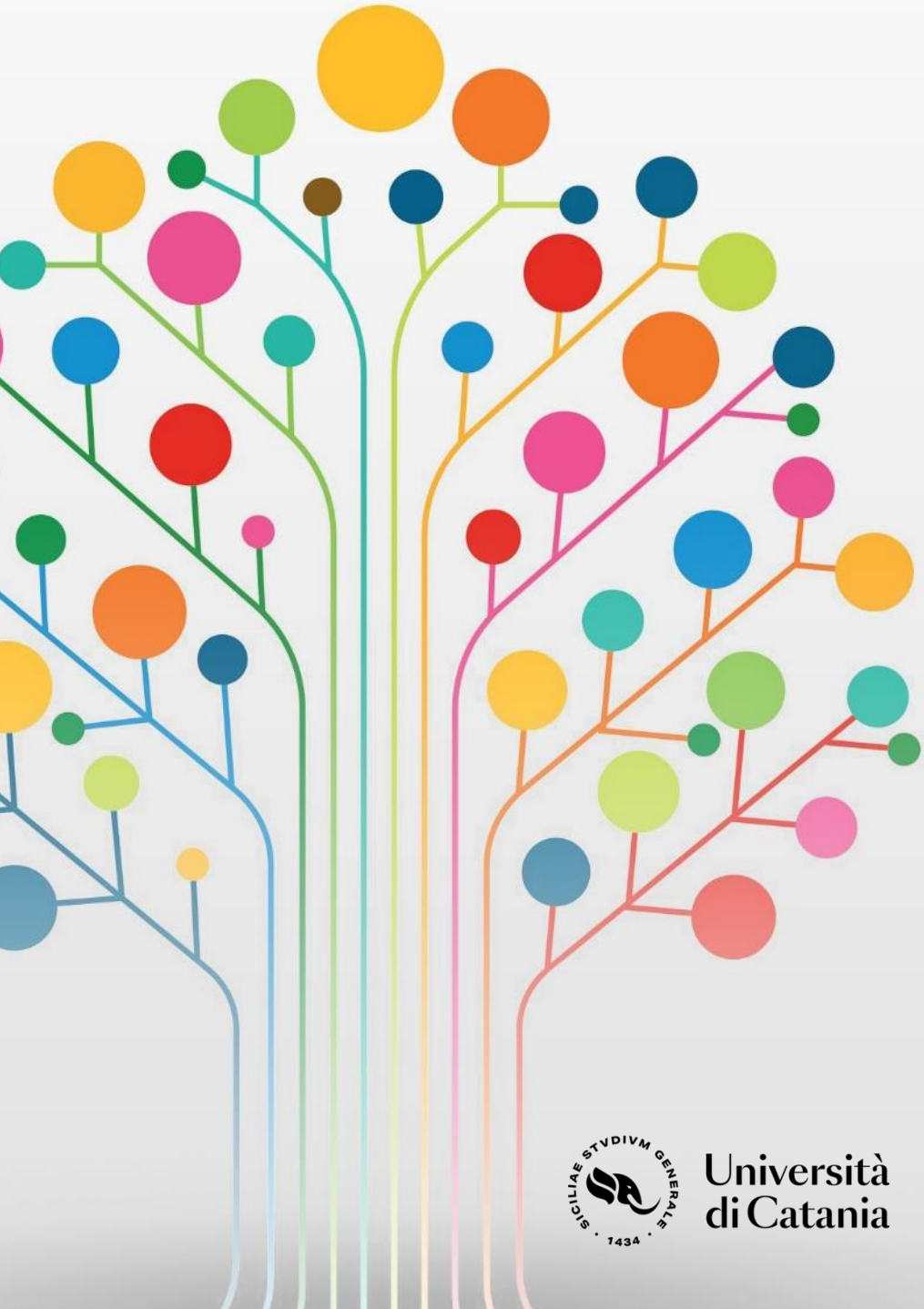
1/2018

# Venti Maggio

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



Università di Catania

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

*Con contributi di*

GUIDO CANAVESI, Università di Macerata

DORA GAMBARDELLA, Università di Napoli "Federico II"

MARIA CRISTINA ROSSI, Università di Torino

RICCARDO SALOMONE, Università di Trento

SERGIO VERGARI, Provincia Autonoma di Trento

MADIA D'ONGHIA, Università di Foggia

CLAUDIO DE MARTINO, Università di Foggia

BARBARA DE MOZZI, Università di Padova

ANDREA LASSANDARI, Università di Bologna

CATERINA TIMELLINI, Università di Modena e Reggio Emilia

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

VALERIA NUZZO, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

MARCO BIASI, Università di Milano

RICCARDO VIANELLO, Università di Padova

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

LUIGI DE ANGELIS, già Presidente della Corte d'Appello di Genova

MARCO MARAZZA, Università Mercatorum

VINCENZO DE MICHELE, Studio legale De Michele & Associati

ADRIANA TOPO, Università di Padova

ADALBERTO PERULLI, Università "Ca' Foscari" di Venezia

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2018 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569073

Venti Maggio
BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA"

n. 1/2018

## SOMMARIO

Appunti sulla nozione giuridica di mercato del lavoro
Guido Canavesi 1

La finanza sociale come strumento per le politiche pubbliche
Dora Gambardella - Maria Cristina Rossi - Riccardo Salomone 9

Verso il sistema unitario dei servizi per il lavoro
Sergio Vergari 22

Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso
Madia D'Onghia - Claudio de Martino 53

Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. *Jobs Act*
Barbara de Mozzi 85

I licenziamenti e le procedure concorsuali
Andrea Lassandari 102

L'applicazione delle clausole di *clawback* nei contratti di lavoro: un primo tentativo di approccio al problema
Caterina Timellini 122

Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?
Lorenzo Zoppoli 154

L'utilizzazione di manodopera altrui in agricoltura e in edilizia: possibilità, rischi e rimedi sanzionatori
Valeria Nuzzo 169

Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017
Marco Biasi 189

Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento
Riccardo Vianello 212

Il contratto di lavoro subordinato
Mariella Magnani 233

Dal «fatto» al «fatto materiale» nel licenziamento disciplinare *post* d.lgs. n. 23/2015: spunti interpretativi di "importazione"
Riccardo Vianello 242

Ripensando alla immediatezza della contestazione
Luigi de Angelis 292

Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.)
Marco Marazza 304

Subordinazione, autonomia, lavoro agile e occasionale tra (post) Jobs act e diritto europeo
Vincenzo De Michele 324

Strike in the Essential Services: Italy
Adriana Topo 372

La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro
Adalberto Perulli 405

# Appunti sulla nozione giuridica di mercato del lavoro*

Guido Canavesi

1. Esiste una nozione giuridica di *mercato del lavoro?* 2
2. La duplice rappresentazione legislativa del mercato del lavoro. 3
3. La descrizione dottrinale. 4
4. La confusione tra mercato del lavoro e collocamento pubblico. 5
5. Dopo il 1997 e oltre. La costruzione del mercato del lavoro. 5
6. L'enucleazione legislativa della nozione giuridica. 6
7. Una possibile obiezione. Il mercato del lavoro tra Stato e Regioni. 7

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 349/2018

## 1. Esiste una nozione giuridica di *mercato del lavoro?*

A inizio secolo un insigne Maestro si domandava «in che senso sia o possa e debba essere mercato, ed in ipotesi di che»[1], quello del lavoro. L'interrogativo seguiva di poco l'avvertimento di chi avvertì l'esigenza di una «decodificazione giuridica» del "mercato del lavoro"[2].

In tempi più prossimi, a fronte della scarsa frequentazione giuslavoristica del «tema del "diritto del mercato del lavoro"», «mai assurto a partizione classica autonoma del diritto del lavoro», ad esso è stato titolato un intero volume del più recente *Trattato di Diritto del Lavoro*, nel consapevole «tentativo di fondare una *sub*-area disciplinare», comunque definita «luogo fluido del diritto *al lavoro* (così nel testo)»[3]. Un'area che copre l'«analisi della dimensione giuridica dello scambio tra chi domanda e chi offre prestazioni di lavoro subordinato, attraverso la disamina dei diritti e della crescente integrazione del lavoro nel mercato del lavoro», abbracciando così i contratti di lavoro a finalità formativa e flessibili e i fenomeni di esternalizzazione, col rischio di confondersi con lo stesso diritto del lavoro.

Resta vivo, perciò, l'interesse a verificare cosa sia il mercato del lavoro in termini giuridici e a tal fine si procederà, nei limiti di spazio qui consentiti, ad una sintetica analisi del formante legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, secondo una scansione temporale che guarda al *prima* e al *dopo* il 1997, anno di avvio di un processo che può ritenersi fondativo di quel mercato.

In via preliminare, tuttavia, è utile soffermarsi su alcuni profili di taglio più generale, inerenti la nozione di mercato.

Di questo va innanzitutto ricordata la valenza polisemica, in assenza di una definizione normativa ed il rifarsi del legislatore «al significato proprio del linguaggio corrente o, al più, alla terminologia delle scienze economiche»[4], almeno fin quando la l. n. 287 del 1990 fece del mercato un problema «prevalentemente di diritto positivo», più che di «modelli economici e di interpretazione del testo costituzionale»[5].

