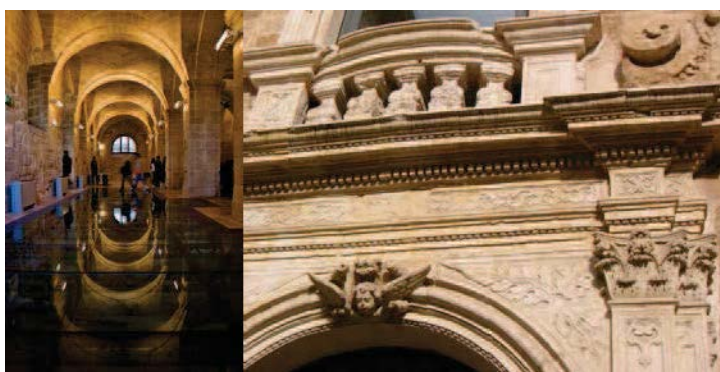




Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Jonian Department - Mediterranean Economic and Legal Systems: Society, Environment, Cultures



ANNALI 2015 – ANNO III (ESTRATTO)

VITA ACCADEMICA

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

COORDINATORE DELLA COLLANA

Francesco Mastroberti

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

Bruno Notarnicola, Domenico Garofalo, Riccardo Pagano, Giuseppe Labanca, Francesco Mastroberti,
Nicola Triggiani, Aurelio Arnese, Giuseppe Sanseverino, Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Domenico Garofalo, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Antonio Felice Uricchio, Annamaria Bonomo,
Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo, Giuseppe
Labanca, Antonio Leandro, Tommaso Losacco, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco
Mastroberti, Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi, Ferdinando
Parente, Giovanna Reali, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Sebastiano Tafaro,
Nicola Triggiani, Umberto Violante

COMITATO REDAZIONALE

Stefano Vinci (coordinatore), Cosima Ilaria Buonocore, Maria Casola, Patrizia Montefusco, Maria
Rosaria Piccinni, Angelica Riccardi, Giuseppe Sanseverino, Adriana Schiedi

Redazione:

Prof. Francesco Mastroberti
Dipartimento Jonico in Sistemi Economici e Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco, Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
E-mail: francesco.mastroberti@uniba.it
Telefono: + 39 099 372382
Fax: + 39 099 7340595
<http://www.annalidipartimentojonico.org>

VITA ACCADEMICA

Mario Angiulli

LA DOTE MILITARE NEL CONTESTO SOCIO-ECONOMICO DELL'ITALIA
MONARCHICA

Relazione presentata al Convegno di Studi *Il Mediterraneo e la Grande Guerra*
Taranto 26 maggio 2015

Specchio di una realtà non molto risalente, e tuttavia caratterizzata da significative differenze nell'assetto istituzionale, economico e sociale, è un rogito notarile del 1934.

Sotto la dizione “capitoli matrimoniali” viene riportato il nome del sovrano “Vittorio Emanuele III per grazia di Dio e volontà della Nazione Re d'Italia.” (Rogito notarile, in appendice, fol.1.)

Si tratta di un riferimento che compare in tutti gli atti pubblici dell'epoca.

Nello studio notarile di Giuseppe Rospi “iscritto al collegio notarile distrettuale di Bari” compaiono i coniugi Teresa Gemmato e Francesco De Palma, possidenti, insieme alla figlia Maria. (*Ibidem*)

Il termine “possidenti” è ricorrente in numerosi rogiti notarili dell'epoca ed evidenzia l'incidenza, dal punto di vista economico, della proprietà fondiaria.

Nell'atto viene menzionato anche il futuro sposo della figlia Maria, “il tenente del regio esercito Francesco Mario Angiulli” (Ivi, fol.2.).

Dinanzi al notaio vengono redatti i capitoli matrimoniali (L'art. 1382 del codice civile del Regno d'Italia così dispone “I contratti matrimoniali devono essere stipulati per atto pubblico avanti notaio prima del matrimonio”. Per un utile esame di carattere comparatistico, cfr. *Codice Civile del Regno d'Italia col confronto per ciascun articolo del Codice Napoletano e del Codice Francese* per cura di V.C., Napoli, GABRIELE SARRACINO, Libraio – Editore, 1872, p. 279.).

Nel primo capitolo i coniugi dichiarano «essersi combinato matrimonio di pieno gradimento degli interessati tra la nubile Maria de Palma e il tenente Francesco Mario Angiulli» (Rogito notarile, cit., fol.2.).

Non c'è dubbio che, ai fini della validità del matrimonio, rilevasse il consenso dei nubendi (In ordine alle condizioni di validità del vincolo e all'evoluzione dell'istituto cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1983, pp. 259 ss.).

Bisogna sottolineare tuttavia che a quell'epoca il matrimonio senza il consenso della famiglia aveva una ricaduta negativa nei rapporti sociali e familiari.

Ancor più rigido era il controllo della Autorità sugli ufficiali che intendessero passare a nozze.

Nell'Italia risorgimentale requisiti di carattere reddituale e morale venivano richiesti alla sposa, la cui onestà doveva essere comprovata dal comandante del corpo di appartenenza del futuro marito (Cfr. L. 31 luglio 1971, n. 393 e L. 11 marzo 1872, n. 736; reg. 31 luglio 1971 n. 394.).

In tale contesto ben si comprende lo scopo perseguito dal rogito notarile.

Per concorrere agli oneri della famiglia in formazione e garantirle un decoroso tenore di vita, i coniugi de Palma intendono costituire, nei confronti della propria figlia, «dote militare quale futura moglie di ufficiale del regio esercito» (Rogito notarile, cit., fol.2.).

Per effetto del Testo Unico, approvato con R.D. 9 febbraio 1928 n.371, modificato con R.D. L.16 aprile 1934 n.657, dovevano essere costituiti in dote beni per una rendita netta corrispondente al valore di lire tremilacentocinquanta richiesti per la dote militare (Rogito notarile, cit., fol.11). La dote costituiva un istituto di grande importanza nella società di un tempo non molto lontano. Fu abolita in quanto collegata ad una sostanziale soggezione della donna al marito, anche in ordine alla amministrazione dei beni (cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 204 n). Ai sensi dell'art. 227 delle disposizioni transitorie concernenti la riforma del diritto di famiglia, le doti e i patrimoni familiari costituiti prima della riforma continuano ad essere disciplinati dalle norme del codice. (TRABUCCHI cit.).

Si trattava di una particolare tutela che intendeva garantire un decoroso tenore di vita a quanti rientrassero nello status di ufficiale delle Forze Armate, categoria che acquista notevole peso per la monarchia.

Una procedura complessa ed articolata regolava il patrimonio degli ufficiali, ai quali non era possibile andare a nozze senza avere ottenuto “il regio assentimento” (Cfr. ULISSE MARANI – TORO, *Il matrimonio degli Ufficiali e la costituzione della relativa dote, guida teorico pratica*, Stamperia reale di Roma, 1934, II, p.13; cfr. anche G. SIGHELE, *L'ordinamento dello stato civile: ossia il commento teorico pratico del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602, e dei titoli 5 e 12 del Codice civile italiano fatto articolo per articolo, con riferimento delle circolari ministeriali, dei R. decreti relativi e delle massime di giurisprudenza sia italiana che francese*. Brescia - Verona: Tip. Apollonia, 1868, Titolo I, Sez.6, §1 – *Matrimonio dei Militari*, pp. 76 ss.).

Il regio assenso era condizione necessaria per contrarre matrimonio. In caso contrario l'ufficiale era dispensato dal servizio permanente (Cfr. ULISSE MARANI – TORO, cit. p. 14.).

Per ottenere il regio assenso a contrarre matrimonio, «gli ufficiali fino al grado di maggiore (o corrispondente incluso) del regio esercito, della regia marina, della regia aeronautica e della regia guardia di finanza... devono comprovare di possedere una rendita lorda assicurata con vincolo ipotecario a favore della futura sposa e della prole

nascitura sul debito pubblico consolidato sopra immobili, ovvero su titoli garantiti dallo Stato» (Ivi, p. 15.).

Il rogito elenca beni immobili ed una somma di denaro donati alla figlia da parte del padre Francesco de Palma:

- 1) Fondo rustico in territorio di Adelfia-Montrone, contrada Pezzaferrigine (Rogito notarile, cit., fol.2.)
- 2) Parte del fondo rustico in territorio di Casamassima, contrada Parco e Masseria Cavallerizza (Rogito notarile, cit., fol.4-5.)
- 3) Fondo rustico in territorio di Adelfia Montrone, contrada Fornello (Ivi, fol.7).
- 4) La somma di L.10.000 in contanti (*Ibidem*).

Entrambi i genitori donano il fondo rustico in territorio di Acquaviva contrada Malano o Delle grotte o Parata (Ivi, fol.7-8-9) e dichiarano di computare in conto di legittima quanto da loro donato alla figlia (Ivi, fol.9. Il tribunale supremo militare, oltre alla certificazione concernente la donazione di beni immobili costituenti la dote, richiedeva anche lo stato di famiglia dei donanti, e ove questi abbiano più figli, i documenti della consistenza economica atti a dimostrare che la donazione degli sposi non lede le quote legittimarie degli altri figli e non possa essere soggetta a collazione o imputazione).

Viene costituita, nello stesso rogito, la servitù di passaggio. Il padre della sposa destina il vialone che divide il fondo in agro di Casamassima e che separa la parte destinata alla figlia da quella che resta in proprietà del donante, a via di transito per consentire l'accesso al fondo della signora Teresa Gemmato, madre della nubenda (Rogito notarile, cit., fol.9-10).

Nello stesso rogito i futuri sposi esprimono gratitudine nei confronti dei donanti (Ivi, fol.10).

Al di là del rigore tecnico che connota il rogito notarile, vi si riscontra un chiaro riferimento ad un sistema di valori fortemente condiviso.

Contestualmente all'atto di donazione col quale i genitori investono la figlia Maria dei beni elencati nel rogito, la stessa costituisce in dote (Recita infatti l'art. 1388 del codice civile del Regno d'Italia: «La dote consiste in quei beni che la moglie o altri per essi apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio»). In ordine all'istituto dotale nel diritto romano cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, Palumbo Editore, 1997, pp. 235 ss. Sulla dote e rapporti patrimoniali tra coniugi nella tradizione romana e longobarda, con particolare riferimento alla città di Bari, cfr. per tutti A. AMATI CANTA, *Meffium, morgincap, mundium, consuetudini matrimoniali romane e longobarde nella Bari medievale*, Bari, Palomar Editore, 2006, pp. 117 ss. Sempre sui rapporti patrimoniali fra coniugi cfr. G. MASTRANGELO, *La condizione giuridica della donna nelle leggi longobarde e negli usi matrimoniali in Terra d'Otranto*, Taranto, Antonio Delli Santi Editore, 2011, pp. 16 ss.) a se stessa, al futuro marito e alla prole nascitura «del matrimonio

che va a contrarre parte dei beni donati, produttivi di una rendita superiore a quella di L. 3150, richiesta dal T.U. decreti legge per la dote militare, come si rileva da perizia giurata allegata all'atto» (Rogito notarile, cit., fol.11). Per ottenere il "regio assentimento" era altresì necessario il ricorso alla cancelleria del tribunale supremo militare ai fini della declaratoria della idoneità e sicurezza della rendita. Il ricorso, sottoscritto dall'interessato doveva essere corredato da documenti atti a dimostrare l'idoneità della rendita prescritta. Fra i documenti previsti si richiedeva una perizia estimatoria (cfr. U. MARANI – TORO, cit., pp. 28 – 29).

Bene a proposito viene sottolineato il fatto che l'ipoteca sui beni dotali è destinata a se stessa, al futuro marito e alla prole del futuro matrimonio.

Il rogito riflette il dettato dell'art. 1390 del codice civile del Regno d'Italia: «Se la donna passa ad un secondo o ulteriore matrimonio, non si intende ricostituita tacitamente la dote assegnata nel matrimonio precedente» (Cfr. Codice Civile del Regno d'Italia, a cura di V.C., cit., p. 280-281).

Costituita la dote e disposta la ipoteca a garanzia della stessa, il documento riporta l'accettazione da parte dello sposo, tenente Francesco Mario Angiulli, della costituzione di dote militare e della relativa ipoteca (Rogito notarile, cit., fol.31).

Successivamente, al numero 10 dei capitoli matrimoniali, interviene il regime pattizio per consentire – col consenso dei futuri sposi e «del solo genitore donante sinché in vita» - senza autorizzazione del tribunale, la alienazione dei beni dotali, ma con l'obbligo di reimpiego degli stessi beni immobili da attribuirsi alla dotata con gli stessi vincoli dotali (Ivi, fol.32).

Il regime pattizio previsto dall'art. 1404 cod. civ. del Regno d'Italia supera l'ostacolo che può costituire quanto disposto dall'articolo successivo che consente l'alienazione – sulla base della autorizzazione del tribunale - nei soli casi di necessità evidente e previo accordo dei coniugi (Così come dal combinato disposto artt. 1404 – 1405).

Precisa inoltre l'art. 1407: «È nulla la alienazione della dote se non vi acconsentano ambedue i coniugi e non è stata permessa nel contratto di matrimonio» (Nel rispetto della ratio dell'istituto dotale è consentito sia al marito che alla moglie revocare l'alienazione dei beni operata da uno dei coniugi inaudita altera parte).

Il capitolo 11 delle convenzioni matrimoniali libera il patrimonio dello sposo dalla ipoteca legale per l'amministrazione della dote «per la stima e la fiducia che le parti costituite hanno nei suoi confronti». (Cfr. rogito notarile, cit., fol.32).

Dall'evoluzione normativa dell'istituto si evince che doveva risultare particolarmente gravoso quanto disposto dal T.U. sul matrimonio degli ufficiali del 1928 – già modificato dal citato R.D.L. 16 aprile 1934 n. 657 - se il R.D.L. del 28 settembre 1934, n. 1673 consentiva "in via transitoria" agli ufficiali di contrarre matrimonio senza la prescritta rendita dotale (Il R.D.L. 1 dicembre 1934 n.2043 estende agli Ufficiali della milizia nazionale della strada la facoltà concessa in via

transitoria col R.D.L. 28 settembre 1934 n.1673 ad alcune categorie di ufficiali di contrarre matrimonio senza costituire la prescritta rendita dotale).

