisprudenza laddove, con il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 19 T.U., ha introdotto una procedura di tipo "paraconcorsuale" da seguire per l'assegnazione degli incarichi, posto che oggi la pubblica amministrazione deve rendere conoscibili il numero e la tipologia dei posti di funzione disponibili, deve pubblicizzare i criteri di scelta che seguirà, deve acquisire le disponibilità dei dirigenti interessati e valutarle (evidentemente in modo comparativo).

Esplicito recepimento della giurisprudenza costituzionale in materia di incarichi è poi quello che si è realizzato con la modifica della disciplina dello *spoils system*. Il nuovo comma 8 dell'art. 19 T.U. prevede infatti che solo gli incarichi di funzione dirigenziale di tipo apicale (e cioè quelli che collocano il dirigente a stretto contatto con l'organo politico) cessino automaticamente decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo.

Sono stati modificati anche i canali di accesso alla dirigenza, in quanto l'art. 28 T.U., che in precedenza regolava in modo esaustivo le procedure per l'acquisizione della qualifica dirigenziale, oggi è chiamato a disciplinare solo l'accesso alla qualifica di dirigente della seconda fascia, mentre è stato inserito nel T.U. il nuovo art. 28-*bis*, sull'accesso alla qualifica di dirigente della prima fascia. Esso prevede che a tale posizione si acceda normalmente attraverso un concorso pubblico per titoli ed esami, riservato a soggetti con particolari requisiti. Resta ferma tuttavia la possibilità di un "transito" nella prima fascia da parte di una certa percentuale di dirigenti di seconda fascia, in possesso anch'essi di requisiti specifici (art. 23, comma 1, T.U.).

La "riforma Brunetta" si è poi occupata del trattamento economico del dirigente pubblico, con l'obiettivo di incentivare la produttività del medesimo. I dirigenti sono infatti soggetti, come tutti gli altri lavoratori del settore pubblico, al nuovo sistema di valutazione della *perfor-*

mance, disciplinato nella prima parte del d.lgs. n. 150 del 2009, sistema che deve consentire l'elaborazione di una graduatoria delle valutazioni individuali del personale, finalizzata, tra l'altro, alla distribuzione della retribuzione di risultato (art. 19 d.lgs. n. 150 del 2009). A questa voce del trattamento economico del dirigente la nuova disciplina dà invero particolare importanza, nel momento in cui prevede che «il trattamento accessorio collegato ai risultati deve costituire almeno il trenta per cento della retribuzione complessiva del dirigente» (art. 23, comma 1-*bis*, T.U.). La legge si preoccupa altresì di garantire che tale parte del compenso venga corrisposto al dirigente solo in esito ad un giudizio di meritevolezza, espresso grazie al funzionamento del nuovo sistema di valutazione della *performance*, che deve pertanto essere attivato tempestivamente da ciascuna pubblica amministrazione.

D'altra parte, la retribuzione di risultato viene oggi utilizzata anche a fini diversi, e cioè come strumento per punire, sul piano disciplinare, il dirigente che non rispetti talune delle regole cui deve informare la sua azione. Egli infatti, se colposamente non esercita o fa decadere l'azione disciplinare, può subire, tra le altre sanzioni, anche quella della mancata corresponsione della retribuzione di risultato, riferita ad un periodo che può arrivare fino a sei mesi (art. 55-*octies* T.U.). La decurtazione di questa particolare voce del corrispettivo fa così il suo esordio tra le sanzioni disciplinari, segnando una netta differenziazione di regolamentazione rispetto al settore privato, ove (come d'altra parte avveniva fino al 2009 anche nel settore pubblico) i dirigenti non sono per tradizione soggetti a misure disciplinari conservative. Né si tratta dell'unica sanzione di questo tipo, in quanto il dirigente pubblico può essere punito anche con la sospensione dal servizio e dalla retribuzione.