Comunque, un nucleo sostanziale ed irretrattabile del mercato sembra rintracciabile nelle definizioni offerte, nonostante la diversità di approccio: sempre di scambio di un bene o di un servizio e dunque di venditori e compratori si tratta. E tale nucleo resta fermo nella dottrina economica pure in relazione al mercato del lavoro, ancorché sia stata evidenziata la peculiarità del bene scambiato rispetto ad altri più "tradizionali"[6].

È noto, invece, come proprio la configurazione del lavoro quale "merce" oggetto di uno scambio sia negata o, comunque, problematica per l'omonimo diritto, in ragione dell'imprescindibile collegamento con la persona che lavora[7]. Si è, però, osservato che «il considerarlo *anche* come una

---

[1] M. DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 171.
[2] Così, S. RENGA, *Mercato del lavoro e diritto*, Milano, 1996, 76.
[3] Il riferimento è al *Trattato di Diritto del Lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, in particolare al volume sesto, *Il mercato del lavoro*, a cura di M. BROLLO, Padova, 2012. Per le citazioni, vedi, della curatrice, *Introduzione al volume*, XXXIII ss.
[4] C. MOTTI, *Il mercato come organizzazione*, in *Banca impr. soc.*, 1991, 456; L. AMMANNATI, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di «transaction» di Commons*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 113 ss.
[5] L. AMMANNATI, *op. cit.*, 114.
[6] R. M. SOLOW, *Il mercato del lavoro come istituzione sociale*, Bologna, 1994, 22.
[7] M. GRANDI, *Il lavoro non è una merce: una formula da rimeditare*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 557 ss.; M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Torino, 1999, 134 ss.

merce può aiutare a comprendere una parte rilevante di quanto accade nel mercato del lavoro»[8] e l'indicazione è metodologicamente preziosa, soprattutto perché apre all'ipotesi che sia la stessa legge, a volte, a offrire una siffatta considerazione del lavoro.

## 2. La duplice rappresentazione legislativa del mercato del lavoro.

Una sintetica ricognizione del formante legislativo basta a confermare la polisemia se non l'indeterminatezza d'uso del sintagma, che raramente compare nella titolazione degli atti legislativi e solo a partire dall'ora abrogata l. n. 56 del 1987[9].

Ben prima di tale anno, peraltro, sono molteplici le disposizioni che lo menzionano, con un significato che spesso riflette quello socio-economico[10]. Al pari del più generale *trend* prima richiamato, si può dunque affermare che neppure del *mercato del lavoro* il legislatore abbia fornito, almeno fino a tempi recenti, una definizione o una nozione dotata di specifica rilevanza normativa e giuridica.

Al contempo, peraltro, gli stessi atti legislativi dettavano a volte regole inerenti l'organizzazione e il funzionamento del sistema di collocamento di cui alla l. n. 264 del 1949: anzi, facendolo coincidere con l'*organizzazione del mercato del lavoro*, la l. n. 56 del 1987 adombrava l'identificazione tra i due, accreditando il collocamento di proprietà mercantili e, per converso, delimitando il valore giuridico del mercato del lavoro.

Ne è risultata una duplice accezione legislativa di mercato del lavoro. La prima, di valore descrittivo e di derivazione socio-economica, è d'uso prevalente e definibile "ampia" o "omnicomprensiva", tendendo a coincidere con la stessa materia del diritto del lavoro. L'altra, più ristretta e dotata di una qualche valenza giuridica, s'identificava con l'*organizzazione* (normativa) del sistema di *collocamento*, considerato alla stregua di mercato.

Uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale dal 1960 agli anni '80 conferma la prevalenza della prima accezione individuata.

Così l'impossibilità di assunzione o l'involontarietà della disoccupazione sono state connesse «a condizioni oggettive del», ovvero «imposte dal», mercato del lavoro, quali la mancanza di richiesta di mano d'opera[11] o l'aver accettato un certo tipo di attività[12]. Ancora, esso si estende alla mobilità dei lavoratori, al contenimento del costo del lavoro e all'introduzione di nuove forme contrattuali, da un lato, alla contrattazione collettiva - «fonte di diritto *extra ordinem*» volta a garantire «uniformità di disciplina in funzione di interessi generali -, dall'altro[13].

Peraltro, della giurisprudenza costituzionale va messa in risalto la lettura dell'art. 4, Cost. quale norma che «concerne l'*accesso*» al mercato del lavoro[14], mentre non tocca necessariamente e

[8] P. ICHINO, *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 455.
[9] Cfr. d.l. n. 86 del 1988, conv. in l. n. 160 del 1988; l. n. 223 del 1991; d.lgs. n. 469 del 1997; d.lgs. n. 379 del 1998; l. n. 30 e d.lgs. n. 276 del 2003; d.lgs. n. 251 del 2004; l. n. 92 del 2012.
[10] A titolo di esempio: art. 1, co. 2, l. n. 472 del 1952 (abrogata); art. 6, co. 6, l. n. 675 del 1977; art. 20, l. n. 845 del 1978; art. 1, d.l. n. 24 del 1981, conv. in l. n. 140 del 1981 (abrogato); art. 4, co. 5, d.l. n. 726 del 1984, conv. in l. n. 863 del 1984.
[11] Corte cost. 31 maggio 1960, n. 34 e 29 marzo 1991, n. 132.
[12] Corte cost. 6 giugno 1974, n. 160 e n. 132 del 1991, cit.
[13] Corte cost. 25 maggio 1987, n. 190 e 18 ottobre 1996, n. 344.
[14] Corte cost. ord. 7 novembre 1994, n. 380 e 18 giugno 1997, n. 183.

inderogabilmente la *permanenza* in esso, come rivela la sua inidoneità ad essere parametro per valutare della legittimità costituzionale di disposizioni riduttive delle tutele «per i lavoratori che hanno raggiunto l'età per il collocamento a riposo»[15] e, più in generale, «in riferimento alla questione dei limiti di età per la risoluzione del rapporto»[16].

Analogamente, il diritto al lavoro era già stato legato all'*occupazione*, funzionalmente identificata con l'«obiettivo dell'inserimento di persone nel mondo del lavoro»[17]. E nel quadro costituzionale antecedente la riforma del 2001, questa ricostruzione supportava il pressoché totale accentramento statuale delle competenze in materia di lavoro.

In ogni caso, la confluenza sotto l'ombrello dell'art. 4 Cost. del profilo dell'*accesso* o *inserimento*, ancorché esteso a momenti regolatori della formazione del rapporto e tipologie contrattuali, pare evidenziare un criterio normativo utile alla comprensione giuridica del mercato del lavoro. Un criterio che segnala(va) l'esistenza di un'area di strumenti, schemi e istituti giuridici accomunati funzionalmente, senza peraltro definirne a priori i confini. E, così facendo, confermava la possibilità di enucleare un'accezione di mercato del lavoro più contenuta, ma non in contrasto con l'altra, d'uso comune.

## 3. La descrizione dottrinale.

Nel dibattito dottrinale è rimasta minoritaria la posizione di chi considerava l'espressione una "metafora", comunque «in sé ambigua, non designando un vero mercato»[18].

In realtà, di mercato del lavoro si parlava già sul finire degli anni '70[19], ma il suo ingresso prepotente nel dibattito scientifico risale agli anni '80[20], ove fu individuato come novello «asse della legislazione» conseguente a «fenomeni di modificazione sostanziale dei processi produttivi e di frammentazione sociale»[21].

Altri continuava a identificarlo con il collocamento[22], pur discorrendone in termini di luogo delle relazioni e delle condizioni inerenti il lavoro, innanzitutto economiche e semmai dopo anche giuridiche.

L'aspetto più rilevante del dibattito è il prevalere di un orientamento che indentifica il mercato del lavoro in termini più estesi dell'accezione ristretta sopra evidenziata, ma comunque non omnicomprensivi[23]. Un'accezione, peraltro, la cui rilevanza non sembra vada oltre il piano descrittivo,

---

[15] Corte cost. ord. n. 380 del 1994, cit.
[16] Corte Cost. n. 183 del 1997, cit. e 30 dicembre 1998, n. 454, in *Dir. merc. lav.*, 1999, 362, con nota di A. TROJSI.
[17] Corte cost. 27 ottobre 1988, n. 998.
[18] M. G. GAROFALO, *La funzione del servizio di collocamento,* in AA.VV., *Stato, regioni, parti sociali e mercato del lavoro*, Napoli, 1989, 93.
[19] L. MENGONI, *Innovazioni nella disciplina giuridica del mercato del lavoro*, in AA.VV. *Innovazioni nella disciplina giuridica del mercato del lavoro*, Milano, 1980, 13.
[20] Tra i tanti, M. G. GAROFALO, *Collocamento, integrazione guadagni, mobilità: un profilo storico*, in M. G. GAROFALO, C. LAGALA (a cura di), *Collocamento e mercato del lavoro*, Bari, 1982, 9 ss.; M. NAPOLI, *L'organizzazione del mercato del lavoro. Il disegno della legge n. 56/1987*, Torino, 1989.
[21] M. D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, ora in ID., *Contrattazione, rappresentatività, conflitto*, Ediesse, Roma, 2000, 141.
[22] E. GHERA, *Collocamento e autonomia privata*, Napoli, 1970, 214 ss.
[23] Tra i tanti, F. CARINCI, *Il mercato del lavoro fra vecchio e nuovo diritto*, in ID. (a cura di), *Il mercato del lavoro fra vecchio e nuovo diritto*, Milano, 1993, 3 ss.; M. DELL'OLIO, *op. loc. cit.*; G. FERRARO, *Fasi e contenuti della riforma sui servizi dell'impiego in Campania*, in

per la significativa variabilità di contenuti compresi tra il costante riferimento al collocamento e alle tipologie contrattuali flessibili e il possibile richiamo alle tutele in caso di disoccupazione e perfino alla disciplina sui licenziamenti, a volte non solo collettivi[24].