Dispensati dalla costituzione della rendita – ai sensi del T.U. approvato dal R.D. 9 febbraio 1928 n.371 e successive modificazioni «sono gli interessati che abbiano presentato la domanda di dispensa dall’obbligo della costituzione dotale entro due mesi dalla entrata in vigore del R.D.L.28 settembre 1934»

Si avverte, già nel R.D.L. 28 settembre 1934n. 1673, la consapevolezza da parte del legislatore che la dote militare creava, nell’ambito delle Forze Armate, una sorta di discriminazione censitaria non consentendo il matrimonio a quanti non potessero usufruire dei beni corrispondenti alla rendita prevista.

Il cod. civ. del 1942, che subentrava al cod. civ. del Regno d’Italia, manteneva ancora in vita un istituto antichissimo che già molto prima delle riforma del diritto di famiglia era considerato superato.

Si registrava pertanto il «progressivo allontanamento dall’istituto dotale» (A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1954, p. 252).

La dottrina, vigente ancora la costituzione di dote, considerava decisamente dannosa l’inalienabilità dei beni dotali.

Si riconosceva – prima della riforma del diritto di famiglia – al patrimonio una utilità per sostenere gli oneri della famiglia stessa e la necessità che il marito, nel ruolo di capofamiglia, curasse gli interessi comuni. Tuttavia i vincoli derivanti dalla dote erano ritenuti economicamente dannosi (*Ibidem*). Il Trabucchi registra – nel suo ormai risalente manuale – il venir meno della obbligatorietà della costituzione di dote per gli ufficiali e gli agenti diplomatici (*Ibidem*).

Già negli anni ’50 un nuovo modo di concepire il ruolo della donna nella società non poteva essere favorevole ad un istituto «che tradizionalmente si fonda sul predominio del marito anche nella amministrazione dei beni appartenenti alla moglie» (*Ibidem*).

Gaetano Dammacco

LAW AND JUSTICE: MODERNITY OF THOUGHT OF EDITH STEIN

Relazione tenuta alla Conferenza internazionale "Edith Stein -2015- Human Dignity" in data 8-10 Ottobre 2015 in Wrocław, organizzata da Pontifical Faculty of Theology in Wrocław, Department of Humanities and Social Sciences of the Wrocław University of Technology, Edith Stein Society in Wrocław.

1. One aspect of the current crisis of the right is the difficulty of combining the considerable conceptual heritage with its practical implementation in order to make truly effective content of the laws. In this sense, the thought of Edith Stein is not addressed only to the phenomenological interpretation of the law, but also supports the effort to consider the law as a legal experience, in which concretely affirm the values and affirm them not only in the abstract. In this perspective, the thought of Edith Stein has a peculiar relevance in the field of law at least two ways, both in terms of the value of the human person (the philosophy of life, dignity, personal ability to build a community) both in the aspect to anchor the right to human experience, that is, the legal values to the life of the person. Moreover, there is an additional interest that comes from the study of the thought of Edith Stein and namely the prospect of analyzing, from the perspective phenomenological, the news of a scenario in legal change concerning the complex discipline of legal relationships that arise from inter-subjective phenomenon social religious finality (a discipline in the Italian scientific view is defined ecclesiastical law).

Starting from Husserl's insights on the value to the conscience of each "object" as "personally present" (and not just as a mere intention according to a reproductive function), Edith Stein defines the person as a free and spiritual, and therefore human, It characterized in that it is "aware". Awareness (which comes from consciousness of itself cultivated in the ground of the spiritual life) generates in the person opening toward "internal" and opening to "external". His anthropological vision of the person has characteristics of units, which today are presented as emblematic of a search for meaning in the experience of the contemporary fragmentation. She considers the spiritual dimension of the person as part absolutely constitutive of his being, composed of a series of relationships between the different parts that make up the person, which have specific characteristics.

In this view, it is emphasized the close relationship that exists between the person and his spirit; this spirit plays the task of introducing the same person (I quote) "in the realm of freedom, allowing him to be authentically person, active subject of his own choices." His reflection leads to the consideration that the two factors (possession of himself and directing their movements) <characterize the activity and freedom in pregnant sense >> (E. STEIN, *Nature, Person, Mystic - for a Christian research the truth*, p. 52-53, New Town Editrice, Rome, 1997). In this way in the person they are absolute centrality full awareness, responsibility and free participation in social and personal actions.

Edith Stein used the phenomenological categories by applying them to the right, from the perspective of Husserl as a method of suspending judgment on the reality of the object detected. Today this road to the right indicates the need for greater attention to the facts, to concrete situations. Regardless of the reaction of the academia at the thought of Stein and the results of his studies at that time, you may think today the importance of the phenomenological method precisely to the extent that the law is more concrete, less conceptual, and closer to the needs of human person and not to the logic of power conservation. The mission of the law should be to protect the human person and human rights.

The mission of the right should be to protect the human person and human rights. Today the right must have a level of concreteness directly linked to the protection of human rights and fundamental freedoms, which are constantly violated in ways increasingly violent and starting with the right to religious freedom. Somehow, the thought of Stein offers suggestions for overcoming Stein, in the sense that we must go beyond the need of conceptual definitions. The right according to the phenomenological method can rediscover its contemporary mission.

I do not intend to make an exhaustive study of the writings of Edith Stein about the person, it does not belong to the sphere of law, but its articulated reflections on the field of law represent the importance of phenomenological approach to the right. I observe that, precisely from the legal point of view, his thoughts were very important compared to the difficult and dramatic time, when unleashed evil of dictatorships. In particular, today, compared to the difficulties and existential dramas, are current and equally important, since they contain the reason why the person should be at the center of the right, the laws and legal systems (religious, civil, state, international, supranational).

The right responds to its mission if it expresses strong values in the actions of men. The task of the science of law is precisely to bring out the intrinsic rationality of the law, the essence of the legal system, the value of legal experience: that is, it must express the immanence of truth and the value of life. For this, the right to reduce only the concept of law is misleading and fails to understand in full the sphere of legal experience, which is spirit and life.

The thought of Stein today can launch an articulate message to the world of law: consider the person as a unified value in itself and considered the center of the right; the importance of protecting the right to freedom and the principle of personal responsibility; guarantee the right to participation in all its forms (and, therefore, also in the democratic form); the value of solidarity as a principle of law, which is derived from the opening to the other self.

It is, namely of legal principles that are the basis of democratic societies resurrected after the destruction of World War II and supranational organizations, like the EU, the UN, the OSCE, and so on.

The juridical relevance of the thought of Edith Stein also emphasizes the indispensability of implantation of the rights / values and their practical protection, consistent with the structure of the concrete phenomena, by which manifests the essence of everything and every being. Values and legal principles they live if they are real and not only if they are perceived in their statement, namely in their abstractness.

2. The personalistic character is a fundamental juridical principle, that today is found in many modern constitutions (such as certainly it is the current Italian and Polish) and is the basis of the framework of values on which we build the society of men.

The personalist principle finds its origin in the discussions of the beginning twentieth century. Edith Stein, in that same period, realized his thoughts on empathy as a characteristic of the human person. Reflection is important because it defines the conceptual sphere of empathy, meaning the ability to empathize "with" the other, and its function, to establish an affective communion. In his thinking, empathy is not only the psychological capacity to understand the other, his motives, his feelings, his personality. Empathy has a content and a broad meaning so shows any good relationship with other men, every personal relationship and social fertile, suitable for the construction of the rules governing the relational process. In this perspective, Edith Stein was once again prophetic, anticipating the times, because it has placed in the human context of the concrete human person and his fundamental rights, emphasizing the reference to their supernatural source. In fact, the true value of the human person, in contemporary culture, took place only after the end of World War II in response to disasters of all kinds and the dramas that men had experienced.

The empathic participation of the human person in society is the basis of the legality of his behavior, which embody personal act spiritual and relational. Feel with others is an act of the will of each individual person, which defines its dynamics within a subjective inter-act, ie an act of the community. In fact, the community is established through procedures that cannot be simply formal, because you run the risk to empty the contents of the same coexistence. Relations between individuals taking place at different levels and take on different contents and links of different

intensities: content and links define the rules of social coexistence of the different legal force of law, up to the definition of the forms of government. So, the law is not an institution causal, but is the result of a relational choice of a person to another person. Individuals together are engaged in the construction of a third location, in which "I" and "you" become "us", and in which there is a material reason of individual spirituality based on the supreme values shared. The process of identification is a human characteristic that, like any feeling, must be exercised with great attention and awareness, because through this process it is possible the higher understanding of the other. The ability to understand, that of containing the reasons of existence of the other in a higher vision and ontological, favors the natural absorption of every conflict, of all the negative things of the relational dimension. Empathy creates a process of self-understanding and understanding of the other (Ales Bello).

By studying empathy, Edith Stein sees a community of people who are engaged in historical realization of the State, which is not considered as the supreme legislature, because it is the same relationship of the people (the community) who becomes legislator itself. In this perspective, the law is not an "a priori" of society, but the result of personal relationships, generated by the community in need of rules. The legal community, therefore, is the result of interpersonal relationship and the dynamics of empathy, which is a link between the legal community and the State. (Avitabile Luisa).

With reference to the value of the person and the legal dimension of interpersonal relationships, the thought of Edith Stein is very close to the philosophical thinking of Antonio Rosmini, who a century earlier tried to interpret the heritage of the classical Christian tradition according to the needs of contemporary life. He particularly emphasizes the relational structure of the person, the inexhaustible power of the interior, the infinite dignity of the person based on his relationship with the Infinite, not accidental but essential. One of the most significant concerns the primacy of the person, his "supremacy" over any other natural reality, which is derived from being at the controls of infinity: "nothing can stand above the personal principle, nothing can stand above the principle that by its nature behind a master and lord of infinite dignity; so is, of course, it is the supreme principle; so that no one has the right to command him who is at the controls of the infinite" (Philosophy of Law, I, n. 52, p. 192). Rosmini think the original constitution of the person as a relationship with the infinite determines the emergence of the concepts of right and duty. The person, before they have rights, "is the right" and even "is the essence of the law", "the right to exist".

«Therefore if the person is supreme activity by its nature, it is evident that you have to find inside other people same moral duty of not harmful to it, not to make even a thought, an attempt intended to offend her or subdue it, stripping it of its natural supremacy [...]. So the person has in his nature all the constituents of the law:

it is therefore the right to exist, the essence of the law» (A. Rosmini, *Philosophy of Law*, I, n. 52, p. 192).

The thought of Stein and that of Rosmini have a significant coincidence relative to what it is to the right, which before the codes and laws is inscribed in person. For that the person is the center of the right and the law must respect and guarantee it. In addition, you can place the thought of Stein alongside that of other Christian thinkers like Augustine, Rosmini, Pascal, Maritain, Mounier, ie those who have developed the thinking of Catholic personalism in several ages, in which originated the legal guidance of the centrality of the human person in the field of law.

In this field, a reference point for the Italian legal thought was Capograssi Joseph, who developed his analysis on the centrality of the human person in legal experience. The person was understood as a subject-agent provided with the will, the true source of expression and legal life in every moment of action. With novelty, in the same period and simultaneously to Edith Stein, Capograssi reflects on the individual empirical, ie man in "the flesh", ie the concrete human person who lives his life and brings "forward life" «with the idea of saving and the idea of living», objectives that he believes «are so closely connected» (G. Capograssi, analysis of common experience, in *Works*, Giuffrè, Milan, 1959, vol. I, 6). The individual (word which he considered more precise than others, as a man or person or entity) is the center of the world and the protagonist of the story. His attention is directed to continuously and consistently existential reality of the individual, which in the course of history risks losing its «constitutive identity, its unrepeatability, risks becoming equal, fungible», risks becoming a number obedient.

3. Another theme that allows some approach between Stein and Capograssi is the discourse on the authorities and the State. These are arguments that in the twenties and thirties of the last century have committed numerous thinkers, even Christians, who analyzed the problems associated, such as those about legitimacy, power, legislative, conflict between communities and the state, the relationship between society and State.

It is no coincidence that the same issues affecting different thinkers, of different ideologies, different faith, different cultures. Also Stein and Capograssi, not coincidentally, are engaged on the same issues, starting essentially from reflection on good and evil, on the relationship between authority and truth. They are motivated by a deep desire to live the search for truth and the Christian faith, at a time characterized by a reality that becomes ever più tragic, that affect the content of the reflections.

In particular, the thesis on the State refer directly to the problem of authority, legitimacy and power. These issues are of great importance in philosophical reflection and in the legal in the period before the advent of the dictatorships.

In summary (knowing that it is a synthesis inaccurate and insufficient to bring out the complexity of the thought of the two authors) E. Stein sees the state as an entity legally configured with specific characteristics, which proposes itself independently of the its members, of which, however, determines the ethics and religious life. The state is an association, the structure of the individuals who live inside, distinguished by the community (which somehow contrasts) and society (which in some ways is the result). But it should be noted that for E. Stein, away from the first liberal ideas, the State presents various structural ambiguity and dubious, which highlight a continuing precarious balance, especially with the religious dimension.

Capograssi think that the state is the highest expression of the legal conscience in action, which arises from the ethical principle constitutive of legal and political experience. The state guarantees the right to the action (as a realized power), which can be either constructive or destructive. The state is part of society in the sense that it is the organization and acts in it. But it observes that the action is the power produced, which can destroy or create, affecting the fate of individuals. Capograssi also discovers the crisis and the degeneration of the state, during which totalitarianism is proposed as a legal entity destructive. The totalitarian idea has the power to break the relationship between society and the state, which becomes the bearer of its own interests, inconceivable and insane. He will address these issues in the writings of the years 40'-50 '(such as *The significance of the modern state* -1942-, *The right after the disaster* -1950-, *The ambiguity of contemporary law* and others).

In the two contemporary thinkers, from different positions, there are parallel paths arriving at similar conclusions through a dramatic confrontation (not only in the philosophical reflection) with degeneration of totalitarianism. Just look at some topics such as the function and the nature of the state, the distinctions between community and society, the force of a violent power that erases the authorities. Both thinkers think that the totalitarianism of the thirties and forties, distorting the relationship with the society, creating a state, which, as a third subject, will star in a revolution of evil.

In the new and dramatic scenery, E. Stein experimented on his body the atrocities of the Nazis, but did not take a specific philosophical position, believing, however, that the advent of National Socialism caused the dissolution of the state as a community of free people. Capograssi, for its part, condemning the degradation of contemporary totalitarian state (as distinct from the modern state), wondered if those same disasters that totalitarianism inevitably produced could be eliminated by themselves or if the roots of the degradation were much deeper and such to give new content to the negative right, who «was the form that the state filled its contents».

The totalitarian state, instead of encouraging the development of individuals and to be the bearer of utility and value, had become the bearer of aberrant statement of man's power over man. The totalitarian state had ended by interfere in people's lives in incisive and destructive way, bending to their needs even negative thought that law

as a regulator of human relations. However, the theme of the totalitarian state neither thinkers immediately gave scientific importance, without developing articulated thoughts, perhaps because both deeply Christian, they could not accept evil and its manifestations.