Per converso, i dirigenti sono stati, dalla "riforma Brunetta", fortemente responsabilizzati proprio sul fronte della gestione del procedimento disciplinare (come si dirà meglio più avanti) e si sono visti riconoscere delle competenze nuove, come quella che consiste nel poter proporre o concorrere ad individuare «le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dell'ufficio cui sono preposti» (art. 16, comma 1, lett. *a-bis*), e art. 17, comma 1, lett. *d-bis*), T.U.). Queste nuove attribuzioni sono coerenti con l'impostazione complessiva del T.U. sul ruolo occupato dai dirigenti nella pubblica amministrazione, posto che ad essi, in quanto «organi preposti alla gestione», sono attribuiti dalla legge il potere ed il dovere di adottare, «con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro», le misure inerenti alla gestione dei rapporti

di lavoro. Con parole diverse, ma con il medesimo significato, con il d.lgs. n. 150 del 2009 si è precisato che «rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito egli uffici» (così l'art. 5, comma 2, T.U.).

Qualche novità c'è anche sul fronte della responsabilità dirigenziale. In primo luogo, tale specifica forma di responsabilità deve oggi essere accertata attraverso le risultanze del nuovo procedimento di valutazione della *performance*, il quale ha soppiantato quello in precedenza disciplinato dall'art. 5 del d.lgs. n. 286 del 1999 (che è stato per coerenza abrogato). In secondo luogo, tra le situazioni rilevanti al fine dell'emersione di tale responsabilità, con una disposizione di non facile inquadramento nel sistema (art. 19, comma 1-*bis*, T.U.) è stata aggiunta, accanto al mancato raggiungimento dei risultati ed all'inosservanza delle direttive, «la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard qualitativi e quantitativi fissati dall'amministrazione». Per tale comportamento, peraltro, non trovano applicazione le ordinarie sanzioni previste per i casi di responsabilità dirigenziale (e cioè la mancata riconferma dell'incarico, la revoca dello stesso con conseguente collocamento a disposizione nei ruoli, il licenziamento), bensì la decurtazione della retribuzione di risultato, per una quota che può arrivare fino all'ottanta per cento. Va segnalato infine che tutti i provvedimenti sanzionatori della responsabilità dirigenziale (e quindi, oltre alle misure tradizionali, anche l'ultima qui menzionata) possono essere adottati solo dopo aver sentito il Comitato dei garanti di cui all'art. 22 T.U., il cui parere però non sembra più essere ritenuto dal legislatore vincolante, posto che nel primo comma dell'art. 22 è stato soppresso l'aggettivo "conforme", che al parere era appunto affiancato. D'altra parte, l'articolo citato prevede anche che se il parere del Comitato non viene reso entro quarantacinque giorni dalla richiesta, l'amministrazione può prescindere.

4.3. – *Il mutamento di mansioni*

Le modifiche normative del 2009 hanno interessato anche la materia delle mansioni e del loro mutamento.

Il nuovo art. 52 T.U. continua a prevedere che il lavoratore possa

essere assegnato, oltre che alle mansioni per cui è stato assunto, a mansioni equivalenti e a quelle corrispondenti ad una qualifica superiore. È stato tuttavia innanzitutto modificato l'inciso volto a delimitare l'ambito all'interno del quale va valutata l'equivalenza. Se infatti prima della recente riforma il T.U. prevedeva che fossero assegnabili al lavoratore le «mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi», oggi la nuova norma parla più sinteticamente di «mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento». Va detto però che probabilmente non è cambiato in modo significativo il senso dell'indicazione normativa, posto che sono comunque i contratti collettivi a prevedere e delimitare le “aree di inquadramento” dei lavoratori.

Per quanto concerne invece le mansioni superiori, nel nuovo testo dell'art. 52 T.U. non compare più il riferimento alla possibilità, per il prestatore, di acquisire la qualifica superiore, oltre che attraverso procedure selettive, anche «per effetto dello sviluppo professionale». Oggi infatti una qualifica più elevata può essere “conquistata” solo «per effetto delle procedure selettive di cui all'art. 35, comma 1, lett. a» del medesimo T.U. Ulteriori specificazioni circa le modalità attraverso cui il prestatore può progredire in carriera si trovano poi nel nuovo comma 1-*bis* dell'art. 52 T.U., oltre che negli artt. 23 e 24 del d.lgs. n. 150 del 2009. Da queste norme si desume che se la progressione si verifica all'interno della stessa area, essa prende il nome di progressione economica, e può essere regolata dalla contrattazione collettiva, la quale deve comunque ispirarsi a criteri di selettività e deve tenere conto delle qualità culturali e professionali dei candidati, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Se invece la progressione comporta il passaggio ad una diversa area, si parla di progressione di carriera, la quale può essere acquisita solo attraverso la partecipazione ad un concorso pubblico. Nell'ambito del concorso (che, essendo pubblico, deve essere aperto alla partecipazione di esterni, cioè di soggetti non legati da un rapporto di impiego alla pubblica amministrazione) può essere prevista una riserva di posti in favore degli interni, la quale non può tuttavia superare il cinquanta per cento dei posti messi a concorso.