## 4. La confusione tra mercato del lavoro e collocamento pubblico.

Sottotraccia, in questo quadro, è finora rimasta la questione del tratto mercantile da riconoscersi o non al monopolio pubblico del collocamento.

La risposta nell'uno o nell'altro senso non è neutra, segnando una continuità o discontinuità culturale, prima ancora che normativa, tra il "prima" ed il "dopo" il 1997, non priva di ricadute sistematiche.

Orbene, sintetizzando per ragioni di spazio, può dirsi che la natura di *funzione pubblica* del collocamento non è bastata agli occhi dei più a giustificare un diniego esplicito di quel tratto, anche se la soluzione negativa fa capolino dalle pieghe del dibattito. Così, mentre finalità delle riforme di fine secolo sarebbe stata, secondo taluno, la «creazione di un vero e proprio mercato del lavoro, a tutela dell'effettività del diritto al lavoro»[25], altri, ben prima, sostenne l'assenza di «logiche di mercato» in quello del lavoro «ipotizzato dalla nostra complessiva legislazione»[26].

## 5. Dopo il 1997 e oltre. La costruzione del mercato del lavoro.

Venendo al "dopo" il 1997 e riducendo all'osso il discorso, sono state la l. n. 30 ed il d.lgs. n. 276 del 2003 a realizzare le condizioni e definire l'architettura istituzionale del mercato del lavoro, secondo una prospettiva che tende a far combaciare contenuto e contenitore o definizione. A questo nucleo originale vanno ad aggiungersi alcune disposizioni della l. n. 183 del 2014 e dei d.lgs. nn. 150, 22 e 148 del 2015.

Non è, però, venuta meno la polisemia della formula, prevalendo ancora il significato ampio e descrittivo sia nella legislazione[27] sia in dottrina[28].

Su quest'ultimo versante, alcuni Autori parlano espressamente di una nozione "in senso stretto", facendola coincidere ora con la «disciplina delle assunzioni, (l')intermediazione di manodopera e (il) decentramento produttivo, (gli) interventi sulle crisi aziendali, (le) politiche attive del lavoro»[29], ora, con «la disciplina delle assunzioni, l'intermediazione tra domanda e offerta di lavoro,

---

G. FERRARO, G. OLIVIERO, *L'ordinamento del mercato del lavoro tra riforma e sperimentazione*, Padova, 1982, 3 ss.; F. LISO, *La disciplina statale del collocamento*, in AA.VV., *Collocamento e mercato del lavoro*, cit., 7 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996.

[24] In tal senso, M. G. GAROFALO, *op. cit.*, 15 ss.

[25] M. TIRABOSCHI, *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio in Italia: un processo di liberalizzazione?,* W.P. ADAPT, n. 38/2006, 11.

[26] M. GRANDI, *Dal collocamento alla politica attiva dell'occupazione: nuovi profili e strumenti dell'organizzazione giuridica del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, 145.

[27] A titolo esemplificativo, art. 1, co. 15, d.lgs. n. 108 del 2012; artt. 2, co. 2, e 8, co. 2, d.l. n. 76 del 2013, conv. in l. n. 99 del 2013; art. 1, co. 4, lett. *g), n), v)* e *z),* l. n. 183 del 2014.

[28] Tra i molti, M. PERSIANI, S. LIEBMAN (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (cd. "*riforma Fornero") *dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, Torino, 2013; M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013; L. MONTUSCHI, *Tecniche sperimentali derogative del mercato del lavoro: un'intesa contrastata*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, 2005, 716 ss.; P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, 2005.

[29] L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo,* Torino, 2003, 137.

le politiche attive del lavoro», cioè con un'area in realtà ridotta rispetto alla prima, cui pure questa dottrina dice di richiamarsi[30]. Altri, invece, riconducono al mercato del lavoro un ambito più vasto, ma non coincidente con l'intero diritto del lavoro: dunque, si va dal decentramento produttivo ai contratti a contenuto formativo e al lavoro sommerso, ovvero dall'istruzione e formazione, alla formazione professionale regionale, collocamento e servizi per l'impiego, ammortizzatori sociali, incentivi alle imprese e lotta al lavoro sommerso[31], od ancora dall'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, ai trattamenti di disoccupazione e agli strumenti per l'inserimento e la ricollocazione[32].

## 6. L'enucleazione legislativa della nozione giuridica.

Sul versante legislativo, invece, è evidente che la legislazione assuma ad oggetto di regolazione un'area funzionalmente omogenea da cui fuoriesce il contratto di lavoro sia nel senso soggettivo di accordo delle parti sia in quello oggettivo di definizione della fattispecie e sua disciplina.

Tralasciando le pur interessanti indicazioni della l. n. 30 a rilevare è soprattutto la struttura sistematica del d.lgs. n. 276, il cui Titolo II riconduce all'*organizzazione* e alla *disciplina* del mercato del lavoro, tra l'altro, il *regime autorizzatorio* e gli *accreditamenti* (Capo I, artt. 4-7), le *tutele sul mercato* per gli utenti dei servizi (Capo II, artt. 8-14) e gli strumenti di gestione di cui al Capo III (artt.15-17), mentre le tipologie contrattuali trovano collocazione in altri titoli.

Nonostante l'apparenza contraria[33], anche il *Jobs Act* è in linea di continuità con questa opzione a cui, anzi, dà sostanza ulteriore.

In primo luogo, con esplicito richiamo agli artt. 1, 4, 35 e 37 Cost. e 29 della Carta dei diritti fondamentali, il d.lgs. n. 150 del 2015 individua la funzione della *Rete nazionale dei servizi per le politiche del lavoro* nella promozione dell'effettività «dei diritti al lavoro, alla formazione ed all'elevazione professionale», nonché del «diritto di ogni individuo di accedere a servizi di collocamento gratuito».

Inoltre, nel Capo II, sui *Principi generali e comuni in materia di politiche attive del lavoro,* alla tipizzazione di *servizi* e *misure* chiaramente funzionali alla ricerca (attiva) di un lavoro ancora mancante segue la definizione dello *status* di disoccupazione come «immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa ed alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego». E ben s'armonizza con questa impostazione che alcune misure, non di ricerca bensì di politica attiva, in quanto livelli essenziali delle prestazioni, siano da garantirsi anche ai lavoratori con una riduzione dell'orario di lavoro annuale superiore al 50% e beneficiari di un'integrazione salariale, anche con contratto di solidarietà, o dell'intervento dei fondi di solidarietà.

---

[30] M. TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, cit., 41, testo e nota 1.

[31] Così D. GAROFALO, *L'iniziativa legislativa in tema di mercato del lavoro nel decennio 1991-2001*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, 1089, in una «chiave di lettura di carattere teleologico» e con riguardo alla legislazione degli anni 1991-2001.

[32] M. ESPOSITO, L. GAETA, R. SANTUCCI, A. VISCOMI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *Istituzioni di Diritto del lavoro e sindacale*, vol. III, *Mercato, contratto e rapporti di lavoro*, Torino, 2015, 3 ss.

[33] Salvo un riferimento nel d.lgs. n. 148 (art. 45, co. 1), il mercato del lavoro è menzionato sei volte nella l. n. 183 del 2014 e otto nel d.lgs. n. 150 del 2015, ora in relazione alla *gestione*, *efficienza*, *situazione locale,* alle *dinamiche* e *condizioni* nel territorio, ora agli *espulsi* da e, all'opposto, all' *inserimento/reinserimento* in esso.

Ancora, non basta il fatto che trovino regola in un apposito Capo del provvedimento, a fare degli *incentivi* "altro" dalle politiche attive, di cui, anzi, restano misura originaria, come attesta la sistematica delle fonti legislative.

A sua volta, la formazione professionale, strumento di politica attiva fin dalla legge del 1978, è ormai parte integrante della rete nazionale[34], la cui accennata finalizzazione alla promozione dell'effettività si rivolge ora anche ad un "diritto alla formazione", peraltro tutto da definire pur con un'apertura su quella "continua" ed i suoi fondi, che pare, tuttavia, riferibile soprattutto agli ammortizzatori in costanza di rapporto, senza arrivare a toccare quegli «spazi di vita non condizionati dal lavoro» evocati da una non lontana dottrina[35].

Per contro, il silenzio sulla lotta al lavoro sommerso e sull'istruzione suona come conferma del loro essere fuori da quel mercato. La seconda perché si posiziona a monte di esso, anche se ne tocca il confine con l'alternanza scuola-lavoro e semmai sconfina con l'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale. L'altra perché, la sua incidenza sulle dinamiche dell'incontro tra domanda e offerta del lavoro è solo indiretta, trattandosi pur sempre di portare alla luce situazioni ove un rapporto di lavoro, nascosto o non del tutto trasparente che sia, comunque già c'è.