However, the comparison with a destructive policy pushed E. Stein to find a different solution to the most urgent questions, such as that relating to the content of the State personality (the personality appears the peculiar characteristic of each subject capable of free acts). Reflections on the State, understood as "collective person", on its ability to produce its own right, the ability to express a representation (concept that is the basis of today's democracies), despite performed in the logic of phenomenology, seemed not to look directly at dramatic events. The questions of the thought of E. Stein apparently seemed far away from that destructive policy, which was taking shape across Europe. But she knew that the growth of this type of State, third subject distinct from the community, was a manifestation of evil. Enlightening is his statement: << the Kingdom of Satan can be realized as a state as much as the Kingdom of God >>. In truth, the evil manifested itself in all its violence and beyond imagination. If we put more attention to the thought of E. Stein we can use its legal and philosophical categories to explain the drift of the totalitarian states.

For example, the distinction between the State, as a subject of law, and the person says, from a philosophical point of view, the value of representation, namely the possibility that individuals can act as individuals and at the same time acting as organs of the state. But, from the point of view of ethics and morals, it does not follow that any action should be useful and positive. Persons, both as individuals and as members of associations, commit acts and take responsibility. So, the State has no responsibility for the destructive actions, it is the responsibility of persons who have the ability to act. The principle of the irreducibility of the person, both as an independent subject and as a member of a community, underlines the principle of responsibility, you can identify the perpetrators of the acts of both positive and destructive.

According to the thought of E. Stein, you have to argue that there is not the state's responsibility, but that of the persons, only subjects who can perform acts. These ideas were and are modern and contemporary. They were at the bottom of the basic processes and judgments of the Nuremberg Tribunal, which recognized the direct and personal responsibility for Nazi criminals, who wanted to hide behind the National Socialist state. These same ideas are the basis of existence, for example, the International Criminal Tribunal, constituted by a resolution of the UN Security Council to judge war crimes and crimes of genocide (now existing for Rwanda and for the former Yugoslavia).

The idea of a state distinct by the individuals and communities personal (Stein and Capograssi have different thoughts, but not in conflict) has strong traces of modernity. These ideas, after the fall of totalitarianism, allowed to post-conflict

societies rebuild relationships within renovated community, to which it fell the reconstruction of a modern state around the values of fraternity, equality, solidarity, democracy, peace. The building of new institutions and the creation of acts of State compatible with the values are the result of new social relations, which, following the thought of E. Stein, are based on the possibility of "empathic understanding" between individuals. The assumption of interpersonal relationships in communities and societies lies in the value of the freedom of the human person and in his openness to every interpersonal relationship.

There are moments where the actions they feed on solid ideas, though not always have the ability to promote the authors. The modern state, the rule of law, as we know it today (although we have to record its current crisis since the fall of the bipolar system) is the result of those innovative ideas, which also belong to Edith Stein. For example, the difference between people (Volk, subject survives even without the state) and state (Staat, third subject with its own aims), the distinction between the state and the community (Gemeinschaft) and society (Gesellschaft), suggest distinction roles, aims, missions.

We must recognize that debtors of Edith Stein and his ideas, which have their active and current strength and can help overcome the crisis that now affects the State. You must discover the relationship that must exist between the people and the state; It is necessary to overcome the idea that the State is the cultural and ethnic homogeneity, because by nature is subject multicultural; we need an effective recognition of the fundamental rights of individuals; we need a concrete reflection on the contents of sovereignty; it is necessary to reaffirm the centrality of the person and the role of religion.

These are issues, on closer inspection, that E. Stein has faced in its many and extensive philosophical reflections, affecting various areas of law, ethics, religion, psychology, sociology. It is important to have an awareness that the State today is going through a crisis and this crisis concerns precisely the themes of the essence of the state, the role of the people, the centrality of person, the relationship between the person and the right, relations between States inside international organizations, system of authority: they are the topics of steinian reflection.

4. Among the many topics, one directly involves the duty of the State and the affirmation of justice. Rediscovering the Christian philosophical tradition, in the admirable synthesis between Christianity and his own Jewish affiliation, E. Stein argues that the State must ensure justice, first of all with the promulgation of just laws. This idea, closely relates the state, its laws, justice and the purposes for which everything accomplished, namely the achievement of the common good, which transcends the individual.

The right is the instrument to ensure justice and realized its affirmation when not protecting the strong subjects or privileged, but when protecting the life of the

community and its existential dynamics, by producing legislation and by defining the principles of justice. Righteous acts of law, therefore, are the consequence of the action of the righteous State.

E. Stein has a particular interest about reflection on justice because it has the function of contrast inequalities, but especially for the opportunity to encourage the dissemination of social dignity of the person, that is the privilege that comes from the concrete affirmation of a distributive principle. So, justice is not only a value that eliminates inequality and discrimination, but it is a tool that generates a credit of dignity through the dissemination and distribution of goods and the common and fundamental values for individuals and communities.

The place where all this can be achieved is the community, where people live their lives. This leads to the consideration that cannot be a state manufacturer of Justice if communities do not live justice and not engage in acts of justice. This thought shows a very current because today life in society experiments with a set of discrimination, intolerance, exclusion, marginalization that are the result of the negative processes of globalization. The negative globalization has created and continues to create great conflicts of interest, increasing poverty and diffuse wars in the world. So, now it becomes necessary to create communities and societies in which affirm the value of justice.

In this process of setting up the participation of the human person it becomes fundamental, because the right and the legality of the acts belong to his interiority as a spiritual act, relational act, an act of the will. The act of the person is not a mere preference voluntary, but a subjective priority, a priority of life and existence of the person, who has to live their lives according to non-formal procedures, but trying to give content and value to life.

The current message of the thought of E. Stein leads us to say that the ethical, moral and religious values of the persons and their communities may lead to the creation of a government (in its various forms) that creates justice if the society establishes the right "human", where the term institution means the person's commitment to strengthen the law in view of a new humanism where there is full respect for human spirituality and community life.

Domenico Garofalo

PRIME RIFLESSIONI SUL LAVORO A TEMPO PARZIALE E
INTERMITTENTE NEL JOBS ACT 2

Relazione tenuta al convegno sul tema “Decreti attuativi Jobs Act (decreti legislativi nn. 80 e 81/2015)” organizzato dal Centro Studi “Domenico Napoletano” – sezione di Taranto e svoltosi a Taranto il 10 luglio 2015.

1. Giova innanzi tutto precisare la portata della riforma, ormai nota come *Jobs Act 2*, riconducendosi il *Jobs Act 1* al d.l. n. 34/2014.

Dietro l’etichetta di *Jobs Act 2* si cela la legge n. 183/2014, che conferisce al Governo una serie di deleghe per realizzare la riforma del lavoro.

I primi due decreti attuativi sono stati adottati il 4 marzo 2015, con i nn. 22 e 23, rispettivamente sulla riforma degli ammortizzatori sociali e sul contratto a tutele crescenti.

Di seguito, in data 24 giugno 2015, è stato pubblicato il decreto 15 giugno 2015 n. 81, previsto dall’art. 1, legge n. 183/2014, comma 7, alinea e lettere a) b) d) e) h) ed i), recante il testo organico delle tipologie contrattuali e revisione della disciplina delle mansioni.

Si tratta di una sorta di Testo Unico, in quanto racchiude la disciplina dei seguenti istituti:

- part time (artt. 4 - 12)
- intermittente (artt. 13 - 18)
- contratto a tempo determinato (artt. 19 - 29)
- somministrazione (artt. 30 - 40)
- apprendistato (artt. 41 - 47)
- lavoro accessorio (artt. 48 - 50)
- Co.Co.Co./partite IVA/associazione in partecipazione (artt. 1 - 2, 52 - 54)

Inoltre è prevista la modifica dell’art. 2103 c.c. (art. 3).

Il riordino prevede l’abrogazione di tutta la disciplina oggi vigente per ciascuna tipologia richiamata, salvo qualche isolata eccezione (art. 55).

Va detto che il riordino recepisce buona parte della vecchia disciplina riversata nella nuova, ma con varie modifiche (donde l’improprio utilizzo del riferimento al T.U.)

2. Gli artt. 4-12, d.lgs. n. 81/2015, come anticipato, sostituiscono integralmente il d.lgs. n. 61/2000, espressamente abrogato dall'art. 55, comma 1, lett. a).

In primo luogo si segnala la portata semplificatrice dell'intervento di riforma, che si può evincere anche dal minor numero di disposizioni (solo nove), dedicate all'istituto rispetto alle precedenti (quattordici), contenute nel d.lgs. n. 61/2000, interamente abrogato.

La nuova disciplina del part time è entrata immediatamente in vigore (25 giugno 2015), non operando la norma transitoria *sub* art. 55, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, in quanto nella disciplina del part time non è prevista l'emanazione di alcun decreto attuativo.

Tale dato di fatto non elide, però, il problema del periodo transitorio, con riferimento ai contratti di lavoro stipulati e tuttora in corso ante riforma e alle regolamentazioni in materia contenute nei CCNL vigenti.

Con riferimento all'ultrattività della vecchia disciplina, si è di parere negativo, nel senso che il principio "*tempus regist actum*" opera solo quando la disciplina di un istituto è individuata per intero al momento della instaurazione del rapporto (es. apprendistato). Nel caso del *part time* ci sono situazioni che vengono ad esistenza in un momento successivo all'instaurazione del rapporto (esempio diritto di precedenza) e soggiacciono alla disciplina vigente nel momento in cui vengono ad esistenza.

A sua volta il rinvio da parte della disciplina del 2000 alla contrattazione collettiva per alcuni profili dell'istituto (ad esempio per le clausole flessibili od elastiche *ex* art. 3, comma 7) è venuto meno nella nuova disciplina.

A questo punto se per i contratti part time stipulati dopo il 24 giugno 2015, pur nella perdurante vigenza dei CCNL, è pacifico che quella disciplina contrattuale non sia applicabile, corre l'obbligo di chiedersi cosa accada per quelli in essere al 24 giugno 2015. Per essi sarà applicabile solo quella parte di disciplina autonoma compatibile con quella nuova eteronoma.

Fatta tale premessa, si procede all'analisi della novità in materia di part time, seguendo il nuovo articolato comparandolo con quello del 2000.

2.1. A prescindere dalla modifica della rubrica della norma [da "Definizioni" *ex* art. 1, d.lgs. n. 61/2000, a "Definizione" *ex* art. 4, d.lgs. n. 81/2015], la stessa, a ben guardare, non reca alcuna definizione dell'istituto, anzi ha "perso" tutte quelle contenute nell'art. 1, comma 2, lettera a) – e), tranne quella relativa al lavoro supplementare, contenuta nel successivo art. 6, comma 1. Detta soppressione potrebbe porre un problema di conformità all'Accordo Quadro recepito nella Dir. 97/81/CE.

2.2. Non è stato riproposto il contenuto dell'art. 1, comma 3, che conferiva facoltà alla contrattazione collettiva di ogni livello di determinare condizioni e

modalità della prestazione lavorativa, anche particolari per specifiche figure professionali.

Tal soppressione della competenza dell'autonomia collettiva può spingere in due diverse direzioni, e cioè verso la legge oppure verso l'autonomia individuale.

Se si esclude che tra le condizioni e modalità rientrino le clausole elastiche, per le quali v'è una norma *ad hoc* (art. 6, d.lgs. n. 81/2015), allora la risposta va nella seconda direzione, e cioè la nuova disciplina verso l'autonomia individuale.

2.3. A margine della forma e dei contenuti del contratto di lavoro a tempo parziale vanno segnalate varie e rilevanti novità.

In primis, pur confermandosi la forma scritta *ad probationem*, viene esclusa la possibilità, qualora la scrittura risulti mancante, della prova per testimoni nei limiti di cui all'art. 2725 c.c. (smarrimento del documento *ex art.* 2724 n. 3 c.c.) prevista dall'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 61/2000.

In secondo luogo, viene escluso l'obbligo di informare le RSA, ove esistenti, con cadenza annuale, sull'andamento delle assunzioni *part time*, la relativa tipologia e il ricorso al lavoro supplementare (*ex art.* 2, comma 1, d.lgs. n. 61/2000).

Ancora, l'indicazione della durata della prestazione e della sua collocazione temporale diventa appannaggio del solo contratto individuale, venuto meno il rinvio alla contrattazione collettiva già contenuto nell'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000.

Infine, il lavoro a turni è compatibile con il *part time*, nel senso che è possibile il rinvio a turni programmati articolati su fasce orarie prestabilite.

2.4. Con riferimento al lavoro supplementare e straordinario ed alle clausole elastiche, giova premettere che nella vecchia disciplina (art. 3) si operava una distinzione tra *part time* orizzontale, verticale e misto.

Nel primo caso si consentiva l'espansione dell'orario a concorrenza di quello pieno contrattuale [lavoro supplementare], nei limiti e per le causali previste dai contratti collettivi, previo consenso del lavoratore in assenza di disciplina collettiva, con una percentuale di maggiorazione, anch'essa rimessa alla contrattazione collettiva. Inoltre, le parti potevano concordare anche clausole flessibili, e cioè una variazione della collocazione temporale della prestazione.

Nel secondo caso si consentiva il lavoro straordinario e l'apposizione delle clausole elastiche, e cioè di una variazione in aumento della durata della prestazione.

Entrambe le clausole erano regolate dalla contrattazione collettiva (art. 3, comma 7) e dovevano prevedere un preavviso in favore del lavoratore di almeno 2 giorni, con una specifica compensazione disciplinata dall'autonomia collettiva.

Per entrambe le clausole era richiesto il consenso scritto del lavoratore, revocabile per lavoratori affetti da patologie oncologiche e studenti lavoratori.

Infine, era previsto l'obbligo dei centri per l'impiego di dare informativa ai lavoratori di tale disciplina ove interessati ad offerte a tempo parziale.

Come si vede una disciplina abbastanza articolata con un ruolo rilevante affidato alla contrattazione collettiva.

La nuova disciplina è notevolmente semplificata prevedendosi un doppio canale di accesso alle clausole elastiche.

Partendo dal lavoro supplementare, si segnala la possibilità di accesso tramite contratto collettivo, *ex art. 6, comma 1*, e tramite iniziativa del datore in assenza di contratto collettivo.