Le valutazioni positive conseguite dai dipendenti nell'ambito del nuovo sistema di valutazione della *performance* di cui alla prima parte del d.lgs. n. 150 del 2009 costituiscono titolo rilevante sia ai fini delle progressioni economiche, sia ai fini delle progressioni di carriera.

È rimasta immodificata la parte dell'art. 52 T.U. dedicata all'assegnazione temporanea a mansioni superiori. Resta quindi fermo (e anzi probabilmente si consolida per effetto delle innovazioni cui si è appena accennato) il principio per cui l'assegnazione temporanea (verificatasi al di fuori delle procedure per le progressioni di cui si è detto) non può mai comportare l'acquisizione definitiva, in capo al dipendente, della qualifica o della posizione economica corrispondente alle mansioni svolte.

4.4. – *Il potere disciplinare*

Le innovazioni introdotte dalle “riforma Brunetta” che hanno suscitato maggiore scalpore, anche nell'opinione pubblica, sono sicuramente quelle che riguardano la materia disciplinare. Si tratta in effetti di modifiche di una certa entità, come subito rivela la circostanza per cui la relativa disciplina, in precedenza racchiusa in un solo articolo del T.U., il 55, si trova oggi distribuita su ben sette articoli, dal 55 al 55-*septies*, che si sforzano di coprire in modo quasi totalizzante la materia, pur non mancando di operare qualche residuale rinvio alla contrattazione collettiva. Gli scopi dichiarati dal legislatore sono quelli di «potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo» (art. 67 l. n. 15 del 2009) e la realizzazione di essi appare affidata alla riscrittura delle regole sul procedimento disciplinare, al maggior coinvolgimento dei dirigenti in qualità di responsabili dei procedimenti stessi, alla tipizzazione di numerose ipotesi di giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento, alla rideterminazione dei rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare, oltre che alla previsione di nuove regole in ambiti contigui alla materia disciplinare. Operano così nuove norme in tema di controlli sulle assenze, sono previste specifiche ipotesi di reato per gravi violazioni commesse dai dipendenti (o dai medici del Servizio sanitario nazionale), sono previste varie forme di responsabilità patrimoniale a carico di chi cagiona danni all'amministrazione. Traspare da tutto ciò una grande fiducia nella capacità della legge di risolvere quei problemi di malfunzionamento della macchina amministrativa che sono dovute a violazioni o inefficienze imputabili ai dipendenti. Viene correlativamente ridotto lo spazio attribuito alla contrattazione collettiva, che deve in effetti districarsi tra le strette maglie dell'inadente apparato di norme di legge.

Come si è invero anticipato, pur continuando l'art. 55 T.U., nel suo nuovo testo, a rinviare alla contrattazione collettiva per quanto concerne la definizione delle infrazioni disciplinari e delle relative sanzioni, è indubbio che la legge finisce per appropriarsi in modo rilevante di entrambi gli ambiti. Emblematico in tal senso è l'art. 55-*quater* T.U., intitolato al "licenziamento disciplinare", il quale, anche se tiene «ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo» e fa «salve le ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo», descrive numerose ipotesi di gravi violazioni disciplinari, specificando se per esse l'amministrazione possa recedere con o senza preavviso. Per quanto attiene più specificamente alle sanzioni, va detto che la legge menziona quelle irrogabili ai lavoratori (spesso ricollegandole a specifiche infrazioni) e nel fare ciò si spinge sino ad arricchire la gamma delle misure tradizionalmente previste dalla contrattazione collettiva. Accanto alle già conosciute sanzioni del rimprovero verbale, del rimprovero scritto, della multa, della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione (fino a dieci giorni oppure da undici giorni a sei mesi), del licenziamento con o senza preavviso, si colloca invero l'inedita misura del collocamento in disponibilità con eventuale assegnazione ad altre mansioni e ad altra qualifica (art. 55-*sexies*, comma 2, T.U.). Per i dirigenti poi, come si è visto, anche la mancata erogazione della retribuzione di risultato viene utilizzata in funzione punitiva.