Anche se non è sempre espressamente chiaramente denominata, pertanto, pare sussistere una chiara delimitazione legislativa del "mercato del lavoro".

## 7. Una possibile obiezione. Il mercato del lavoro tra Stato e Regioni.

Si potrebbe obiettare che questa ricostruzione riflette piuttosto la ripartizione di competenze legislative sancita dalla riforma costituzionale del 2001. Solo inizialmente, infatti, l'ambito materiale «tutela e sicurezza del lavoro» è parso capace di racchiudere il "tutto" e la "parte" del diritto del lavoro, col rischio di estendere indefinitamente la competenza legislativa (concorrente) delle Regioni[36]. A fugare la preoccupazione ha provveduto la Corte Costituzionale con la sentenza n. 50 del 28 gennaio 2005, che ha ricondotto sotto quel titolo competenziale «la disciplina del collocamento ed in genere dei servizi per l'impiego», pur senza escluderne una diversa e più ampia portata. Su tale via, però, la successiva giurisprudenza oltre non è andata, mentre, tanto per la *definizione* delle fattispecie giuridicamente rilevanti[37] quanto per la *disciplina* dei rapporti fra privati - compreso il rapporto di lavoro -, la competenza esclusiva dello Stato è stata affermata in considerazione della loro appartenenza all'«ordinamento civile».

È da rilevare che la preclusione allo Stato di «interv(enire) comunque in via diretta» sui tirocini formativi e di orientamento sia stata fondata su ciò che la loro disciplina è «dettata senza alcun collegamento con rapporti di lavoro, e non preordinata in via immediata ad eventuali

[34] Sulla formazione professionale, M. NAPOLI, *Art. 35, comma 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici, t. I, Art. 35-40*, Bologna-Roma, 1979, 19 ss.; D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto*, cit.

[35] B. CARUSO *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione di mercati del lavoro*, in *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa,* Atti del XV Congresso nazionale A.I.D.L.A.S.S., Milano, 2007, 144 ss.

[36] Con diversità di accenti, M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, pag. 157 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Differenze e principio di uguaglianza*, in *Lav. dir.*, 2002, pag. 424 ss.; R. DEL PUNTA, *Tutela e sicurezza del lavoro*, *ivi*, pag. 434 ss.; R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Padova, Cedam, 2005, pag. 77 ss.

[37] Corte Cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in *Giur. cost.*, 2003, pag. 3709, con nota critica di G. U. RESCIGNO, *La Corte scambia i principi fondamentali della materia per i principi fondamentali dell'oggetto*.

assunzioni[38]. Ora, ponendo il *discrimen* tra i due ambiti in termini funzionali - la destinazione, o non, all'assunzione della disciplina considerata -, questa giurisprudenza evidenzia come la conclusione dell'accordo negoziale stia sì a ridosso del confine del mercato del lavoro, ma appena *prima* e dunque *fuori da* esso.

Peraltro, che non si tratti di un semplice esito della riforma costituzionale è confermato da ciò che la distinzione ha piuttosto positive basi legislative: neanche nel regime del collocamento del 1949 il contratto di lavoro si perfezionava *ope legis*[39], mentre altre disposizioni distinguono l'assunzione da ciò che sta a monte, come gli *stage* o l'intermediazione privata e/o pubblica.

Ma c'è di più. Mentre il diniego di automatica costituzione del contratto era soprattutto posto a garanzia della libertà d'iniziativa economica, l'accennata distinzione affonda le sue radici nel diritto al lavoro quale diritto tanto di libertà che sociale, comunque riguardante l'*accesso* al mercato del lavoro.

Rileva, infine, l'insensibilità della struttura del mercato del lavoro di cui al d.lgs. n. 276 del 2003 al ritorno centralistico/statuale sancito dal d.lgs. n. 150 del 2015[40], con la costituzione dell'Agenzia nazionale per le politiche attive del Lavoro (ANPAL). D'altronde non è precluso allo Stato predisporre strumenti funzionali all'incontro tra domanda ed offerta del lavoro[41] e nel campo delle «politiche attive del lavoro» è stata riconosciuta allo Stato una generale «possibilità di operare», sulla base giuridica dell'art. 118 Cost, cioè di una generale competenza sussidiaria esercitata con interventi che lasciano «al soggetto fruitore di questi ultimi la scelta di avvalersene o meno»[42].

[38] Cfr. Corte cost. n. 50 del 2005, cit. e Corte cost. 19 dicembre 2012, n. 287, commentata da S. FACELLO, *Tirocini formativi e di orientamento: l'intervento della Consulta e l'adozione delle linee guida*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, pp. 510 ss. Per considerazioni critiche B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability"*, cit., 200 ss.

[39] L. MONTUSCHI, *Il giudice, il collocamento e il mercato del lavoro*, in AA.VV., *Collocamento e mercato del lavoro*, cit., pag. 187 ss.

[40] Si rinvia, anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali, a G. CANAVESI, *La Rete nazionale dei servizi per le politiche per il lavoro e il riordino degli incentivi all'occupazione*, in R. PESSI, G. SIGILLÒ MASSARA (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro*, Torino, 2017, 130.

[41] Anche se non positivamente ancorati ad ambiti di competenza esclusiva, come la previdenza sociale essi possono esservi indirettamente ricondotti attraverso i criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per sciogliere gli "intrecci" di competenze, tra cui quello di *prevalenza*; cfr., Corte cost. 20 marzo 2013, n. 46.

[42] Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 363, relativa all'attività posta in essere da Italia lavoro.

# La finanza sociale come strumento per le politiche pubbliche*

Dora Gambardella - Maria Cristina Rossi- Riccardo Salomone

Introduzione. 10

1. La finanza sociale per le politiche pubbliche: potenzialità d'innovazione e rischi. 11

2. La finanza sociale e gli investimenti delle famiglie. 14

3. Condizioni di vantaggio e potenziali criticità per un vero esperimento: un Bond Trentino legato al *welfare* attivo per l'occupazione. 16

Riferimenti bibliografici. 19

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 350/2018

## Introduzione.

La necessità di riduzione della spesa pubblica in Italia e la conseguente vistosa contrazione del welfare hanno caratterizzato gli ultimi decenni (Ascoli 2011), accompagnandosi a processi di riadattamento istituzionale classificabili come forme di "ricalibratura sottrattiva" (Ferrera 2012). In regime di prolungata austerità si riducono gli spazi di innovazione capaci di contaminare i processi di ideazione delle politiche pubbliche con nuove logiche di investimento sociale (Ascoli, Ranci e Sgritta 2015), al punto da far ritenere la prospettiva del Social Investment per il caso italiano una missione impossibile (Kazepov e Ranci 2017). Proprio la scarsità di risorse economiche da investire in attività socialmente orientate (pur con alto potenziale di rendimento sociale) e le difficoltà di accesso ai canali tradizionali del circuito bancario da parte di quanti operano nell'economia sociale amplificano il potenziale dei nuovi strumenti finanziari che ricadono sotto l'etichetta di "finanza sociale", considerati alternativamente una leva per l'utilizzo a scopi sociali di capitali privati in una sorta di nuova frontiera della filantropia (Salomon 2014) o tacciati di importare nel welfare pubblico le logiche managerialiste di matrice NPM (Warner 2013).

L'investimento a impatto sociale consiste nella fornitura di finanziamenti ad organizzazioni pubbliche e comunità locali per investimenti mirati ad avere un forte impatto sociali sulla comunità cui si rivolgono. L'investimento ha un esplicito rendimento finanziario, ma l'entità del rendimento è proporzionale ai risultati del programma finanziato con gli investimenti ad impatto sociale. La finanza sociale rappresenta una combinazione tra filantropia e investimento finanziario, contenendone entrambi gli elementi. Seppure in apparente contraddizione, gli investimenti ad impatto sono infatti *Investment to do good*"[43].

Questi investimenti evidenziano un trend in costante ascesa nell'ultimo decennio, attestandosi intorno ai 6,6 trilioni di dollari nel 2015 (Busch et al. 2016), con un fiorire di esperimenti che, dall'UK e USA, in pochi decenni hanno visto il coinvolgimento di paesi molto diversi tra loro[44], con esiti variabili.

Dal mondo anglosassone le potenzialità[45] di questi strumenti si stanno lentamente apprezzando, seppure avanzando molte perplessità, anche nel nostro paese (Rapporto Italiano Social Impact Investment 2014), sebbene il nostro sistema giuridico[46] non sia particolarmente pronto all'utilizzo di questi strumenti e sebbene la loro introduzione nel nostro paese necessiti di un bilanciamento dell'attenzione sul lato della domanda e su quello dell'offerta (Pasi 2015). Vere e proprie sperimentazioni italiane, se si eccettua il caso dei social bond UBI[47], esistono principalmente solo a livello di fattibilità e disegno, come nel caso del Bond di Napoli[48], mai giunto al suo varo. Anche in questa chiave il Bond trentino descritto in conclusione di questo saggio può rappresentare un esempio di costruzione teorica innovativa messa in pratica.