La disciplina pone alcuni limiti e cioè, la possibilità di svolgere il lavoro supplementare in misura non superiore al 25 per cento delle ore di lavoro settimanali concordate; il rifiuto da parte del lavoratore condizionato alla sussistenza di comprovate ragioni di lavoro, di salute, familiari e di formazione professionale; ed infine una maggiorazione retributiva del 15%, comprensiva dell'incidenza su istituti indiretti o differiti. Infine, è ammesso il lavoro straordinario.

Per quanto riguarda le clausole elastiche (che ora ricomprendono variazioni sia della collocazione sia della durata del lavoro), si prevede sia l'accesso tramite contratto collettivo (*art. 6, comma 4*) con preavviso di due giorni e specifiche compensazioni, sia tramite l'iniziativa del datore in assenza di contratto collettivo.

Con riferimento ai limiti, si prevede la stipula davanti alla Commissione di certificazione con l'assistenza anche di un avvocato o di un consulente del lavoro. Inoltre, a pena di nullità, le clausole elastiche stabiliscono condizioni e modalità con le quali il datore, con preavviso di due giorni lavorativi, può modificare la collocazione temporale della prestazione, con variazione di durata in aumento, nonché la misura massima dell'aumento, che non può eccedere il limite del 25 per cento della normale prestazione annua a tempo parziale. Tali modifiche implicano una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione sugli istituti retributivi indiretti e differiti, non comprendendosi però se ciò valga solo per l'aumento o anche per la variazione.

Il consenso alla clausola elastica è revocabile da parte dei lavoratori affetti da patologie oncologiche, ai sensi dell'*art. 8, commi da 3 a 5, d.lgs. n. 81/2015*, e dai lavoratori studenti, *ex art. 10, comma 1, legge 20 maggio 1970, n. 300*.

Il rifiuto della prestazione del consenso alla clausola elastica non implica giustificato motivo di licenziamento ed è stato eliminato l'obbligo del centro per l'impiego di informare i lavoratori interessati al *part time* della disciplina applicabile all'istituto.

2.5. Con riferimento al divieto di discriminazioni, si segnala il mutamento della rubrica della norma, ma non anche del contenuto della stessa [*art. 4, d.lgs. n. 61/2000 – principio di non discriminazione*] che risulta molto più scarna, enunciandosi il principio della parità di trattamento.

Viene soppressa, inoltre, la facoltà per la contrattazione di prevedere in talune occasioni trattamenti più che proporzionali.

Ancora, c'è l'estensione all'infortunio della modulazione del periodo di comparto ad opera della contrattazione.

2.6. Anche sulla trasformazione del rapporto, la nuova disciplina in materia assorbe ben tre disposizioni del d.lgs. n. 61/2000 e cioè gli artt. 5, 12-*bis* e 12-*ter*, adottando di conseguenza una regolamentazione più organica e snella.

È venuta meno, poi, la sanzione *ex art. 8, comma 3, d.lgs. n. 61/2000*, per violazione del diritto di precedenza alla trasformazione da *part time* in *full time*.

Ulteriori novità in materia sono rappresentate dalla trasformazione in *part time*, come alternativa al congedo parentale (*ex art. 8, comma 7, d.lgs. n. 81/2015*), dall'estensione del campo di applicazione degli istituti della trasformazione di diritto (*ex art. 8, comma 3*) e prioritaria (*ex art. 8, comma 4*) del rapporto full time in part time, anche alle «gravi patologie cronic-degenerative ingravescenti», dal diritto di precedenza nella «ritrasformazione» per assunzioni con stesse mansioni o con mansioni di pari livello e categoria legale e non più equivalenti per effetto della modifica dell'art. 2103 c.c. (*ex art. 8, comma 6*).

2.7. Notevolmente semplificato è l'apparato sanzionatorio così sintetizzabile:

a) nel caso di assenza di forma scritta, richiesta *ad probationem actum*, si ritiene sussistente un rapporto *full time* a seguito di provvedimento giudiziario;

b) nel caso di mancata determinazione della durata della prestazione, la sanzione è identica a quella prevista sub a);

c) nel caso di mancata determinazione della collocazione temporale della prestazione, la decisione in merito è affidata al giudice;

d) nel caso di violazione di legge e delle disposizioni del codice civile, in esecuzione delle clausole elastiche, si prevede il risarcimento danno al pari delle ipotesi sub b) e c);

e) nessuna sanzione è prevista nel caso di violazione del diritto precedenza.

2.8. Nessuna novità va segnalata con riferimento alla disciplina dei criteri di computo, previdenziale, e con riferimento al rapporto di lavoro a tempo parziale.

3. La finalità semplificatrice dell'intervento riformatore in relazione anche al lavoro intermittente emerge dalla stessa relazione illustrativa del d.lgs. n. 81/2015 si accompagna a quella di dirimere contrasti interpretativi e giurisprudenziali, recependo gli orientamenti consolidati, "mascherandosi" in qualche modo alcune modifiche della disciplina dell'istituto, che vanno ben al di là della mera semplificazione normativa (*infra*).

In termini generali si evidenzia che diverso è l'approccio alle fonti di disciplina, in quanto per un verso su quella autonoma prevale quella legale, e per altro verso,

mediante la definizione di «contratto collettivo», *ex art. 51, d.lgs. n. 81/2015*, si valorizza il livello decentrato (territoriale o aziendale) a scapito di quello nazionale, con spazi riservati anche all'autonomia individuale (*v. l'art. 15, d.lgs. n. 81/2015*).

In alcuni casi, poi, si rende inderogabile la disciplina legale ad opera dell'autonomia collettiva (*art. 14, comma 3 lett. b), d.lgs. n. 81/2015*) in materia di divieti in caso di licenziamento collettivo e sospensioni.

3.1. Analogamente a quanto già previsto dall'*art. 40, d.lgs. n. 276/2003, l'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 81/2015*, individua le esigenze che legittimano l'utilizzo del lavoro intermittente, ove non vi provveda l'autonomia collettiva, riconoscendo al Ministero del lavoro un ruolo di supplenza (*c.d. potere sostitutivo*) mediante l'adozione di apposito decreto.

Rispetto alla disciplina pregressa, si segnalano alcune differenze e cioè, la mancata prefissione del termine di esercizio del potere sostitutivo, precedentemente individuato nei 5 mesi successivi dall'entrata in vigore del *d.lgs. n. 276/2003*, e la mancata previsione della procedura che precedeva l'esercizio del predetto potere sostitutivo.

Ulteriore novità riguarda il livello di contrattazione competente e soprattutto i soggetti sindacali legittimati, visto che la vecchia disposizione rinvia ai «contratti collettivi» stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, mentre la nuova, mediante il rinvio all'*art. 51, d.lgs. n. 81/2015*, legittima tutti i livelli di contrattazione, ivi compresi i contratti stipulati da RSA e RSU.

3.2. Come già accennato, alcuni profili di regolazione dell'istituto sono rimasti immutati rispetto alla disciplina antecedente la riforma del 2015. Si fa riferimento alla platea dei destinatari *a latere praestatoris* per l'utilizzo dell'istituto sganciato dalle esigenze (*c.d. ipotesi a-causali*), ai sensi dell'*art. 13, comma 2, d.lgs. n. 81/2015*; all'utilizzabilità del lavoro intermittente anche a termine (*ex art. 13, comma 1, d.lgs. n. 81/2015*); all'esclusione del limite dei 400 giorni nei tre anni solari per i settori del turismo, pubblici esercizi e spettacolo (*ex art. 13, comma 3, d.lgs. n. 81/2015*); alla conferma della trasformazione in caso di superamento del predetto limite (*ex art. 13, comma 3, d.lgs. n. 81/2015*); alla totale assenza di trattamento economico e normativo nei periodi di non utilizzo, salva l'indennità di disponibilità, ove ci sia obbligo di risposta alla chiamata (*ex art. 13, comma 4, d.lgs. n. 81/2015*); all'inapplicabilità dell'istituto alle P.A. (*ex art. 13, comma 5, d.lgs. n. 81/2015*).

3.3. La seconda novità attiene al divieto di utilizzo del lavoratore intermittente per la mancata valutazione dei rischi, ai sensi dell'*art. 14, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 81/2015*, esteso a tutti i datori di lavoro (e non più alle sole imprese) ed eliminando il vetusto rinvio al *d.lgs. n. 626/1994*, con rinvio alla normativa di tutela della salute e

della sicurezza dei lavoratori. Vengono, viceversa, confermati gli altri due divieti relativi alla sostituzione dei lavoratori scioperanti, *sub* lett. a) e quello dei lavoratori licenziati o sospesi *sub* lett. b), sebbene per quest'ultima ipotesi sia disposta la soppressione della possibilità di deroga prima accordata «agli accordi sindacali», con la conseguenza che ora il divieto è inderogabile.

3.4. La riforma del 2015 conferma la vecchia disciplina quanto al contenuto del contratto di lavoro intermittente, ma con la rilevante novità dell'eliminazione dell'obbligo per le parti di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi ove previste (art. 35, comma 2, d.lgs. n. 276/2003).

Con riferimento al significato ed agli effetti di tale novità, *prima facie* potrebbe sostenersi che il legislatore abbia fatto arretrare la competenza dell'autonomia collettiva a vantaggio di quella individuale, ma l'analisi incrociata della norma in esame sui contenuti del contratto con quelle che disciplinano i singoli profili può condurre ad una conclusione diversa, specie esaminando, rispettivamente i profili attinenti: a) alla durata e alle ipotesi oggettive o soggettive [art. 15, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 81/2015]; al luogo, alla modalità della disponibilità, al preavviso di chiamata, con durata minima di un giorno lavorativo, senza alcun contributo dell'autonomia collettiva [art. 15, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 81/2015]; al trattamento economico e normativo, compresa l'indennità di disponibilità [art. 15, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 81/2015]; alle forme e modalità di richiesta della prestazione e di rilevazione della prestazione [art. 15, comma 1, lett. d) d.lgs. n. 81/2015]; ai tempi e alle modalità di pagamento della retribuzione e dell'indennità di disponibilità [art. 15, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 81/2015], con implicito rinvio al contratto collettivo e al codice civile; alle misure di sicurezza coerenti con l'attività dedotta in contratto [art. 15, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 81/2015], implicitamente rinviando alla legislazione in materia.

Conclusivamente se arretramento della contrattazione collettiva c'è stato, esso è a favore della legge, visto che la gran parte dei profili esaminati sono disciplinati da fonte eteronoma primaria.

3.5. L'obbligo di informativa dell'andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente, già previsto dal d.lgs. n. 276/2003 nei confronti delle RSA, con la riforma del 2015 viene esteso alle RSU.

Si tratta a ben guardare della esplicitazione di un obbligo già deducibile dalla vecchia disposizione, visto che le prerogative previste in capo alle RSA operano anche verso le RSU e viceversa.

Quanto, poi, agli obblighi di comunicazione verso la DTL, ex art. 15, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, si segnala la conferma della vecchia disciplina, con l'unica novità dell'esclusione della comunicazione via fax, in ottemperanza alle disposizioni che fanno divieto alle p.a. di uso del fax, prevedendosi, invece, solo il ricorso a sms e a posta elettronica.

Si conferma, altresì, la possibilità per il Ministro del lavoro, di concerto con quello per la semplificazione e la pubblica amministrazione di individuare con decreto ministeriale modalità applicative in funzione dello sviluppo delle tecnologie, elidendo il riferimento alla natura non regolamentare del decreto, previsto nell'abrogata disciplina.

3.6. Sull'indennità di disponibilità, già disciplinata dall'art. 36, d.lgs. n. 276/2003, si registrano alcune novità. In primo luogo, permane il rinvio ai «contratti collettivi» per la determinazione della sua misura, sebbene ora si debba tener conto della definizione datane dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015. Per quanto riguarda il decreto ministeriale che fissa la misura minima della stessa, il Ministero del lavoro, già durante la vigenza della disciplina dell'istituto introdotta dal d.lgs. n. 276/2003, aveva l'obbligo di sentire i soggetti sindacali rappresentativi, ivi qualificati come «associazioni» dei datori e dei prestatori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, ed ora diversamente denominati come «associazioni sindacali» comparativamente più rappresentative a livello nazionale, senza alcuna indicazione della loro riferibilità a datori di lavoro o lavoratori. Orbene, nel d.lgs. n. 81/2015, quando si utilizza tale espressione si vuole fare riferimento solo alle associazioni dei lavoratori (v. artt. 36 sulla somministrazione e 46 sull'apprendistato). Ed infatti, nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo si evidenzia questa anomalia oltre a quella della mancata prefissione del termine per l'adozione del decreto ministeriale (ma ciò valeva anche per la vecchia disposizione dell'art. 36).

Nessuna novità si rinviene in ordine alla mancata incidenza dell'indennità su ogni istituto legale o contrattuale (v. l'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) e sulla deroga al minimale contributivo (art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81/2015) salva l'inversione delle due norme.

Ancora, nessuna novità si registra sul differenziale contributivo rispetto alla retribuzione convenzionale (art. 16, comma 6, d.lgs. n. 81/2015).

Analogamente si può dire per gli eventi sospensivi; piuttosto, è scomparsa la norma del d.lgs. n. 276/2003, che circoscriveva l'applicabilità dell'intero art. 36, d.lgs. n. 276/2003, ai lavoratori che si erano obbligati a rispondere alla chiamata (mera semplificazione non anche generalizzazione della norma visto che l'indennità di disponibilità presuppone l'obbligo di rispondere alla chiamata).

Infine, giova soffermarsi sulla risarcibilità o meno del danno nel caso di rifiuto di risposta alla chiamata. Infatti, l'art. 16, d.lgs. n. 81/2015, che disciplina l'indennità di disponibilità, conferma, in caso di ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata, la possibilità di licenziare il lavoratore e la restituzione della quota di indennità di disponibilità per il periodo successivo al rifiuto, eliminando, però, la previsione di «un congruo risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi, o, in mancanza, dal contratto di lavoro» (cfr. l'art. 36, comma 6, d.lgs. n. 276/2003). A questo punto è opportuno chiedersi se l'eliminazione della previsione in questione

implichi l'eliminazione del rinvio alla contrattazione collettiva, fermo restando l'obbligo del risarcimento secondo i principi generali civilistici oppure escluderlo in radice.

La doppia sanzione prevista (licenziamento e restituzione della quota di indennità di disponibilità) fa propendere per quest'ultima ipotesi.

3.7. La riforma Renzi conferma il principio di parità di trattamento, con alcune novità rispetto a quanto già previsto dall'art. 38, d.lgs. n. 276/2003.