L'esatta individuazione del tipo di sanzione che al lavoratore può essere irrogata per il comportamento tenuto diviene per altro verso particolarmente importante, posto che da ciò dipende il tipo di procedimento disciplinare da seguire. Ed infatti l'art. 55-*bis* T.U. distingue tre diverse modalità procedurali, che si applicano sia (come si è detto) in ragione del tipo di sanzione, sia in funzione del fatto che a capo della struttura in cui il dipendente lavora vi sia o meno un responsabile con qualifica disciplinare. Se dunque la sanzione è molto lieve (rimprovero verbale), il procedimento da seguire sarà quello regolato dal contratto collettivo. Se la sanzione oscilla tra il rimprovero scritto e la sospensione fino a dieci giorni, ed a ciò si aggiunge la circostanza per cui a capo della struttura vi è un dirigente, il procedimento è quello descritto nel comma 2 dell'art. 55-*bis*, che lo affida, appunto, al dirigente stesso. Se, infine, la sanzione prevista è particolarmente grave (sospensione superiore ai dieci giorni o licenziamento) o, comunque, a capo della struttura non c'è un dipendente con qualifica dirigenziale, il procedimento è quello definito dai commi 3 e 4 del medesimo articolo, e deve essere

condotto dall'Ufficio per i procedimenti disciplinari, che ciascuna amministrazione deve individuare al suo interno. La soluzione prescelta sconta probabilmente una petizione di principio, e cioè l'idea che prima ancora di iniziare gli accertamenti cui il procedimento disciplinare è finalizzato si posseggano già delle certezze sul comportamento tenuto dal dipendente e, conseguentemente, sulla natura e misura della sanzione irrogabile.

Ciò premesso, si può ancora ricordare come il procedimento descritto dalla legge ricalchi, nelle sue scansioni fondamentali, quello previsto dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (che pure non viene più richiamato), con alcune significative differenze o adattamenti. Il procedimento inizia infatti necessariamente con la contestazione scritta dell'addebito al lavoratore, prosegue con la convocazione del medesimo per il contraddittorio a sua difesa, contempla un'eventuale fase istruttoria e si conclude con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione. Fra gli adattamenti previsti vi è la possibilità per la pubblica amministrazione di pubblicare il codice disciplinare, anziché mediante «affissione all'ingresso della sede di lavoro» (espressione approssimativamente corrispondente a quelle di «luogo accessibile a tutti», di cui all'art. 7 dello Statuto), «sul sito istituzionale dell'amministrazione». Altra differenza è l'onere per la pubblica amministrazione di convocare il lavoratore per il contraddittorio a sua difesa. Sono previsti poi dei termini massimi per la conclusione del procedimento, che possono tuttavia essere prorogati se il dipendente, gravemente ed oggettivamente impossibilitato a presentarsi al colloquio, ottiene un rinvio dei termini entro i quali esercitare il suo diritto di difesa.