---

[43] Impact Investment, l'investimento ad impatto sociale è stato coniato nel 2007 a una conferenza del Rockfeller foundation a Bellagio

[44] Per una mappa di questi esperimenti si veda: www.socialfinance.org.uk.

[45] Nella Introduzione al citato Rapporto italiano (2014) Giovanna Melandri, a capo del gruppo italiano in seno alla Task force G8, parla del sociale come "terza dimensione" delle scelte di investimento, di "salto di paradigma" e "rivoluzione dell'impact".

[46] I commentatori italiani soffermano in particolare l'attenzione sulla disciplina dei contratti pubblici e della finanza pubblica, oltre che su una più generale competenza della PA nella regia di strumenti il cui disegno istituzionale è particolarmente complesso. Su questi temi torneremo più diffusamente nell'ultimo paragrafo.

[47] Si veda, per il caso dei social bond UBI il sito https://www.ubibanca.com/Social_bond.

[48] Si tratta di un'interessante ipotesi di un bond destinato a risolvere il problema dello smaltimento dei rifiuti, creando al contempo occasioni di lavoro per i disoccupati del territorio.

Se la potenzialità del mercato del SIB è suggestiva dal lato dell'offerta, non è chiaro quali siano le potenzialità dal lato della domanda, anche per l'assenza di dati empirici a riguardo. La fattibilità del progetto non può prescindere dalla condivisione della comunità dei risparmiatori nel programma prescelto insieme con la PA, sollecitando la domanda di piccoli risparmiatori in un nuovo quadro di risparmio partecipativo.

Quanto alla struttura del saggio nel primo paragrafo si esplorano gli strumenti di finanza sociale in un'ottica sociologica, discutendone le potenzialità in termini di innovazione sociale e i rischi sul piano della riproduzione delle diseguaglianze; nel secondo si sofferma l'attenzione sui Social Bond e sui Social Impact Bond, soffermandosi sulle logiche di funzionamento e di calcolo dei rendimenti, mentre nel terzo si analizzano le condizioni di praticabilità di un esperimento italiano, esaminandone le condizioni di vantaggio e le potenziali criticità.

## 1. La finanza sociale per le politiche pubbliche: potenzialità d'innovazione e rischi.

Il fascino per gli strumenti di finanza sociale, ormai diffuso anche nel nostro paese, come accennato nell'introduzione, può essere liquidato come l'ennesima infatuazione per soluzioni sperimentate in altri paesi, talvolta molto diversi dal nostro o come l'ennesimo tentativo di contaminare le logiche di funzionamento del pubblico con principi di stampo neomanagerialista. Ma può anche costituire l'occasione per sviluppare una riflessione che possa evidenziarne le potenzialità di innovazione, senza trascurare i rischi e le possibili conseguenze su un territorio come il nostro così fortemente eterogeneo e diseguale. Non si tratta solo del ben noto divario tra nord e sud del paese, testimoniato da serie storiche di indicatori economici e sociali, quanto piuttosto dalla diversa capacità istituzionale di ideare, governare e talvolta solo implementare le politiche pubbliche sul piano locale, con esiti sempre incerti sul piano dei risultati ottenuti e degli effetti prodotti. Nell'ampio spettro delle politiche pubbliche, le politiche sociali rappresentano forse la lente con cui la geografia frammentata delle politiche e il rischio di esiti paradossalmente capaci di riprodurre le diseguaglianze esistenti sono da più tempo testimoniate da una ampia letteratura (Madama 2010, Saraceno 2013).

La riflessione sviluppata in questo paragrafo prende avvio dalla esplorazione del potenziale di innovazione degli strumenti di finanza sociale per le politiche pubbliche, assumendo l'innovazione (di processi, programmi o prodotti) come un cambiamento delle "basic routines, resource and authority flows, or belief of the social system" (Westley & Antadze 2010, 2). Nella prospettiva della teoria della strutturazione (Giddens 1984), l'innovazione può essere letta come un processo complesso ma costante di cambiamento delle regole e delle relazioni che governano la società, che può realizzarsi attraverso modalità differenti e che coinvolge simultaneamente le diverse aree della strutturazione. Il cambiamento nelle modalità di finanziamento delle politiche pubbliche, che attiene alla sfera dei rapporti di dominio, è dunque strettamente connesso alle trasformazioni che avvengono sia sul piano della significazione che su quello della legittimazione. Sul piano culturale/della legittimazione, la prospettiva dell'innovazione sociale evoca un recupero della reciprocità delle relazioni e del senso stesso di fare società, presente per esempio in Touraine (2010) o nella "communalité" di Rosanvallon (2011), prospettando un ampliamento del concetto di cittadinanza in uno di "con-cittadinanza", basato sulla "condivisione di informazioni, conoscenze, comunicazioni, iniziative, esperienze, azioni solidaristiche, sentimenti di utilità, luoghi, interessi e beni-comuni" (Ascoli e Sgritta 2014, 519). Da questa prospettiva non c'è dubbio che le relazioni tra finanza sociale e innovazione sociale siano strettissime, tanto che "social finance is both a

product of existing social innovation processes and, simultaneously, a part of enabling conditions for the further development of social innovation and trasformative change" (Moore, Westley & Nicholls, 2012, 126-127). Da questo legame discendono numerose chiavi di lettura che possono consentire di articolare una riflessione sugli strumenti di finanza sociale in chiave sociologica.

L'innovazione sociale rappresenta il cuore della strategia di ammodernamento del modello sociale europeo (Maino 2013), che rimanda a due pilastri fortemente correlati: la capacità di dare risposte più efficaci ai bisogni sociali, da un lato, e la costruzione di nuove relazioni sociali e collaborazioni, dall'altro (BEPA 2011). La dimensione dell'efficacia non si esaurisce nella ricerca di soluzioni alternative a bisogni sociali conclamati ma non soddisfatti dalle più consolidate soluzioni offerte dallo stato o dal mercato, specie in regime di austerità economica e di taglio alle risorse pubbliche. Essa piuttosto rimanda alla necessità di mettere alla prova nuove e più efficaci idee per intervenire nel sociale in una logica di prevenzione e di promozione, piuttosto che di protezione, attraverso programmi di intervento sostenibili e aderenti ai contesti locali di implementazione che mostrino di produrre benefici duraturi. Sulla dimensione delle relazioni, si tratta di costruire nuove partnership pubblico/privato, promuovendo nuove forme di governance che stimolino la partecipazione e il senso di appartenenza alla comunità in una prospettiva di rafforzamento della coesione sociale[49].

Utilizzando la sistematizzazione proposta da Pirone (2012) si potrebbe dire che, mentre nelle prime definizioni di innovazione sociale è insito il riconoscimento del ruolo del terzo settore e delle imprese sociali quali organismi centrali nella promozione dell'innovazione, la riflessione sviluppata intorno agli strumenti di finanza sociale amplia la platea degli attori cui si riconosce un ruolo significativo nei processi di innovazione delle politiche pubbliche, avvicinandosi piuttosto alle definizioni di innovazione sociale centrate sulla finalità sociale dell'azione in termini di produzione del bene pubblico, come nei lavori prodotti dal gruppo dell'università di Stanford. La platea di attori coinvolti negli interventi di welfare si allarga a comprendere banche, fondi pensionistici e previdenziali, fondazioni bancarie, assicurazioni, associazioni for profit, organismi filantropici e investitori privati di qualsivoglia dimensione che coinvolgono, seppure indirettamente, famiglie e singoli risparmiatori. L'agire di un tale ampio sistema di attori e l'emergere di nuove forme di partnership pubblico/privato producono necessariamente conseguenze sulle forme di governance degli interventi e sul più complesso ruolo di regia del pubblico negli interventi pubblici. Come è stato notato, sia discutendo di finanza sociale (Pasi 2015) che di innovazione sociale (Nicholls & Murdock 2012), non si tratta più solo di conseguenze dell'interazione tra attori portatori di logiche di azioni differenti, quanto piuttosto dell'emergere di nuove forme di azione ibride, interpretabili come innesti nella fornitura di servizi di welfare di modalità di azione che combinano le tradizionali logiche del pubblico, del privato e della società civile.