In primo luogo, viene eliminato il rinvio ai divieti di discriminazione diretta e indiretta previsti dalla legislazione vigente (semplificazione); è confermato il rinvio al lavoratore di pari livello, ma eliminato quello «a parità di mansioni svolte» in coerenza con le modifiche dell'art. 2103 c.c.; mentre per il trattamento connesso alle sospensioni *ex art.* 2110 c.c., l'indicazione degli eventi è più scarna (malattia, infortunio, congedo per maternità e parentale).

3.8. Infine, un cenno va fatto alla conferma del computo dei lavoratori intermittenti «in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre», ma con la novità che detto sistema di computo rileva non solo per l'applicazione di normative di legge ma anche contrattuali per le quali sia rilevante l'organico aziendale.

4. Quanto emerge dall'analisi comparata tra la vecchia e la nuova disciplina consente di apprezzare la semplificazione normativa in materia realizzata con il d.lgs. n. 81/2015 in aderenza all'obiettivo perseguito con la legge delega, pur se non mancano rilevanti novità soprattutto nel rapporto tra le fonti eteronoma ed autonoma e tra le stesse e l'autonomia individuale.

Angelica Riccardi

I RAPPORTI DI IMPIEGO NON PRIVATIZZATI
TRA RAPPRESENTAZIONE GIURIDICA FORMALE E DATO REALE

Relazione presentata al convegno *La specificità della Polizia di Stato nell'ambito del pubblico impiego. Complessità del sistema e linee di governance* tenutosi a Taranto il 24 aprile 2015

Il lavoro della Polizia di Stato, insieme al lavoro di poche altre categorie di impiegati, non è stato in alcun modo toccato dai mutamenti epocali che hanno interessato i dipendenti di tutte le altre pubbliche amministrazioni negli ultimi anni.

La Polizia di Stato è stata infatti esclusa dalla contrattualizzazione dei rapporti di lavoro pubblico iniziata nel '93, dalla devoluzione a tecniche di diritto privato di parte dell'organizzazione degli uffici realizzata nel '98, dai processi di aziendalizzazione delle amministrazioni che sono stati introdotti dalla c.d. riforma Brunetta nel 2009.

Sul piano della rappresentazione giuridica formale, dunque, la Polizia non ha nulla a che vedere con il resto del lavoro pubblico, non si ha specificità (per riprendere il titolo del convegno), ma separazione.

Parlare di rappresentazione giuridica formale serve qui a spiegare la cesura tra il modo in cui il diritto regola una certa materia e l'effettività dei rapporti reali, e nella specie tra la disciplina di queste relazioni lavorative attraverso fonti autoritative di diritto di pubblico e l'esistenza di processi negoziali.

E serve anche a dire qualcosa sul reale significato della specificità della Polizia nell'ambito del complessivo sistema dei rapporti alle dipendenze di amministrazioni.

Paradossalmente, tutto il pubblico impiego come istituto giuridico nasce da voi: il concetto di pubblico impiego come qualcosa di diverso dal lavoro privato ha origine dalla carriera delle armi, l'ordinamento delle organizzazioni della difesa ha rappresentato il modello su cui dalla fine dell'800 è stato costruito il sistema di regolazione di ogni prestazione di lavoro pubblico.

Questo modellamento del lavoro di tutti i dipendenti pubblici su quello degli appartenenti alle forze dell'ordine è avvenuto sul presupposto ideologico che ogni impiegato pubblico, dal commesso del ministero all'insegnante della scuola, svolgesse un'attività finalizzata a interessi superiori.

Fino al 1993 – nella sostanza e al di là delle specificità dei vari settori – ogni rapporto di impiego era gestito secondo le logiche del potere pubblico nate per

regolare il vostro lavoro: l'unilateralità dei provvedimenti di gestione dei rapporti, l'autoritatività e imperatività nelle relazioni amministrazione/dipendente, la situazione di speciale subordinazione del prestatore rispetto all'ente, erano dovuti al presupposto che qualunque attività di lavoro alle dipendenze di un'amministrazione fosse strumentale, funzionale, al perseguimento di un pubblico interesse.

E in questo postulato c'erano già i germi della successiva separazione di tutti i lavoratori pubblici dai voi.

Quando con la riforma del '93 (D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29) si è preso atto che l'interesse che porta l'amministrazione nella gestione del lavoro prestato dai propri impiegati non è un interesse diverso da quello di ogni datore di lavoro, che è cioè un semplice interesse di tipo organizzatorio, e, quindi, per regolare lo scambio tra lavoro e retribuzione non si ha necessità di usare schemi speciali ma è sufficiente il diritto che si applica ordinariamente, alcune particolari categorie di dipendenti pubblici (personale militare e delle forze di polizia, magistrati, diplomatici, professori universitari) sono state escluse da questa riforma.

Per queste categorie si è deciso che nulla dovesse cambiare rispetto al passato – quindi gestione attraverso atti amministrativi, secondo paradigmi autoritativi, in base alle logiche del pubblico potere – sul presupposto ideologico che l'amministrazione porta in questi rapporti un interesse superiore, non assimilabile a quello di un comune datore di lavoro.

Sulle ragioni dell'esclusione per quanto riguarda la Polizia di Stato, che pure già con la Legge 1 aprile 1981, n. 121 (*Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*) era stata in precedenza smilitarizzata, con il riconoscimento peraltro di una serie di diritti sindacali e della possibilità di stipulare accordi sindacali, non serve in questa sede soffermarsi. E nemmeno sulle ragioni per cui altre categorie appartenenti alla medesima area (quali la dirigenza della Polizia penitenziaria) sono state nel corso del tempo escluse o incluse nella riforma.

Quello su cui voglio invece soffermarmi è che per la Polizia di Stato – come del resto per le forze dell'ordine che sono rimaste ad ordinamento militare –, sebbene sia negata dal diritto, c'è una contrattazione.

Questo dato non è di poco conto: per i professori universitari, che ugualmente non sono privatizzati, una contrattazione, pure particolare come quella che si ha nel vostro comparto, non si ha.

Un rapporto di lavoro come il vostro, che è nella massima misura considerato emblematico della irriducibilità a un comune scambio tra lavoro e retribuzione, per il quale l'autoritatività e l'imperatività si ritiene coesistente, assoggettato a un sistema di subordinazione gerarchica e di disciplina estrema, è un rapporto nel quale, come stabiliscono gli artt. 43 e 95 della L. n. 121/1981, «il trattamento economico, l'orario di lavoro, le ferie, i permessi, i congedi, le aspettative, i trattamenti economici di lavoro straordinario, di missione e di trasferimento, i criteri di massima per la formazione e l'aggiornamento professionale» sono oggetto di accordi sindacali.

Ancora una volta, paradossalmente, la vostra regolazione dei rapporti di lavoro ha preceduto quella degli altri dipendenti pubblici: solo con la Legge quadro sul pubblico impiego 29 marzo 1983, n. 93, cioè due anni dopo la Legge n. 121, si è previsto in via generale per tutte le amministrazioni (in precedenza si erano registrate solo esperienze settoriali) un sistema di accordi sindacali per disciplinare alcune materie di più immediata rilevanza per i lavoratori.

Si parla di “accordi sindacali”, non di contratti collettivi, e qui si ha la negazione dall’ordinamento giuridico formale dell’esistenza di processi di contrattazione tra ente e lavoratori. La vostra negoziazione si chiama accordo e non contratto perché un contratto non può esistere sul piano giuridico: la relazione tra amministrazione e dipendente, per la pre postulazione dell’esistenza di un interesse pubblico superiore, non può essere regolata da un contratto, né individuale né collettivo, perché un interesse superiore non è contrattabile, ma deve essere disciplinato attraverso fonti unilaterali, di diritto pubblico, che appunto sono le tecniche regolative che intervengono quando c’è un soggetto in posizione di preminenza e uno in posizione di soggezione.

Potremmo dire che questa negazione della possibilità di contratti è anche ideologica: il contratto è lo strumento di mediazione tra interessi in conflitto posti sullo stesso piano assiologico, implica la parità dei soggetti, il che non è ritenuto ammissibile in rapporti come il vostro.

Come si risolve questa contraddizione? Si risolve, come è stato detto, con un contratto che “si suicida” e rinasce come D.P.R.: gli accordi delle parti costituiscono solo una base per la disciplina delle materie per cui sono previsti, disciplina che, comunque, resta formalmente affidata ai decreti che recepiscono questi accordi.

Avete così la Legge n. 121/1981, che prevede che alcune materie sono oggetto di accordi sindacali, e il Decreto Legislativo 12 maggio 1995, n. 195, che stabilisce le procedure attraverso cui tale negoziazione avviene.

In breve, sia per le Forze di polizia ad ordinamento civile, sia per Forze di polizia ad ordinamento militare e le Forze armate (in relazione alle quali si parla di “concertazione” e non di accordi, con un ulteriore décalage del modello relazionale), le procedure di negoziazione tra ente e organizzazioni dei lavoratori si concludono con l’emanazione di decreti che le recepiscono.

In questo modo si dà ingresso alla contrattazione collettiva in questo ambito, ma solo dalla “porta di servizio”, in quanto l’accordo viene degradato a una semplice fase negoziale di un procedimento pubblicistico.

Questa situazione comune a tutte le amministrazioni negli anni ‘80 rimane poi quella definitiva per voi nel ‘90, quando con la riforma del pubblico impiego quasi tutti i rapporti alle dipendenze di enti pubblici sono riportati al diritto comune.

Con questa riforma non è più necessario il recepimento dell’accordo sindacale in un D.P.R., ma il contratto collettivo vale di per sé, dato che si riconosce che

l'amministrazione porta un semplice interesse di tipo organizzatorio e, quindi, contrattabile.

Un D.P.R. non è più necessario per gli altri pubblici dipendenti, ma per voi, che siete stati esclusi dalla privatizzazione, lo è ancora.

Lascio alla vostra valutazione quanto sia stata necessaria questa esclusione totale tenendo presente la distinzione da cui siamo partiti tra rappresentazione giuridica formale e dato reale. Dato reale che banalmente può riassumersi nel fatto che anche nel vostro rapporto si ha uno scambio tra lavoro e retribuzione, che c'è un interesse comune dei lavoratori alla regolazione di questo scambio, che voi della Polizia comunque contrattate (e da molto prima della riforma), anche se poi questo contratto viene "rivestito" da un D.P.R.

In ogni caso, si è avuta l'esclusione delle forze di polizia da questa rivoluzione, in nome della sua specificità (id est per la sussistenza di interessi superiori), e tale esclusione ha avuto conseguenze molto diverse nei primi periodi della riforma e in quelli successivi.

Vedremo ora quanto ha guadagnato e quanto ha perso la Polizia di Stato sul piano della gestione del personale, e in particolare quanto ha guadagnato e ha perso la sua organizzazione sindacale, in conseguenza di tale esclusione dai processi di riforma che hanno investito l'impiego pubblico in genere.

Nei primi anni il bilancio è stato in netta perdita: mentre per la Polizia l'area in cui possono intervenire accordi sindacali è segnata tassativamente dalla legge, in quanto può aversi un accordo solo per le materie indicate dalla L. n. 195/1995, per le altre amministrazioni pubbliche si è avuta la generale previsione dello svolgimento della contrattazione collettiva «su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali» (art. 45, D.Lgs. n. 29/1993).

Nella prassi si è registrato, per la genericità della norma e la rimessione al diritto comune dell'area contrattualizzata, uno straripamento – prima a livello nazionale, poi ancora di più a livello decentrato – della regolazione negoziale dell'organizzazione degli enti.

Il sistema nella sua applicazione pratica ha conosciuto una deriva pancontrattualista, con una vera e propria invasione dai contratti collettivi non solo dell'area privatizzata, ma anche in alcuni casi di quella che era rimasta riservata a fonti pubblicistiche (quali dotazioni organiche, linee fondamentali di organizzazione degli uffici) e in cui tale intervento non era ammissibile.

Questa "tracimazione" è stata particolarmente pesante nella contrattazione integrativa, che ha travolto, oltre che i limiti posti dalla legislazione, quelli posti dalla stessa contrattazione di livello superiore alla quale avrebbe dovuto essere subordinata, soprattutto trasformando in contrattazione procedure che avrebbero dovuto essere di concertazione, consultazione o, semplicemente, di informazione (di tali accordi, nulli in virtù della legge, non si è mai eccepita l'invalidità, per l'acquiescente conservazione degli equilibri relazionali raggiunti in sede decentrata).

È un rilievo comune la perdita sul piano sia del controllo della spesa, sia della salvaguardia dei poteri dirigenziali, che è stata determinata dalla forza della pressione sindacale, unita all'acquiescenza degli stessi vertici politici e istituzionali.

Da queste dinamiche è stato escluso il Comparto sicurezza e difesa, per il diverso assetto normativo relativo, con una conseguente pesante penalizzazione sul versante dell'autonoma determinazione della disciplina delle condizioni di lavoro.

Nell'ultima fase della riforma probabilmente le conclusioni sono diverse. Stiamo parlando della riforma Brunetta del 2009 (Legge 4 marzo 2009, n. 15, e Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150), che ha determinato una vera e propria spoliatura delle prerogative delle parti sociali nella regolazione dei rapporti di lavoro.

Una prima limitazione degli spazi demandati alla contrattazione collettiva è determinata, in via mediata, dalla rilegificazione di vari profili del rapporto d'impiego.

È il caso, in primo luogo, del Titolo II del D.Lgs. n. 150/2009 (*Misurazione, valutazione e trasparenza della performance*), che stabilisce un articolato sistema di valutazione delle amministrazioni tanto a livello di strutture quanto a livello di prestazioni del personale, e del Titolo III (*Merito e premi*), che – nell'introdurre «strumenti di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa» – regola con legge una serie di importanti aspetti del rapporto di lavoro dei dipendenti, tra cui il sistema premiale, le progressioni economiche e di carriera, l'attribuzione di incarichi e responsabilità, l'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale.

Direttamente limitata è anche l'area devoluta alla contrattazione collettiva a seguito di questa legislazione.

Si prevede ora che «La contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali. [...] Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge» (art. 40, D.Lgs. n. 165/2001).

Il confronto con l'area attribuita alla regolazione degli accordi per la Polizia di Stato è immediato. Per rimanere solo all'ambito del trattamento retributivo, l'art. 3 della L. n. 195/1995 riserva alla disciplina attraverso accordi il trattamento economico fondamentale ed accessorio; le misure per incentivare l'efficienza del servizio; il trattamento economico di missione, di trasferimento e di lavoro straordinario.

Gli spazi di manovra che avete nei vostri accordi, sia pure mascherati da D.P.R., sono chiaramente più ampi. E, soprattutto, nessuno decide aprioristicamente “chi deve avere che cosa”.