Da numerose disposizioni si evince peraltro che, a differenza di quanto avviene nel settore privato, l'attivazione della procedura e la sua chiusura con l'applicazione della sanzione prevista sono obbligatorie per la pubblica amministrazione, pena il configurarsi di una responsabilità disciplinare a carico del dirigente. Il nuovo sistema disciplinare configurato dal T.U. sottintende cioè il carattere obbligatorio e non discrezionale dell'azione disciplinare. Lo confermano la perentorietà dei termini (oltre che delle stesse espressioni impiegate dal legislatore), la forte responsabilizzazione della dirigenza nella conduzione del procedimento (con le sanzioni per la stessa previste nel caso di omissioni, ritardi o errate valutazioni), la soppressione dell'istituto del «patteggiamento disciplinare». In questa direzione sembra operare anche la regola secondo cui la contrattazione collettiva non può istituire procedure di im-

pugnazione delle sanzioni disciplinari, né è più possibile l'impugnativa delle medesime di fronte al collegio di conciliazione e arbitrato costituito presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio, posto che l'art. 56 T.U., che tale impugnazione prevedeva, è stato abrogato dal d.lgs. n. 150 del 2009. I contratti collettivi possono invece disciplinare procedure di conciliazione non obbligatoria, non tuttavia nei casi per i quali è prevista la sanzione del licenziamento e comunque senza che al prestatore, che vi accede volontariamente, possa essere applicata una misura di specie diversa da quella per la quale si procede (art. 55, comma 3, T.U.).

Qualcosa può dirsi infine, sia pure in estrema sintesi, sulla riscrittura delle regole sui rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale per l'ipotesi in cui il comportamento contestato al lavoratore possa configurare anche un'ipotesi di reato. L'idea che emerge dal nuovo art. 55-ter T.U. è quella per cui, in linea di principio, il procedimento disciplinare si svolge autonomamente rispetto a quello penale, potendo iniziare e concludersi prima di questo, anche se, in certi casi ed a certe condizioni, esso può essere sospeso in attesa dell'esito del giudizio penale.

La sentenza penale, a sua volta, non condiziona, almeno di regola, la decisione disciplinare, se non altro perché essa arriva normalmente dopo la pronuncia di quest'ultima. In certe situazioni tuttavia la sua emanazione può portare alla riapertura del procedimento disciplinare, evidentemente ad iniziativa del lavoratore se il giudice penale si è espresso in modo a lui più favorevole, ad iniziativa dell'amministrazione nell'ipotesi inversa. Si creano così le condizioni per un possibile adeguamento delle determinazioni contenute nella decisione disciplinare alla decisione del giudice penale, adeguamento che resta tuttavia meramente eventuale, data la non assoluta sovrapponibilità delle valutazioni operate nell'ambito dei due procedimenti. L'impressione finale è comunque quella per cui la nuova normativa ha privilegiato l'esigenza di condurre subito a termine la procedura disciplinare, con esiti che possono tuttavia essere facilmente rimessi in discussione in esito alla sentenza penale.

4.5. – *Il trattamento economico*

Gli interventi del 2009 sul trattamento economico appaiono ispirati ad una duplice direttiva: quella della sottrazione di spazi in materia alla

contrattazione collettiva, laddove questa appariva in precedenza titolare di una competenza quasi esclusiva a regolamentarla, e quella dell'utilizzo della retribuzione in funzione incentivante della *performance* dei dipendenti.

Per quanto attiene alla prima direttiva, è vero che l'art. 45 T.U. continua ad affermare che «il trattamento economico fondamentale ed accessorio (...) è definito dai contratti collettivi», ma la stessa norma, richiamando alcune nuove disposizioni introdotte nel T.U. dal d.lgs. n. 150 del 2009, apre da subito alle numerose deviazioni rispetto a tale regola che sono rinvenibili nel sistema.

Fra queste vi è, ad esempio, quella prevista dal nuovo art. 47-*bis* T.U., il quale ammette che in taluni casi la pubblica amministrazione possa unilateralmente decidere di elargire ai lavoratori gli incrementi retributivi che sarebbero di spettanza della contrattazione collettiva. Ciò può verificarsi, in particolare, o nell'ipotesi in cui siano decorsi sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge finanziaria che dispone in materia di rinnovi dei contratti collettivi (art. 47-*bis*, comma 1, T.U.), oppure nel caso in cui, decorso il mese di aprile dell'anno successivo alla scadenza del contratto collettivo nazionale di lavoro, questo non sia ancora stato rinnovato e non si stata disposta l'erogazione di cui sopra (art. 47-*bis*, comma 2, T.U.)