Sebbene la molteplicità delle definizioni di innovazione sociale presenti in letteratura abbia prodotto, come fa notare Pirone (2012), un forte stiramento del termine, proprio l'attenzione sugli strumenti di finanza sociale permette di notare la contaminazione della letteratura di stampo managerialista con quella di matrice sociologica. Mentre, infatti, nel primo caso l'innovazione è sinonimo di garanzia di efficacia, efficienza e sostenibilità, nel secondo l'accento è più

[49] L'accento sulla coesione e solidarietà sociale come dimensioni non disgiunte dalla crescita economica e dalla sostenibilità ambientale attraversa molti recenti documenti europei come anche molta letteratura sulle trasformazioni dell'economia nella direzione dell'economia civile (Bruni e Zamagni 2004) assunta come soluzione alla debacle del modello neoliberista.

sfumatamente posto sulla necessità che l'innovazione possa essere considerata di successo, anche in vista della sua potenziale messa a regime, e che gli impatti dell'innovazione sulla società siano duraturi nel tempo. Nella letteratura sugli strumenti di finanza sociale assume centralità la massimizzazione della qualità e dell'efficacia degli interventi di welfare, stressata nella misurazione dell'impatto sociale degli interventi secondo logiche di contratto *performance-based*. I nuovi strumenti di finanza sociale assumono una prospettiva di win-win game[50], in cui chi ha investito matura il diritto ad un interesse sul capitale (o a una riduzione delle spese future), chi partecipa al programma risolve un bisogno di partenza (di lavoro, salute, formazione, etc.), chi appartiene alla comunità locale beneficia indirettamente della riduzione della spesa pubblica futura per il sostegno alle categorie trattate e delle "conseguenze delle conseguenze" del programma (Bezzi 2010) che, in un'ottica di medio-lungo periodo, innesta circoli virtuosi di sviluppo economico e coesione sociale. Perché ciò accada è ovviamente necessario che il programma funzioni e che il suo successo sia debitamente certificato da un valutatore indipendente e provato da una opportuna metrica[51], come del resto accade per il calcolo del rendimento di strumenti finanziari più tradizionali. Proprio la misurazione dell'impatto sociale degli interventi costituisce il punto più debole e poco sviluppato nella letteratura sul tema, non solo per l'insistenza sulle sole valutazioni sperimentali, ma anche per il rischio di indurre fenomeni di *creaming* e distorsioni nella selezione dei beneficiari del programma nella direzione di quelli che appaiono più promettenti per garantire il successo del programma stesso a danno dell'universalità delle prestazioni di welfare.

I temi fin qui discussi rendono sufficientemente chiaro quanto le effettive potenzialità di innovazione e di successo degli strumenti di finanza sociale dipendano dalle dotazioni territoriali di partenza, in termini di capacità di attivazione e di governance di network territoriali, nonché di competenze specifiche necessarie alla gestione operativa di azioni che si configurano particolarmente complesse sotto il profilo della numerosità ed eterogeneità degli attori coinvolti. Le capacità istituzionali locali vanno poi rapportate con l'entità e la diffusione dei bisogni cui l'azione innovativa intende rispondere: per quanto auto evidente, vale la pena sottolineare che nessuno strumento di finanza sociale può consentire di affrontare problematiche sociali molto diffuse e platee di beneficiari caratterizzate da grandi numeri. Non è dunque un caso che il primo esperimento italiano di cui rende conto l'ultimo paragrafo prenda avvio nel contesto trentino e non altrove. Il fascino per questi strumenti va dunque contemperato da una pragmatica assunzione del rischio di indurre fenomeni di differenziazione territoriale e di indebolimento del senso stesso della cittadinanza sociale, già a rischio nel nostro paese. Resta il fatto che le potenzialità degli strumenti di finanza sociale sono strettamente connesse al suo disegno istituzionale che, a nostro avviso, dovrebbe garantire la regia pubblica dell'intervento, l'investimento in programmi innovativi di prevenzione e connotati in direzione della qualità – senza scadere nella selezione dei beneficiari più promettenti – che dia voce ai singoli, in una logica di partecipazione alla comunità e di accountability.

[50] È questa la posizione di Delrio che nella Prefazione al Rapporto italiano (2014) descrive questi strumenti come "volti a ripensare una economia dove, per una volta, vincano tutti, anzi, tutti traggano benefici".

[51] In alcuni casi, come quello di Napoli, il problema delle metriche è risolto più facilmente dalla misura del costo a prezzi di mercato dello smaltimento dei rifiuti prima e dopo l'intervento.

## 2. La finanza sociale e gli investimenti delle famiglie.

Il portafoglio finanziario dei piccoli investitori, ossia delle famiglie, risponde, secondo la teoria economica, al nesso tra rischio e rendimento, secondo cui ad assunzione di maggior rischio corrisponde un maggior guadagno atteso: l'obiettivo del risparmiatore è massimizzare il rendimento, dato il livello di rischio che vorrà assumere. A maggior rischio assunto corrisponde, in valore atteso maggior rendimento. L'esposizione desiderata al rischio dipende dalle preferenze o grado di avversione/propensione al rischio, caratteristica che varia da individuo a individuo. Secondo la teoria economica, dati questi parametri, il risparmiatore deciderà quanto allocare a investimenti rischiosi (ad esempio: azioni) rispetto a rendimenti *risk-free* (come le obbligazioni)[52]. Dove si innesta la finanza sociale nell'investimento ottimale dei risparmiatori?

La finanza sociale si incardina nell'apparato tradizionale di investimento, inserendo nuove prospettive di rendimento che si aggiungono a quella monetaria. Il rendimento non è più esclusivamente monetario, ma incorpora altre componenti oltre quella monetaria, qualificando l'investimento come ad impatto sociale (Nicholls et al. 2012).

Utilizzando la cornice concettuale offertaci dal ragionamento economico, la funzione di utilità degli investitori viene arricchita di una componente etica, che, insieme al grado di avversione al rischio, determina il portafoglio di investimenti, incluso quelli a contenuto sociale.

La logica dell'investimento guarda così a un "blended return", che bilanci le attese di rendimenti finanziari con quelle dei benefici prodotti sul contesto sociale.

Ai nuovi strumenti finanziari corrisponde un nuovo profilo di investitore, non più passivamente intercettato da istituzioni finanziarie e incline a dirigere il proprio risparmio verso obbligazioni o azioni proposte da enti finanziari, ma attento e attivo, incline a usare il proprio risparmio solo se l'oggetto di investimento corrisponde al proprio insieme di valori e maggiormente esigente nel richiedere trasparenza e conoscenza dell'oggetto di investimenti. Una richiesta di maggiore coinvolgimento e possibilità di esprimere una voce attenta a riguardo del profitto sociale dei propri investimenti sembra emergere da più realtà, soprattutto da fasce di popolazione non altamente ricca, ma giovane e altamente istruita (Bauer e Smeets 2015, Rossi et al. 2016).

I Social bond e Social Impact Bonds sintetizzano, a nostro avviso, i due principali strumenti finanziari in grado di coniugare rendimenti sociali e finanziari. I due prodotti hanno il comune denominatore di essere improntati sulla volontà di agire su una problematica sociale che necessita di investimenti aggiuntivi, siano essi pubblici o privati. I Social Bonds sono delle obbligazioni ordinarie dove però è inclusa una penalità rispetto al rendimento di mercato, il (parziale) rendimento mancato va a confluire in un fondo per la realizzazione di un progetto definito all'atto della sottoscrizione. Un esempio di progetto che viene finanziato, anche solo parzialmente, può essere l'ampliamento di servizi di un ospedale della comunità di residenza del sottoscrittore o il finanziamento di un programma di training per i disoccupati. Nonostante da un punto di vista economico sia un investimento e, al contempo, una donazione, il prodotto riesce ad essere più facilmente collocato, quanto più esso è improntato su un programma verso cui la comunità ha una forte sensibilità. Di fatto, il collocamento di questo tipo di obbligazioni (si veda il caso UBI) ha riscontrato una buona adesione, evidenziando come la domanda di questi prodotti sia tutt'altro

[52] Si veda, ad esempio, Calcagno e Rossi (2011).

che trascurabile. Lo svantaggio di queste obbligazioni è quello di avere un impatto modesto, nel senso che le somme devolute, come interesse mancato, sono di fatto imputabili a un valore intorno all'1% circa del capitale investito. Per contro, l'aspetto di inclusione finanziario-sociale è massimo: i sottoscrittori conoscono e condividono il progetto fino a sentirsi in qualche modo protagonisti attivi.

I Social Impact Bond (che nulla hanno del bond essendo un prodotto rischioso), invece, sono una partnership tra pubblico e privato ove non è presente alcuna componente di devoluzione. Si configurano come una "scommessa" sul funzionamento di un programma ad alto contenuto sociale e potenziale impatto di welfare, il cui successo implica risparmi per la collettività. Il capitale privato - talvolta dormiente - che deve essere intercettato, viene investito in un programma sociale che le risorse pubbliche non sarebbero in grado di coprire.

Lo strumento del social impact bond (SIB) è recentissimo, seppur in rapida ascesa: Il primo social bond risale al 2010 con l'esperimento di Peterbourg sui carcerati nel Regno Unito e non ancora terminato ma con esito finora positivo come riduzione esistente della criminalità associata al programma; pertanto l'evidenza empirica è necessariamente esigua, nonostante le potenzialità siano di notevole ampiezza.

L'idea del social bond è di generare un bond il cui rendimento sia correlato a una performance "sociale". A titolo di esempio, se il programma di investimento è finalizzato alla re-immissione degli ex carcerati sul mercato del lavoro, l'interesse corrisposto ai sottoscrittori sarà dipendente dal successo del programma i base a un target definito ex-ante, quale la riduzione del tasso di criminalità di una prefissata percentuale. Pertanto la messa a punto di un social bond mette in luce la rilevanza cruciale della valutazione, fatta da un organo indipendente, dei progetti.

Nel caso dei SIB, il successo del programma genera rendimenti più alti per l'investitore privato che beneficia di un programma di welfare che è risultato efficiente per i risparmi della PA.