Oltre che questa comparazione “secca” bisogna considerare una serie di norme introdotte dalla riforma del 2009 con cui la contrattazione collettiva viene, di fatto, esautorata da determinazioni unilaterali.

Quanto al livello nazionale, si prevede la provvisoria erogazione degli «incrementi previsti per il trattamento stipendiale» decorso un breve termine dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria che dispone in materia di rinnovi dei contratti collettivi per il periodo di riferimento, e si stabilisce inoltre che, in mancanza di tale erogazione provvisoria, a partire da un certo termine viene riconosciuta ai dipendenti «un’anticipazione dei benefici complessivi che saranno attribuiti all’atto del rinnovo contrattuale» (art. 47 bis, D.Lgs. n. 165/2001).

Queste norme determinano una grave alterazione degli equilibri contrattuali e, a monte, falsano il posizionamento strategico nelle trattative delle parti negoziali, anche in considerazione della brevità dei termini previsti per l’accordo.

In tal modo, inoltre, viene decisamente depotenziata la capacità conflittuale del sindacato, atteso che questi meccanismi di concessione provvisoria svuotano nella sostanza la possibilità dell’organizzazione di continuare ad aggregare e mobilitare i rappresentati intorno alla propria piattaforma rivendicativa.

La compromissione dell’intero sistema di relazioni sindacali, che già con queste previsioni viene alterato in tutte le sue articolazioni, per le ovvie ricadute sui livelli decentrati di contrattazione, viene aggravata dalle specifiche disposizioni relative a questi ultimi.

La nuova normativa, dopo aver previsto la definizione dal livello nazionale del termine delle sessioni negoziali in sede decentrata, stabilisce che «Alla scadenza del termine le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione» e che, in caso di mancato raggiungimento dell’accordo, si ha la possibilità dell’ente di «provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione» (art. 40, co. 3 bis e 4, D.Lgs. n. 165/2001).

Queste previsioni relative al livello decentrato hanno l’effetto di falsare ancora una volta la normale dinamica negoziale, consentendo al dirigente di bloccare la trattativa fino a quando la controparte è obbligata ad accettare la sua piattaforma contrattuale.

Di estrema evidenza è lo spostamento degli equilibri della contrattazione a favore del versante datoriale, al punto quasi di una rimessione alla sua “discrezionalità”.

Nel vostro comparto meccanismi di questo genere non sono ammissibili, perché i vostri accordi, anche se poi recepiti in atti pubblicistici, hanno una competenza esclusiva nella regolazione delle materie previste.

E qui la mia conclusione, che è una conclusione con un punto interrogativo: può sostenersi che per la Polizia di Stato – che sul piano formale è esclusa dalla privatizzazione e che non stipula contratti collettivi ma solo accordi recepiti in D.P.R. – si ha di fatto una contrattazione più “vera” di quella che si ha per gli altri pubblici dipendenti, cioè una contrattazione non indebolita da tutti questi meccanismi e,

soprattutto, dato che le materie stabilite dalla L. n. 121/1981 e dal D.Lgs. n. 195/1995 sono riservate, una contrattazione non espropriabile da leggi e atti unilaterali?

Il presente volume è stato chiuso per la pubblicazione in data 31 dicembre 2015 dall'editore *Dipartimento Jonico in Sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture* dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro e messo in linea sul sito www.annalidipartimentojonico.org ed è composto di 456 pagine.

Domenico Garofalo

PRIME RIFLESSIONI SUL LAVORO A TEMPO PARZIALE E
INTERMITTENTE NEL JOBS ACT 2

Relazione tenuta al convegno sul tema “Decreti attuativi Jobs Act (decreti legislativi nn. 80 e 81/2015)” organizzato dal Centro Studi “Domenico Napoletano” – sezione di Taranto e svoltosi a Taranto il 10 luglio 2015.

1. Giova innanzi tutto precisare la portata della riforma, ormai nota come *Jobs Act 2*, riconducendosi il *Jobs Act 1* al d.l. n. 34/2014.

Dietro l’etichetta di *Jobs Act 2* si cela la legge n. 183/2014, che conferisce al Governo una serie di deleghe per realizzare la riforma del lavoro.

I primi due decreti attuativi sono stati adottati il 4 marzo 2015, con i nn. 22 e 23, rispettivamente sulla riforma degli ammortizzatori sociali e sul contratto a tutele crescenti.

Di seguito, in data 24 giugno 2015, è stato pubblicato il decreto 15 giugno 2015 n. 81, previsto dall’art. 1, legge n. 183/2014, comma 7, alinea e lettere a) b) d) e) h) ed i), recante il testo organico delle tipologie contrattuali e revisione della disciplina delle mansioni.

Si tratta di una sorta di Testo Unico, in quanto racchiude la disciplina dei seguenti istituti:

- part time (artt. 4 - 12)
- intermittente (artt. 13 - 18)
- contratto a tempo determinato (artt. 19 - 29)
- somministrazione (artt. 30 - 40)
- apprendistato (artt. 41 - 47)
- lavoro accessorio (artt. 48 - 50)
- Co.Co.Co./partite IVA/associazione in partecipazione (artt. 1 - 2, 52 - 54)

Inoltre è prevista la modifica dell’art. 2103 c.c. (art. 3).

Il riordino prevede l’abrogazione di tutta la disciplina oggi vigente per ciascuna tipologia richiamata, salvo qualche isolata eccezione (art. 55).

Va detto che il riordino recepisce buona parte della vecchia disciplina riversata nella nuova, ma con varie modifiche (dove l’improprio utilizzo del riferimento al T.U.)

2. Gli artt. 4-12, d.lgs. n. 81/2015, come anticipato, sostituiscono integralmente il d.lgs. n. 61/2000, espressamente abrogato dall'art. 55, comma 1, lett. a).

In primo luogo si segnala la portata semplificatrice dell'intervento di riforma, che si può evincere anche dal minor numero di disposizioni (solo nove), dedicate all'istituto rispetto alle precedenti (quattordici), contenute nel d.lgs. n. 61/2000, interamente abrogato.

La nuova disciplina del part time è entrata immediatamente in vigore (25 giugno 2015), non operando la norma transitoria *sub* art. 55, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, in quanto nella disciplina del part time non è prevista l'emanazione di alcun decreto attuativo.

Tale dato di fatto non elide, però, il problema del periodo transitorio, con riferimento ai contratti di lavoro stipulati e tuttora in corso ante riforma e alle regolamentazioni in materia contenute nei CCNL vigenti.

Con riferimento all'ultrattività della vecchia disciplina, si è di parere negativo, nel senso che il principio "*tempus regist actum*" opera solo quando la disciplina di un istituto è individuata per intero al momento della instaurazione del rapporto (es. apprendistato). Nel caso del *part time* ci sono situazioni che vengono ad esistenza in un momento successivo all'instaurazione del rapporto (esempio diritto di precedenza) e soggiacciono alla disciplina vigente nel momento in cui vengono ad esistenza.

A sua volta il rinvio da parte della disciplina del 2000 alla contrattazione collettiva per alcuni profili dell'istituto (ad esempio per le clausole flessibili od elastiche *ex* art. 3, comma 7) è venuto meno nella nuova disciplina.

A questo punto se per i contratti part time stipulati dopo il 24 giugno 2015, pur nella perdurante vigenza dei CCNL, è pacifico che quella disciplina contrattuale non sia applicabile, corre l'obbligo di chiedersi cosa accada per quelli in essere al 24 giugno 2015. Per essi sarà applicabile solo quella parte di disciplina autonoma compatibile con quella nuova eteronoma.

Fatta tale premessa, si procede all'analisi della novità in materia di part time, seguendo il nuovo articolato comparandolo con quello del 2000.

2.1. A prescindere dalla modifica della rubrica della norma [da "Definizioni" *ex* art. 1, d.lgs. n. 61/2000, a "Definizione" *ex* art. 4, d.lgs. n. 81/2015], la stessa, a ben guardare, non reca alcuna definizione dell'istituto, anzi ha "perso" tutte quelle contenute nell'art. 1, comma 2, lettera a) – e), tranne quella relativa al lavoro supplementare, contenuta nel successivo art. 6, comma 1. Detta soppressione potrebbe porre un problema di conformità all'Accordo Quadro recepito nella Dir. 97/81/CE.

2.2. Non è stato riproposto il contenuto dell'art. 1, comma 3, che conferiva facoltà alla contrattazione collettiva di ogni livello di determinare condizioni e

modalità della prestazione lavorativa, anche particolari per specifiche figure professionali.

Tal soppressione della competenza dell'autonomia collettiva può spingere in due diverse direzioni, e cioè verso la legge oppure verso l'autonomia individuale.

Se si esclude che tra le condizioni e modalità rientrino le clausole elastiche, per le quali v'è una norma *ad hoc* (art. 6, d.lgs. n. 81/2015), allora la risposta va nella seconda direzione, e cioè la nuova disciplina verso l'autonomia individuale.

2.3. A margine della forma e dei contenuti del contratto di lavoro a tempo parziale vanno segnalate varie e rilevanti novità.

In primis, pur confermandosi la forma scritta *ad probationem*, viene esclusa la possibilità, qualora la scrittura risulti mancante, della prova per testimoni nei limiti di cui all'art. 2725 c.c. (smarrimento del documento *ex art.* 2724 n. 3 c.c.) prevista dall'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 61/2000.

In secondo luogo, viene escluso l'obbligo di informare le RSA, ove esistenti, con cadenza annuale, sull'andamento delle assunzioni *part time*, la relativa tipologia e il ricorso al lavoro supplementare (*ex art.* 2, comma 1, d.lgs. n. 61/2000).

Ancora, l'indicazione della durata della prestazione e della sua collocazione temporale diventa appannaggio del solo contratto individuale, venuto meno il rinvio alla contrattazione collettiva già contenuto nell'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000.

Infine, il lavoro a turni è compatibile con il *part time*, nel senso che è possibile il rinvio a turni programmati articolati su fasce orarie prestabilite.

2.4. Con riferimento al lavoro supplementare e straordinario ed alle clausole elastiche, giova premettere che nella vecchia disciplina (art. 3) si operava una distinzione tra *part time* orizzontale, verticale e misto.

Nel primo caso si consentiva l'espansione dell'orario a concorrenza di quello pieno contrattuale [lavoro supplementare], nei limiti e per le causali previste dai contratti collettivi, previo consenso del lavoratore in assenza di disciplina collettiva, con una percentuale di maggiorazione, anch'essa rimessa alla contrattazione collettiva. Inoltre, le parti potevano concordare anche clausole flessibili, e cioè una variazione della collocazione temporale della prestazione.

Nel secondo caso si consentiva il lavoro straordinario e l'apposizione delle clausole elastiche, e cioè di una variazione in aumento della durata della prestazione.

Entrambe le clausole erano regolate dalla contrattazione collettiva (art. 3, comma 7) e dovevano prevedere un preavviso in favore del lavoratore di almeno 2 giorni, con una specifica compensazione disciplinata dall'autonomia collettiva.

Per entrambe le clausole era richiesto il consenso scritto del lavoratore, revocabile per lavoratori affetti da patologie oncologiche e studenti lavoratori.

Infine, era previsto l'obbligo dei centri per l'impiego di dare informativa ai lavoratori di tale disciplina ove interessati ad offerte a tempo parziale.

Come si vede una disciplina abbastanza articolata con un ruolo rilevante affidato alla contrattazione collettiva.

La nuova disciplina è notevolmente semplificata prevedendosi un doppio canale di accesso alle clausole elastiche.

Partendo dal lavoro supplementare, si segnala la possibilità di accesso tramite contratto collettivo, *ex art. 6, comma 1*, e tramite iniziativa del datore in assenza di contratto collettivo.

La disciplina pone alcuni limiti e cioè, la possibilità di svolgere il lavoro supplementare in misura non superiore al 25 per cento delle ore di lavoro settimanali concordate; il rifiuto da parte del lavoratore condizionato alla sussistenza di comprovate ragioni di lavoro, di salute, familiari e di formazione professionale; ed infine una maggiorazione retributiva del 15%, comprensiva dell'incidenza su istituti indiretti o differiti. Infine, è ammesso il lavoro straordinario.

Per quanto riguarda le clausole elastiche (che ora ricomprendono variazioni sia della collocazione sia della durata del lavoro), si prevede sia l'accesso tramite contratto collettivo (*art. 6, comma 4*) con preavviso di due giorni e specifiche compensazioni, sia tramite l'iniziativa del datore in assenza di contratto collettivo.

Con riferimento ai limiti, si prevede la stipula davanti alla Commissione di certificazione con l'assistenza anche di un avvocato o di un consulente del lavoro. Inoltre, a pena di nullità, le clausole elastiche stabiliscono condizioni e modalità con le quali il datore, con preavviso di due giorni lavorativi, può modificare la collocazione temporale della prestazione, con variazione di durata in aumento, nonché la misura massima dell'aumento, che non può eccedere il limite del 25 per cento della normale prestazione annua a tempo parziale. Tali modifiche implicano una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione sugli istituti retributivi indiretti e differiti, non comprendendosi però se ciò valga solo per l'aumento o anche per la variazione.

Il consenso alla clausola elastica è revocabile da parte dei lavoratori affetti da patologie oncologiche, ai sensi dell'*art. 8, commi da 3 a 5, d.lgs. n. 81/2015*, e dai lavoratori studenti, *ex art. 10, comma 1, legge 20 maggio 1970, n. 300*.

Il rifiuto della prestazione del consenso alla clausola elastica non implica giustificato motivo di licenziamento ed è stato eliminato l'obbligo del centro per l'impiego di informare i lavoratori interessati al *part time* della disciplina applicabile all'istituto.

2.5. Con riferimento al divieto di discriminazioni, si segnala il mutamento della rubrica della norma, ma non anche del contenuto della stessa [*art. 4, d.lgs. n. 61/2000 – principio di non discriminazione*] che risulta molto più scarna, enunciandosi il principio della parità di trattamento.

Viene soppressa, inoltre, la facoltà per la contrattazione di prevedere in talune occasioni trattamenti più che proporzionali.

Ancora, c'è l'estensione all'infortunio della modulazione del periodo di comparto ad opera della contrattazione.

2.6. Anche sulla trasformazione del rapporto, la nuova disciplina in materia assorbe ben tre disposizioni del d.lgs. n. 61/2000 e cioè gli artt. 5, 12-*bis* e 12-*ter*, adottando di conseguenza una regolamentazione più organica e snella.

È venuta meno, poi, la sanzione *ex art. 8, comma 3, d.lgs. n. 61/2000*, per violazione del diritto di precedenza alla trasformazione da *part time* in *full time*.