Per quanto concerne invece la seconda direttiva, si può ricordare la funzione incentivante della produttività dei dipendenti insita in numerose norme del d.lgs. 150 del 2009. Si tratta di quelle contenute negli articoli da 17 a 29, che, nell'ambito di un Titolo dedicato a «merito e premi», prevedono una nutrita serie di emolumenti destinati, appunto, a premiare i dipendenti più meritevoli (fra questi il “bonus annuale delle eccellenze”, il “premio annuale per l'innovazione”, il “premio di efficienza”). Si può per inciso qui ricordare che anche le progressioni economiche e di carriera vengono utilizzate per stimolare l'impegno e i risultati dei lavoratori.

La volontà di far leva sul maggior numero di istituti possibile per realizzare tali obiettivi traspare poi dai ritocchi che ha subito la disciplina del trattamento economico accessorio, che il nuovo testo dell'art. 45, comma 3, T.U. vuole sia indefettibilmente collegato (oltre che, come già in precedenza, «all'effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute») «alla *performance* individuale» (la previgente disposizione parlava invece di “produttività”), oppure «alla *performance* organizzativa con riferimento all'amministra-

zione nel suo complesso e alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola l'amministrazione».

L'art. 45, comma 3, T.U., prima delle recenti modifiche, richiedeva inoltre che i trattamenti accessori fossero definiti secondo criteri obiettivi di misurazione e di valutazione dell'apporto partecipativo di ciascun dipendente. I criteri dovevano essere definiti dalla contrattazione collettiva, mentre la valutazione era attribuita alla competenza dei dirigenti. Oggi queste ultime indicazioni normative non vi sono più, e si deve pensare che la misurazione della prestazione dei lavoratori debba esser effettuata tenendo conto delle risultanze delle procedure di valutazione della *performance* che, come si visto, ciascuna amministrazione deve attivare in conformità a quanto previsto dal titolo II del d.lgs. n. 150 del 2009, fermo restando che, ai sensi del (non modificato) comma 4 dell'art. 45 T.U., «i dirigenti sono responsabili dell'attribuzione dei trattamenti economici accessori».

Va peraltro ricordato che la competenza negoziale in materia, attribuita *ex lege* al livello nazionale della contrattazione collettiva per i dirigenti (art. 24 T.U.), è suscettibile di essere decentrata per le altre categorie di dipendenti, poiché «la contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie» stabilite dal contratto collettivo nazionale, che ad essa può fare rinvio senza alcun limite oggettivo e, quindi, anche in materia retributiva (art. 40, comma 3-*bis*, T.U.).

La negoziazione della retribuzione a livello decentrato incontra tuttavia tutta una serie di limiti, che dopo la “riforma Brunetta” si sono fatti senz'altro più penetranti. Il principio fondamentale è enunciato dall'art. 40, comma 3-*quater*, T.U., secondo il quale «le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale o che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione». A ciò si aggiunga che, secondo il comma 3-*bis* dell'art. 40 T.U., la contrattazione integrativa deve assicurare «adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della *performance* ai sensi dell'art. 45, comma 3. A tal fine destina al trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato». La legge si spinge in tal modo ad orientare gli stessi fini (oltre che i contenuti) dell'autono-

mia collettiva, con una soluzione che non ha mancato di suscitare la discussione in dottrina sulla natura stessa del contratto collettivo del settore pubblico.

Con il d.lgs. n. 150 del 2009 si è altresì precisato che «nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile». A tale sanzione si affianca il divieto di erogare trattamenti accessori non corrispondenti a prestazioni effettive, previsto dall'art. 7 T.U.

Il rispetto dei vincoli di bilancio da parte della contrattazione collettiva integrativa è affidato, dal nuovo art. 40-*bis* T.U., al collegio dei revisori dei conti, al collegio sindacale, agli uffici centrali di bilancio o agli analoghi organi previsti dagli ordinamenti di ciascuna amministrazione; mentre per i contratti collettivi nazionali è necessario acquisire la previa certificazione positiva della Corte dei Conti sulla attendibilità e compatibilità dei costi quantificati (art. 47, comma 5, T.U.), in mancanza della quale le parti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva dell'ipotesi di accordo (art. 47, comma 7, T.U.).