Cosa hanno in comune i Social Impact Bonds con i Social Bonds? Nonostante siano accomunati dal termine bond, i SIB e i SB perseguono un fine sociale, seppure in modi diversi. I Social Bond devolvono per quel fine, mentre i SIB colgono il potenziale rendimento derivante da un investimento sociale. I primi sono "a perdita", per così dire, i secondi vedono invece possibilità di buoni profitti finora non sfruttati. I SIB sono prodotti molto di frontiera e rischiosi che, in un primo stadio, non possono ancora vedere partecipi i piccoli risparmiatori, quanto piuttosto investitori istituzionali in grado di spronare il settore pubblico nell'affrontare temi sociali a potenziale alto impatto. I SIB vedono la partnership pubblico privata come possibile soluzione a tematiche sociali non affrontate per insufficienza di fondi, ma potenzialmente molto redditizie per la collettività. Proprio perché il rendimento, qualora l'investimento pubblico fosse di successo, sarebbe interamente pubblico, ossia della collettività nella sua interezza, l'investitore privato non nutrirebbe interesse a investire denaro proprio. I SIB fanno da ponte contemplando che la PA restituisca il capitale e il rendimento su esso, qualora il programma abbia avuto successo, uscendone, di fatto, in pareggio. Seppure l'intento dei due prodotti diverga, entrambi si possono vedere a complemento in un quadro di problemi sociali ormai cronicizzati che richiederebbero interventi mirati e perduranti, ma, di fatto, trascurati in assenza o carenza di risorse da destinare a problematiche latenti e strutturali, quali, ad esempio, la bassa partecipazione delle donne al mercato del lavoro. Qualora, sottoscrivendo un SIB, un investimento volto a ridurre la disoccupazione giovanile

avesse successo, il rendimento dell'investimento sarebbe restituito agli investitori secondo una logica di mercato.

A nostro avviso i due prodotti sono complementari e non soffrono di spiazzamento riempiendo entrambi, seppure con portata ben diversa, la possibile lacuna di capitali privati investiti in programmi sociali, con un rendimento non trascurabile. I SB, per loro natura, raccolgono un piccolo capitale che, volutamente, viene donato. A fronte di tale limite, solo un intervento molto più massiccio potrebbe mettere a scala un programma che funzioni, e a forte ricaduta sociale. Per fare questo, la partnership tra pubblico e privato si allarga per coinvolgere attori di stesso livello e calibro quale la pubblica amministrazione e investitori privati istituzionali. I piccoli risparmiatori non vengono certamente esclusi dai SIB, ma, al contrario, possono trovare uno strumento finanziario aggiuntivo ove investire, anche se la maggioranza di capitale non può che provenire dai grandi investitori dato l'ammontare di capitale immesso. In questo quadro, piccoli risparmiatori avranno una nuova possibilità: partecipare con attività finanziarie rischiose e non, all'implementazione di un programma a beneficio della collettività in cui vivono.

## 3. Condizioni di vantaggio e potenziali criticità per un vero esperimento: un Bond Trentino legato al *welfare* attivo per l'occupazione.

Individuate finalità e strumentazione della finanza sociale, ivi inclusa la illustrazione di possibili prospettive di rendimento che si aggiungono a quella monetaria, si può tentare di isolare le condizioni minimali necessarie alla realizzazione di un esperimento, esaminandone quindi ai nostri fini i profili di vantaggio insieme alle potenziali criticità.

Nel nostro paese il progressivo allargamento dei bisogni di intervento sul terreno sociale si sta scontrando con la contrazione dei bilanci pubblici. Il contesto attuale ci mostra, pertanto, la urgenza di immaginare e introdurre criteri di operatività – in buona parte inediti sia per l'operatore pubblico che per gli altri soggetti coinvolti nella costruzione e nella attuazione degli interventi – di strumenti innovativi di raccolta e gestione delle risorse finanziarie, in modo da coinvolgere anche e – verrebbe da dire – nel modo più congruo possibile i privati. Peraltro, la costruzione di architetture di questo tipo non dovrebbe far perdere di vista qualità e caratteri dell'intervento, cioè i contenuti specifici dei progetti di cui gli strumenti finanziari sono a servizio. Né dovrebbe far perdere di vista il vero valore aggiunto di queste strumentazioni, che consiste anzitutto nella possibilità di accedere una luce sul legame tra investimenti privati, progetti di natura sociale e controllo pubblico sulle diverse fasi del processo complessivo. Ci sembra indiscutibile, da questo punto di vista, che la finanzia sociale dovrebbe prestarsi piuttosto a connessioni capaci di intrecciare in modo diverso dal passato investimenti, sostegno pubblico e ammodernamento del welfare.

Una connessione senz'altro innovativa – e invero, a quanto consta, si tratta della prima esperienza italiana di questo tipo – è quella alla base di un progetto avviato nel corso del 2017 nella Provincia autonoma di Trento, dove gli strumenti di finanza sociale vogliono legarsi ad iniziative di politica attiva del lavoro e di *welfare* attivo per l'occupazione, cioè a programmi speciali di politica del lavoro governati a livello territoriale.

L'idea è nata e sta prendendo concretamente corpo in questi mesi nell'ambito di un contesto peculiare di cui occorre sinteticamente dare conto. Con esso si illustrano nei fatti alcune condizioni di favore e, a nostro avviso, potenzialmente propulsive per lo sviluppo di nuova

strumentazione di finanza sociale. Il Trentino vanta, in effetti, una forte tradizione in materia di politiche del lavoro, grazie ad una attività amministrativa radicata, con il coinvolgimento delle stesse parti sociali. Si tratta di un territorio con forte propensione autonomistica e con i caratteri tipici di un "laboratorio di innovazione sociale", spesso capace di esprimere forza anticipatrice rispetto allo scenario nazionale. Più precisamente, il caso della Provincia autonoma di Trento rimane nei fatti ancora oggi in Italia il solo in cui a presidio del mercato del lavoro opera una Agenzia pubblica (la storica Agenzia del Lavoro) sostanzialmente *one-stop shop*. Qui sono governati e coniugati strumenti di politica passiva e attiva del lavoro ad ampio raggio ed esiste un *continuum* di prestazioni che sorreggere in ottica transizionale le persone in condizioni di difficoltà.

L'esperimento progettuale illustrato poco innanzi si colloca quindi in un contesto caratterizzato da almeno tre elementi: dalla presenza di un robusto governo pubblico delle politiche del lavoro; dalla presenza di un soggetto attuatore tendenzialmente unico di tali politiche (la Agenzia del Lavoro, appunto); e, infine, dalla presenza di un vero e proprio *Piano di politica del lavoro* (si tratta di un *Documento degli interventi di politica del lavoro*, dove sono individuati gli strumenti di ricollocazione delle persone disoccupate, di accompagnamento sul mercato del lavoro, di conciliazione e di formazione continua).

L'attuale *Piano di politica del lavoro* ha alcuni principi ispiratori e una serie di interventi che sono mirati tra l'altro all'idea dell'ulteriore rafforzamento del modello di welfare in ottica territoriale. È questo un cambiamento che, per la Provincia di Trento, costituisce un'esigenza essenziale non solo nell'ottica dell'efficienza rispetto alle risorse, ma altresì nella prospettiva di offrire risposta a nuove dimensioni di vulnerabilità, sempre più trasversali e frammentate, che si colgono a livello locale. In questi ultimi anni, spostarsi verso il welfare attivo e territoriale ha significato e sta significando rafforzare la capacità della pubblica amministrazione di rispondere a nuovi bisogni, con servizi sinergici e mirati di ricollocazione, accompagnamento sul mercato del lavoro, di conciliazione e di formazione continua.

In concreto, dal punto di vista del governo delle politiche del lavoro, tutto ciò ha voluto e vuole dire promuovere, anche sulla base di piani sociali o progetti integrati, la definizione di percorsi personalizzati di uscita dalle situazioni di difficoltà con la programmazione ed erogazione di programmi di politica attiva corrispondenti specialmente ai moduli dell'orientamento occupazionale dei soggetti deboli, della formazione continua, dell'accompagnamento e supporto al reinserimento nel mondo del lavoro.

L'esperimento avviato nel 2017 mira, in un contesto fortemente strutturato dal punto di vista delle politiche sociali e del lavoro, alla individuazione specifica di modalità di sostegno di welfare attivo territoriale che si appoggino concretamente alla finanza sociale. E per una serie di ragioni, contingenti e non, l'iniziativa progettuale ha concentrato il suo fuoco sulle imprese cooperative e sul sistema cooperativo nel suo complesso. Il problema da risolvere presentava in effetti diverse facce, una delle quali era rappresentata dalla situazione problematica in chiave occupazionale, emersa proprio nel corso del 2017, di alcuni consorzi e di alcune grandi imprese cooperative del territorio trentino. Una situazione inedita, nella quale peraltro all'evidenza non mancavano elementi di forte preoccupazione per l'intera collettività Trentina.

In partenza, si è trattato così anzitutto di vagliare attentamente la reale possibilità di calibrare strumenti di finanzia sociale più *hard* come i Social Impact Bond. Questi strumenti sono in grado – secondo alcuni – di coniugare l'imperativo del rendimento economico con la produzione di

valore sociale. Qui sia ribadito per inciso: i Social Impact Bond sono e restano una forma di investimento "a fronte di risultati", in cui il rendimento per gli investitori è determinato dagli impatti positivi generati da una certa attività sociale, di norma realizzata attraverso partnership che includono pubbliche amministrazioni, altri stakeholders, organizzazioni del terzo settore e intermediari finanziari, ecc.