Ulteriori novità in materia sono rappresentate dalla trasformazione in *part time*, come alternativa al congedo parentale (*ex art. 8, comma 7, d.lgs. n. 81/2015*), dall'estensione del campo di applicazione degli istituti della trasformazione di diritto (*ex art. 8, comma 3*) e prioritaria (*ex art. 8, comma 4*) del rapporto full time in part time, anche alle «gravi patologie cronic-degenerative ingravescenti», dal diritto di precedenza nella «ritrasformazione» per assunzioni con stesse mansioni o con mansioni di pari livello e categoria legale e non più equivalenti per effetto della modifica dell'art. 2103 c.c. (*ex art. 8, comma 6*).

2.7. Notevolmente semplificato è l'apparato sanzionatorio così sintetizzabile:

a) nel caso di assenza di forma scritta, richiesta *ad probationem actum*, si ritiene sussistente un rapporto *full time* a seguito di provvedimento giudiziario;

b) nel caso di mancata determinazione della durata della prestazione, la sanzione è identica a quella prevista sub a);

c) nel caso di mancata determinazione della collocazione temporale della prestazione, la decisione in merito è affidata al giudice;

d) nel caso di violazione di legge e delle disposizioni del codice civile, in esecuzione delle clausole elastiche, si prevede il risarcimento danno al pari delle ipotesi sub b) e c);

e) nessuna sanzione è prevista nel caso di violazione del diritto precedenza.

2.8. Nessuna novità va segnalata con riferimento alla disciplina dei criteri di computo, previdenziale, e con riferimento al rapporto di lavoro a tempo parziale.

3. La finalità semplificatrice dell'intervento riformatore in relazione anche al lavoro intermittente emerge dalla stessa relazione illustrativa del d.lgs. n. 81/2015 si accompagna a quella di dirimere contrasti interpretativi e giurisprudenziali, recependo gli orientamenti consolidati, "mascherandosi" in qualche modo alcune modifiche della disciplina dell'istituto, che vanno ben al di là della mera semplificazione normativa (*infra*).

In termini generali si evidenzia che diverso è l'approccio alle fonti di disciplina, in quanto per un verso su quella autonoma prevale quella legale, e per altro verso,

mediante la definizione di «contratto collettivo», *ex art.* 51, d.lgs. n. 81/2015, si valorizza il livello decentrato (territoriale o aziendale) a scapito di quello nazionale, con spazi riservati anche all'autonomia individuale (*v.* l'art. 15, d.lgs. n. 81/2015).

In alcuni casi, poi, si rende inderogabile la disciplina legale ad opera dell'autonomia collettiva (art. 14, comma 3 lett. b), d.lgs. n. 81/2015) in materia di divieti in caso di licenziamento collettivo e sospensioni.

3.1. Analogamente a quanto già previsto dall'art. 40, d.lgs. n. 276/2003, l'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, individua le esigenze che legittimano l'utilizzo del lavoro intermittente, ove non vi provveda l'autonomia collettiva, riconoscendo al Ministero del lavoro un ruolo di supplenza (c.d. potere sostitutivo) mediante l'adozione di apposito decreto.

Rispetto alla disciplina pregressa, si segnalano alcune differenze e cioè, la mancata prefissione del termine di esercizio del potere sostitutivo, precedentemente individuato nei 5 mesi successivi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, e la mancata previsione della procedura che precedeva l'esercizio del predetto potere sostitutivo.

Ulteriore novità riguarda il livello di contrattazione competente e soprattutto i soggetti sindacali legittimati, visto che la vecchia disposizione rinvia ai «contratti collettivi» stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, mentre la nuova, mediante il rinvio all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, legittima tutti i livelli di contrattazione, ivi compresi i contratti stipulati da RSA e RSU.

3.2. Come già accennato, alcuni profili di regolazione dell'istituto sono rimasti immutati rispetto alla disciplina antecedente la riforma del 2015. Si fa riferimento alla platea dei destinatari *a latere praestatoris* per l'utilizzo dell'istituto sganciato dalle esigenze (c.d. ipotesi a-causali), ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 81/2015; all'utilizzabilità del lavoro intermittente anche a termine (*ex art.* 13, comma 1, d.lgs. n. 81/2015); all'esclusione del limite dei 400 giorni nei tre anni solari per i settori del turismo, pubblici esercizi e spettacolo (*ex art.* 13, comma 3, d.lgs. n. 81/2015); alla conferma della trasformazione in caso di superamento del predetto limite (*ex art.* 13, comma 3, d.lgs. n. 81/2015); alla totale assenza di trattamento economico e normativo nei periodi di non utilizzo, salva l'indennità di disponibilità, ove ci sia obbligo di risposta alla chiamata (*ex art.* 13, comma 4, d.lgs. n. 81/2015); all'inapplicabilità dell'istituto alle P.A. (*ex art.* 13, comma 5, d.lgs. n. 81/2015).

3.3. La seconda novità attiene al divieto di utilizzo del lavoratore intermittente per la mancata valutazione dei rischi, ai sensi dell'art. art. 14, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 81/2015, esteso a tutti i datori di lavoro (e non più alle sole imprese) ed eliminando il vetusto rinvio al d.lgs. n. 626/1994, con rinvio alla normativa di tutela della salute e

della sicurezza dei lavoratori. Vengono, viceversa, confermati gli altri due divieti relativi alla sostituzione dei lavoratori scioperanti, *sub* lett. a) e quello dei lavoratori licenziati o sospesi *sub* lett. b), sebbene per quest'ultima ipotesi sia disposta la soppressione della possibilità di deroga prima accordata «agli accordi sindacali», con la conseguenza che ora il divieto è inderogabile.

3.4. La riforma del 2015 conferma la vecchia disciplina quanto al contenuto del contratto di lavoro intermittente, ma con la rilevante novità dell'eliminazione dell'obbligo per le parti di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi ove previste (art. 35, comma 2, d.lgs. n. 276/2003).

Con riferimento al significato ed agli effetti di tale novità, *prima facie* potrebbe sostenersi che il legislatore abbia fatto arretrare la competenza dell'autonomia collettiva a vantaggio di quella individuale, ma l'analisi incrociata della norma in esame sui contenuti del contratto con quelle che disciplinano i singoli profili può condurre ad una conclusione diversa, specie esaminando, rispettivamente i profili attinenti: a) alla durata e alle ipotesi oggettive o soggettive [art. 15, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 81/2015]; al luogo, alla modalità della disponibilità, al preavviso di chiamata, con durata minima di un giorno lavorativo, senza alcun contributo dell'autonomia collettiva [art. 15, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 81/2015]; al trattamento economico e normativo, compresa l'indennità di disponibilità [art. 15, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 81/2015]; alle forme e modalità di richiesta della prestazione e di rilevazione della prestazione [art. 15, comma 1, lett. d) d.lgs. n. 81/2015]; ai tempi e alle modalità di pagamento della retribuzione e dell'indennità disponibilità [art. 15, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 81/2015], con implicito rinvio al contratto collettivo e al codice civile; alle misure di sicurezza coerenti con l'attività dedotta in contratto [art. 15, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 81/2015], implicitamente rinviando alla legislazione in materia.

Conclusivamente se arretramento della contrattazione collettiva c'è stato, esso è a favore della legge, visto che la gran parte dei profili esaminati sono disciplinati da fonte eteronoma primaria.

3.5. L'obbligo di informativa dell'andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente, già previsto dal d.lgs. n. 276/2003 nei confronti delle RSA, con la riforma del 2015 viene esteso alle RSU.

Si tratta a ben guardare della esplicitazione di un obbligo già deducibile dalla vecchia disposizione, visto che le prerogative previste in capo alle RSA operano anche verso le RSU e viceversa.

Quanto, poi, agli obblighi di comunicazione verso la DTL, ex art. 15, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, si segnala la conferma della vecchia disciplina, con l'unica novità dell'esclusione della comunicazione via fax, in ottemperanza alle disposizioni che fanno divieto alle p.a. di uso del fax, prevedendosi, invece, solo il ricorso a sms e a posta elettronica.

Si conferma, altresì, la possibilità per il Ministro del lavoro, di concerto con quello per la semplificazione e la pubblica amministrazione di individuare con decreto ministeriale modalità applicative in funzione dello sviluppo delle tecnologie, elidendo il riferimento alla natura non regolamentare del decreto, previsto nell'abrogata disciplina.

3.6. Sull'indennità di disponibilità, già disciplinata dall'art. 36, d.lgs. n. 276/2003, si registrano alcune novità. In primo luogo, permane il rinvio ai «contratti collettivi» per la determinazione della sua misura, sebbene ora si debba tener conto della definizione datane dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015. Per quanto riguarda il decreto ministeriale che fissa la misura minima della stessa, il Ministero del lavoro, già durante la vigenza della disciplina dell'istituto introdotta dal d.lgs. n. 276/2003, aveva l'obbligo di sentire i soggetti sindacali rappresentativi, ivi qualificati come «associazioni» dei datori e dei prestatori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, ed ora diversamente denominati come «associazioni sindacali» comparativamente più rappresentative a livello nazionale, senza alcuna indicazione della loro riferibilità a datori di lavoro o lavoratori. Orbene, nel d.lgs. n. 81/2015, quando si utilizza tale espressione si vuole fare riferimento solo alle associazioni dei lavoratori (v. artt. 36 sulla somministrazione e 46 sull'apprendistato). Ed infatti, nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo si evidenzia questa anomalia oltre a quella della mancata prefissione del termine per l'adozione del decreto ministeriale (ma ciò valeva anche per la vecchia disposizione dell'art. 36).

Nessuna novità si rinviene in ordine alla mancata incidenza dell'indennità su ogni istituto legale o contrattuale (v. l'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) e sulla deroga al minimale contributivo (art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81/2015) salva l'inversione delle due norme.

Ancora, nessuna novità si registra sul differenziale contributivo rispetto alla retribuzione convenzionale (art. 16, comma 6, d.lgs. n. 81/2015).

Analogamente si può dire per gli eventi sospensivi; piuttosto, è scomparsa la norma del d.lgs. n. 276/2003, che circoscriveva l'applicabilità dell'intero art. 36, d.lgs. n. 276/2003, ai lavoratori che si erano obbligati a rispondere alla chiamata (mera semplificazione non anche generalizzazione della norma visto che l'indennità di disponibilità presuppone l'obbligo di rispondere alla chiamata).

Infine, giova soffermarsi sulla risarcibilità o meno del danno nel caso di rifiuto di risposta alla chiamata. Infatti, l'art. 16, d.lgs. n. 81/2015, che disciplina l'indennità di disponibilità, conferma, in caso di ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata, la possibilità di licenziare il lavoratore e la restituzione della quota di indennità di disponibilità per il periodo successivo al rifiuto, eliminando, però, la previsione di «un congruo risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi, o, in mancanza, dal contratto di lavoro» (cfr. l'art. 36, comma 6, d.lgs. n. 276/2003). A questo punto è opportuno chiedersi se l'eliminazione della previsione in questione

implichi l'eliminazione del rinvio alla contrattazione collettiva, fermo restando l'obbligo del risarcimento secondo i principi generali civilistici oppure escluderlo in radice.

La doppia sanzione prevista (licenziamento e restituzione della quota di indennità di disponibilità) fa propendere per quest'ultima ipotesi.

3.7. La riforma Renzi conferma il principio di parità di trattamento, con alcune novità rispetto a quanto già previsto dall'art. 38, d.lgs. n. 276/2003.

In primo luogo, viene eliminato il rinvio ai divieti di discriminazione diretta e indiretta previsti dalla legislazione vigente (semplificazione); è confermato il rinvio al lavoratore di pari livello, ma eliminato quello «a parità di mansioni svolte» in coerenza con le modifiche dell'art. 2103 c.c.; mentre per il trattamento connesso alle sospensioni *ex art.* 2110 c.c., l'indicazione degli eventi è più scarna (malattia, infortunio, congedo per maternità e parentale).

3.8. Infine, un cenno va fatto alla conferma del computo dei lavoratori intermittenti «in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre», ma con la novità che detto sistema di computo rileva non solo per l'applicazione di normative di legge ma anche contrattuali per le quali sia rilevante l'organico aziendale.

4. Quanto emerge dall'analisi comparata tra la vecchia e la nuova disciplina consente di apprezzare la semplificazione normativa in materia realizzata con il d.lgs. n. 81/2015 in aderenza all'obiettivo perseguito con la legge delega, pur se non mancano rilevanti novità soprattutto nel rapporto tra le fonti eteronoma ed autonoma e tra le stesse e l'autonomia individuale.

Angelica Riccardi

I RAPPORTI DI IMPIEGO NON PRIVATIZZATI
TRA RAPPRESENTAZIONE GIURIDICA FORMALE E DATO REALE

Relazione presentata al convegno *La specificità della Polizia di Stato nell'ambito del pubblico impiego. Complessità del sistema e linee di governance* tenutosi a Taranto il 24 aprile 2015

Il lavoro della Polizia di Stato, insieme al lavoro di poche altre categorie di impiegati, non è stato in alcun modo toccato dai mutamenti epocali che hanno interessato i dipendenti di tutte le altre pubbliche amministrazioni negli ultimi anni.

La Polizia di Stato è stata infatti esclusa dalla contrattualizzazione dei rapporti di lavoro pubblico iniziata nel '93, dalla devoluzione a tecniche di diritto privato di parte dell'organizzazione degli uffici realizzata nel '98, dai processi di aziendalizzazione delle amministrazioni che sono stati introdotti dalla c.d. riforma Brunetta nel 2009.

Sul piano della rappresentazione giuridica formale, dunque, la Polizia non ha nulla a che vedere con il resto del lavoro pubblico, non si ha specificità (per riprendere il titolo del convegno), ma separazione.

Parlare di rappresentazione giuridica formale serve qui a spiegare la cesura tra il modo in cui il diritto regola una certa materia e l'effettività dei rapporti reali, e nella specie tra la disciplina di queste relazioni lavorative attraverso fonti autoritative di diritto di pubblico e l'esistenza di processi negoziali.

E serve anche a dire qualcosa sul reale significato della specificità della Polizia nell'ambito del complessivo sistema dei rapporti alle dipendenze di amministrazioni.

Paradossalmente, tutto il pubblico impiego come istituto giuridico nasce da voi: il concetto di pubblico impiego come qualcosa di diverso dal lavoro privato ha origine dalla carriera delle armi, l'ordinamento delle organizzazioni della difesa ha rappresentato il modello su cui dalla fine dell'800 è stato costruito il sistema di regolazione di ogni prestazione di lavoro pubblico.

Questo modellamento del lavoro di tutti i dipendenti pubblici su quello degli appartenenti alle forze dell'ordine è avvenuto sul presupposto ideologico che ogni impiegato pubblico, dal commesso del ministero all'insegnante della scuola, svolgesse un'attività finalizzata a interessi superiori.

Fino al 1993 – nella sostanza e al di là delle specificità dei vari settori – ogni rapporto di impiego era gestito secondo le logiche del potere pubblico nate per

regolare il vostro lavoro: l'unilateralità dei provvedimenti di gestione dei rapporti, l'autoritatività e imperatività nelle relazioni amministrazione/dipendente, la situazione di speciale subordinazione del prestatore rispetto all'ente, erano dovuti al presupposto che qualunque attività di lavoro alle dipendenze di un'amministrazione fosse strumentale, funzionale, al perseguimento di un pubblico interesse.

E in questo postulato c'erano già i germi della successiva separazione di tutti i lavoratori pubblici dai voi.

Quando con la riforma del '93 (D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29) si è preso atto che l'interesse che porta l'amministrazione nella gestione del lavoro prestato dai propri impiegati non è un interesse diverso da quello di ogni datore di lavoro, che è cioè un semplice interesse di tipo organizzatorio, e, quindi, per regolare lo scambio tra lavoro e retribuzione non si ha necessità di usare schemi speciali ma è sufficiente il diritto che si applica ordinariamente, alcune particolari categorie di dipendenti pubblici (personale militare e delle forze di polizia, magistrati, diplomatici, professori universitari) sono state escluse da questa riforma.

Per queste categorie si è deciso che nulla dovesse cambiare rispetto al passato – quindi gestione attraverso atti amministrativi, secondo paradigmi autoritativi, in base alle logiche del pubblico potere – sul presupposto ideologico che l'amministrazione porta in questi rapporti un interesse superiore, non assimilabile a quello di un comune datore di lavoro.

Sulle ragioni dell'esclusione per quanto riguarda la Polizia di Stato, che pure già con la Legge 1 aprile 1981, n. 121 (*Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*) era stata in precedenza smilitarizzata, con il riconoscimento peraltro di una serie di diritti sindacali e della possibilità di stipulare accordi sindacali, non serve in questa sede soffermarsi. E nemmeno sulle ragioni per cui altre categorie appartenenti alla medesima area (quali la dirigenza della Polizia penitenziaria) sono state nel corso del tempo escluse o incluse nella riforma.

Quello su cui voglio invece soffermarmi è che per la Polizia di Stato – come del resto per le forze dell'ordine che sono rimaste ad ordinamento militare –, sebbene sia negata dal diritto, c'è una contrattazione.

Questo dato non è di poco conto: per i professori universitari, che ugualmente non sono privatizzati, una contrattazione, pure particolare come quella che si ha nel vostro comparto, non si ha.

Un rapporto di lavoro come il vostro, che è nella massima misura considerato emblematico della irriducibilità a un comune scambio tra lavoro e retribuzione, per il quale l'autoritatività e l'imperatività si ritiene coesistente, assoggettato a un sistema di subordinazione gerarchica e di disciplina estrema, è un rapporto nel quale, come stabiliscono gli artt. 43 e 95 della L. n. 121/1981, «il trattamento economico, l'orario di lavoro, le ferie, i permessi, i congedi, le aspettative, i trattamenti economici di lavoro straordinario, di missione e di trasferimento, i criteri di massima per la formazione e l'aggiornamento professionale» sono oggetto di accordi sindacali.

Ancora una volta, paradossalmente, la vostra regolazione dei rapporti di lavoro ha preceduto quella degli altri dipendenti pubblici: solo con la Legge quadro sul pubblico impiego 29 marzo 1983, n. 93, cioè due anni dopo la Legge n. 121, si è previsto in via generale per tutte le amministrazioni (in precedenza si erano registrate solo esperienze settoriali) un sistema di accordi sindacali per disciplinare alcune materie di più immediata rilevanza per i lavoratori.

Si parla di “accordi sindacali”, non di contratti collettivi, e qui si ha la negazione dall’ordinamento giuridico formale dell’esistenza di processi di contrattazione tra ente e lavoratori. La vostra negoziazione si chiama accordo e non contratto perché un contratto non può esistere sul piano giuridico: la relazione tra amministrazione e dipendente, per la pre postulazione dell’esistenza di un interesse pubblico superiore, non può essere regolata da un contratto, né individuale né collettivo, perché un interesse superiore non è contrattabile, ma deve essere disciplinato attraverso fonti unilaterali, di diritto pubblico, che appunto sono le tecniche regolative che intervengono quando c’è un soggetto in posizione di preminenza e uno in posizione di soggezione.

Potremmo dire che questa negazione della possibilità di contratti è anche ideologica: il contratto è lo strumento di mediazione tra interessi in conflitto posti sullo stesso piano assiologico, implica la parità dei soggetti, il che non è ritenuto ammissibile in rapporti come il vostro.

Come si risolve questa contraddizione? Si risolve, come è stato detto, con un contratto che “si suicida” e rinasce come D.P.R.: gli accordi delle parti costituiscono solo una base per la disciplina delle materie per cui sono previsti, disciplina che, comunque, resta formalmente affidata ai decreti che recepiscono questi accordi.

Avete così la Legge n. 121/1981, che prevede che alcune materie sono oggetto di accordi sindacali, e il Decreto Legislativo 12 maggio 1995, n. 195, che stabilisce le procedure attraverso cui tale negoziazione avviene.

In breve, sia per le Forze di polizia ad ordinamento civile, sia per Forze di polizia ad ordinamento militare e le Forze armate (in relazione alle quali si parla di “concertazione” e non di accordi, con un ulteriore décalage del modello relazionale), le procedure di negoziazione tra ente e organizzazioni dei lavoratori si concludono con l’emanazione di decreti che le recepiscono.

In questo modo si dà ingresso alla contrattazione collettiva in questo ambito, ma solo dalla “porta di servizio”, in quanto l’accordo viene degradato a una semplice fase negoziale di un procedimento pubblicistico.

Questa situazione comune a tutte le amministrazioni negli anni ‘80 rimane poi quella definitiva per voi nel ‘90, quando con la riforma del pubblico impiego quasi tutti i rapporti alle dipendenze di enti pubblici sono riportati al diritto comune.

Con questa riforma non è più necessario il recepimento dell’accordo sindacale in un D.P.R., ma il contratto collettivo vale di per sé, dato che si riconosce che

l'amministrazione porta un semplice interesse di tipo organizzatorio e, quindi, contrattabile.

Un D.P.R. non è più necessario per gli altri pubblici dipendenti, ma per voi, che siete stati esclusi dalla privatizzazione, lo è ancora.

Lascio alla vostra valutazione quanto sia stata necessaria questa esclusione totale tenendo presente la distinzione da cui siamo partiti tra rappresentazione giuridica formale e dato reale. Dato reale che banalmente può riassumersi nel fatto che anche nel vostro rapporto si ha uno scambio tra lavoro e retribuzione, che c'è un interesse comune dei lavoratori alla regolazione di questo scambio, che voi della Polizia comunque trattate (e da molto prima della riforma), anche se poi questo contratto viene "rivestito" da un D.P.R.

In ogni caso, si è avuta l'esclusione delle forze di polizia da questa rivoluzione, in nome della sua specificità (id est per la sussistenza di interessi superiori), e tale esclusione ha avuto conseguenze molto diverse nei primi periodi della riforma e in quelli successivi.

Vedremo ora quanto ha guadagnato e quanto ha perso la Polizia di Stato sul piano della gestione del personale, e in particolare quanto ha guadagnato e ha perso la sua organizzazione sindacale, in conseguenza di tale esclusione dai processi di riforma che hanno investito l'impiego pubblico in genere.

Nei primi anni il bilancio è stato in netta perdita: mentre per la Polizia l'area in cui possono intervenire accordi sindacali è segnata tassativamente dalla legge, in quanto può aversi un accordo solo per le materie indicate dalla L. n. 195/1995, per le altre amministrazioni pubbliche si è avuta la generale previsione dello svolgimento della contrattazione collettiva «su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali» (art. 45, D.Lgs. n. 29/1993).

Nella prassi si è registrato, per la genericità della norma e la rimessione al diritto comune dell'area contrattualizzata, uno straripamento – prima a livello nazionale, poi ancora di più a livello decentrato – della regolazione negoziale dell'organizzazione degli enti.

Il sistema nella sua applicazione pratica ha conosciuto una deriva pancontrattualista, con una vera e propria invasione dai contratti collettivi non solo dell'area privatizzata, ma anche in alcuni casi di quella che era rimasta riservata a fonti pubblicistiche (quali dotazioni organiche, linee fondamentali di organizzazione degli uffici) e in cui tale intervento non era ammissibile.

Questa "tracimazione" è stata particolarmente pesante nella contrattazione integrativa, che ha travolto, oltre che i limiti posti dalla legislazione, quelli posti dalla stessa contrattazione di livello superiore alla quale avrebbe dovuto essere subordinata, soprattutto trasformando in contrattazione procedure che avrebbero dovuto essere di concertazione, consultazione o, semplicemente, di informazione (di tali accordi, nulli in virtù della legge, non si è mai eccepita l'invalidità, per l'acquiescente conservazione degli equilibri relazionali raggiunti in sede decentrata).

È un rilievo comune la perdita sul piano sia del controllo della spesa, sia della salvaguardia dei poteri dirigenziali, che è stata determinata dalla forza della pressione sindacale, unita all'acquiescenza degli stessi vertici politici e istituzionali.

Da queste dinamiche è stato escluso il Comparto sicurezza e difesa, per il diverso assetto normativo relativo, con una conseguente pesante penalizzazione sul versante dell'autonoma determinazione della disciplina delle condizioni di lavoro.

Nell'ultima fase della riforma probabilmente le conclusioni sono diverse. Stiamo parlando della riforma Brunetta del 2009 (Legge 4 marzo 2009, n. 15, e Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150), che ha determinato una vera e propria spoliazione delle prerogative delle parti sociali nella regolazione dei rapporti di lavoro.

Una prima limitazione degli spazi demandati alla contrattazione collettiva è determinata, in via mediata, dalla rilegificazione di vari profili del rapporto d'impiego.

È il caso, in primo luogo, del Titolo II del D.Lgs. n. 150/2009 (*Misurazione, valutazione e trasparenza della performance*), che stabilisce un articolato sistema di valutazione delle amministrazioni tanto a livello di strutture quanto a livello di prestazioni del personale, e del Titolo III (*Merito e premi*), che – nell'introdurre «strumenti di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa» – regola con legge una serie di importanti aspetti del rapporto di lavoro dei dipendenti, tra cui il sistema premiale, le progressioni economiche e di carriera, l'attribuzione di incarichi e responsabilità, l'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale.

Direttamente limitata è anche l'area devoluta alla contrattazione collettiva a seguito di questa legislazione.

Si prevede ora che «La contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali. [...] Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge» (art. 40, D.Lgs. n. 165/2001).

Il confronto con l'area attribuita alla regolazione degli accordi per la Polizia di Stato è immediato. Per rimanere solo all'ambito del trattamento retributivo, l'art. 3 della L. n. 195/1995 riserva alla disciplina attraverso accordi il trattamento economico fondamentale ed accessorio; le misure per incentivare l'efficienza del servizio; il trattamento economico di missione, di trasferimento e di lavoro straordinario.

Gli spazi di manovra che avete nei vostri accordi, sia pure mascherati da D.P.R., sono chiaramente più ampi. E, soprattutto, nessuno decide aprioristicamente “chi deve avere che cosa”.

Oltre che questa comparazione “secca” bisogna considerare una serie di norme introdotte dalla riforma del 2009 con cui la contrattazione collettiva viene, di fatto, esautorata da determinazioni unilaterali.

Quanto al livello nazionale, si prevede la provvisoria erogazione degli «incrementi previsti per il trattamento stipendiale» decorso un breve termine dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria che dispone in materia di rinnovi dei contratti collettivi per il periodo di riferimento, e si stabilisce inoltre che, in mancanza di tale erogazione provvisoria, a partire da un certo termine viene riconosciuta ai dipendenti «un’anticipazione dei benefici complessivi che saranno attribuiti all’atto del rinnovo contrattuale» (art. 47 bis, D.Lgs. n. 165/2001).

Queste norme determinano una grave alterazione degli equilibri contrattuali e, a monte, falsano il posizionamento strategico nelle trattative delle parti negoziali, anche in considerazione della brevità dei termini previsti per l’accordo.

In tal modo, inoltre, viene decisamente depotenziata la capacità conflittuale del sindacato, atteso che questi meccanismi di concessione provvisoria svuotano nella sostanza la possibilità dell’organizzazione di continuare ad aggregare e mobilitare i rappresentati intorno alla propria piattaforma rivendicativa.

La compromissione dell’intero sistema di relazioni sindacali, che già con queste previsioni viene alterato in tutte le sue articolazioni, per le ovvie ricadute sui livelli decentrati di contrattazione, viene aggravata dalle specifiche disposizioni relative a questi ultimi.

La nuova normativa, dopo aver previsto la definizione dal livello nazionale del termine delle sessioni negoziali in sede decentrata, stabilisce che «Alla scadenza del termine le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione» e che, in caso di mancato raggiungimento dell’accordo, si ha la possibilità dell’ente di «provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione» (art. 40, co. 3 bis e 4, D.Lgs. n. 165/2001).

Queste previsioni relative al livello decentrato hanno l’effetto di falsare ancora una volta la normale dinamica negoziale, consentendo al dirigente di bloccare la trattativa fino a quando la controparte è obbligata ad accettare la sua piattaforma contrattuale.

Di estrema evidenza è lo spostamento degli equilibri della contrattazione a favore del versante datoriale, al punto quasi di una rimessione alla sua “discrezionalità”.

Nel vostro comparto meccanismi di questo genere non sono ammissibili, perché i vostri accordi, anche se poi recepiti in atti pubblicitici, hanno una competenza esclusiva nella regolazione delle materie previste.

E qui la mia conclusione, che è una conclusione con un punto interrogativo: può sostenersi che per la Polizia di Stato – che sul piano formale è esclusa dalla privatizzazione e che non stipula contratti collettivi ma solo accordi recepiti in D.P.R. – si ha di fatto una contrattazione più “vera” di quella che si ha per gli altri pubblici dipendenti, cioè una contrattazione non indebolita da tutti questi meccanismi e,

soprattutto, dato che le materie stabilite dalla L. n. 121/1981 e dal D.Lgs. n. 195/1995 sono riservate, una contrattazione non espropriabile da leggi e atti unilaterali?