In questo senso, dunque, la forte dimensione dell'intervento pubblico sul mercato sociale e del lavoro propria del Trentino rappresenta un punto di forza importante di un eventuale progettazione di questo tipo. È vero, peraltro, che le poche esperienze di SIB sin qui maturate provengono soprattutto dal mondo anglosassone, molto diverso dal nostro sotto il profilo istituzionale e di mercato, per cui la loro «esportazione» nel nostro contesto doveva essere attentamente vagliata sia dal punto di vista teorico che dal punto di vista delle possibilità di concreta messa in opera. In questo senso resta necessario ponderare al meglio vantaggi e rischi nella progettazione di strumenti innovativi di questo genere in un territorio – quello di Trento – e in un settore, quello delle imprese cooperative nel quale altri strumenti – di natura sostanzialmente analoga ai Social Impact Bond e, per molti versi più simili ai Social Bond – possono rivelarsi più efficaci.

Tra gli obiettivi del nostro esperimento vi è in ogni caso, in primis, la individuazione di nuove modalità di sostegno privato nelle fasi di ridefinizione e applicazione di politiche pubbliche, quali in particolare le misure di "welfare attivo" per la ricollocazione delle persone disoccupate o a rischio di disoccupazione. Ciò può essere perseguito mettendo in luce, in chiave teorica, punti di forza e criticità dei diversi strumenti di finanza ad impatto sociale nel contesto internazionale e nazionale, concentrandosi sull'analisi delle possibili alternative innovative in termini di inclusione finanziaria in partenariato pubblico-privato che si rivelassero più performanti e adatte alla concreta applicazione nel sistema cooperativo del Trentino (e più nello specifico, almeno inizialmente, della cooperazione di consumo). Più precisamente, in questa direzione, l'obiettivo primario dell'esperimento consiste nell'individuazione e nella conseguente costruzione di strumenti che possano rappresentare una leva strategica preziosa per un ri-orientamento delle politiche del lavoro, compatibili con le necessità di innovazione connesse sia alle modalità di gestione che di finanziamento dei servizi, contenendo la spesa pubblica al di sotto dei relativi benefici sociali.

Il progetto mira così a combinare analisi teorica, studio di fattibilità e concreta messa in opera di forme di raccolta di finanziamento privato (interno ed eventualmente esterno al sistema cooperativo) collegati a speciali programmi di politica del lavoro di potenziale forte impatto sul territorio trentino. Nel momento in cui scriviamo tali forme e programmi stanno per essere realizzati con la regia dei più rilevanti attori e *policy makers* nel campo specifico (la Federazione Trentina della Cooperazione e, appunto, la Agenzia del Lavoro della Provincia autonoma di Trento). Essi consistono in sintesi nella "presa in carico" (mirata a formazione ad hoc e ricollocazione sul mercato del lavoro), condivisa e partecipata in chiave mutualistica e quindi dalla collettività di riferimento, delle persone a rischio di espulsione o eventualmente espulse dai processi produttivi interni al sistema delle imprese cooperative.

Se del possibile ruolo dell'Agenzia del Lavoro si è appena detto, occorre a questo punto spendere qualche parola sulla importanza della partnership progettuale con la associazione delle imprese cooperative trentine. Ruolo e capacità rappresentativa della Federazione Trentina della Cooperazione sono da considerare un valore aggiunto essenziale nella costruzione di strumenti, quali quelli oggetto dell'esperimento, di raccolta di investimento privato in funzione e in raccordo con la realizzazione di programmi ad impatto sociale nel sistema cooperativo. In questa direzione,

tanto la Agenzia del Lavoro quanto la Federazione potranno svolgere un ruolo attivo nella prima fase di programmazione quanto in quella realizzativa del progetto. Il suo coinvolgimento consentirà di realizzare un *fine tuning* dell'impianto teorico e della messa in opera degli strumenti in relazione al problema specifico e al sistema cooperativo trentino.

Nel contenere la ricaduta sociale conseguente alle situazioni di difficoltà occupazionale soprattutto la associazione di rappresentanza, unitamente alle imprese del settore, potrà offrire il suo supporto – non solo in termini economici – per definire efficaci percorsi di outplacement, di riqualificazione ed eventuale ricollocazione delle persone coinvolte nelle rimodulazioni dei processi produttivi. Tali programmi saranno appunto costruiti, in termini di architettura negoziale e progettualità operativa, in connessione con le istituzioni del territorio e in relazione alle acquisizioni del gruppo di ricercatori coinvolti nel progetto in funzione della scelta e della progettazione di interventi mirati ed efficaci.

L'esperimento necessita di un mix di competenze (economiche, sociologiche, giuridiche) e vede all'opera un team di ricercatori di diversi ambiti disciplinari con il coinvolgimento dei policy makers del territorio. Merita sottolineare del resto che, dal punto di vista del disegno strutturale, tanto i Social Bond quanto (e ancora di più) i Social Impact Bond presentano disegni estremamente articolati e complessi. Perché il progetto possa avere gambe per camminare, sarà essenziale l'analisi di identità e ruolo di ciascun soggetto coinvolto nell'operazione. Si ricordi che con il Social Impact Bond vengono in essere una pluralità di rapporti contrattuali tra loro collegati, il cui scopo ultimo si snoda lungo due assi essenziali, ovvero il raggiungimento dell'obiettivo sociale predeterminato, per quanto riguarda l'amministrazione pubblica e il rientro del capitale e della connessa remunerazione, con riferimento agli investitori privati (Arena M., Bengo I., Calderini M., Chiodo V., 2015). Il Social Bond (e altri strumenti analoghi) presentano invece, nel complesso, una architettura più semplice da costruire.

In ogni caso si può affermare, in conclusione, che la riflessione sulla "tecnologia" contrattuale da mettere in campo si dovrà collegare ad una riflessione sull'utilizzazione, da parte delle amministrazioni, di modalità innovative per lo svolgimento, e per una valutazione di efficienza, di una molteplicità di funzioni di welfare. L'esperimento può rappresentare un ambito molto concreto in cui sperimentare la praticabilità effettiva di un modello di azione che, nel ribadire i compiti delle istituzioni pubbliche, ne configura gli stili in termini maggiormente capaci di penetrare e di affermarsi nei contesti della regolazione del mercato.

## Riferimenti bibliografici.

Arena M., Bengo I., Calderini M. & Chiodo, V. (2015). Social Impact Bonds: New Finance or New Procurement. *ACRN Oxford Journal of Finance and Risk Perspectives*, *4* (4), 168-189.

Ascoli U. (2011). *Il welfare in Italia*. Il Mulino, Bologna.

Ascoli U., Ranci C. e Sgritta G.B. (2015). Investire nel sociale. La difficile innovazione del welfare italiano, *Scuola democratica*, *7*(3), 805-808.

Ascoli U., & Sgritta G.B. (2014). Social investment and social innovation. New balances between economic growth, rights and social cohesion, *Rassegna Italiana di Sociologia*, *55*(3), 499-526.

Bauer R. & Smeets P. (2015) Social Identification and Investment Decisions. *J. Econ. Behav. Organ.* 117, 121–134.

BEPA – Bureau of European Policy Advisers (2011). *Empowering People, Driving Change: Social Innovation in the European Union*, Bruxelles, Commissione Europea.

Bezzi C., (2010). Il nuovo disegno della ricerca valutativa, *Franco Angeli* Editore.

Bruni L. e Zamagni S. (2004). *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Il Mulino, Bologna.

Busch T., Bauer R. & Orlitzky M. (2016). Sustainable development and financial markets: Old paths and new avenues. *Business & Society*, *55*(3), 303-329.

Calcagno R. e Rossi M.C. (2011). Portfolio Choice and Precautionary Savings, *Economics Bulletin*, 2011, 31, 2, 1353-1361.

Ferrera M. (2012). *Le politiche sociali*. Il Mulino, Bologna.

Ferrera M. & Maino F. (2014). *Social Innovation beyond the State*. *Italy's second welfare in a european perspective, WP-2WEL*, *2*, 14.

Giddens A. (1984). *The construction of society*, Polity, Cambridge.

Kazepov Y. e Ranci C. (2017). *Why no social investment in Italy. Timing, Austerity, and Macro-Level Matthew Effects* in A. Hemerijck (ed), *The uses of social investment*, Oxford University Press, Oxford.

Madama I. (2010). *Le politiche di assistenza sociale*, Il Mulino, Bologna.

Maino F. (2013). *Tra nuovi bisogni e vincoli di bilancio: Protagonisti, Risorse e Innovazione Sociale* in Maino F. e Ferrera M. (a cura di) *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Centro Einaudi, Torino.

Nicholls A., Moore M-L. & Westley F. (2012). The Social Finance and Social Innovation Nexus, *Journal of Social Entrepreneurship*, 3 (2), 115-32.

Nicholls A. (2010). Fair trade: Towards an economics of virtue, *Journal of business ethics*, *92*, 241-255.

Nicholls J., Lawlor E., Neitzert E. & Goodspeed T. (2012). *A Guide to Social Return on Investment*. 2. London: The Cabinet Office.

Nicholls A. & Murdock A. (2012). *The Nature of Social Innovation* in Nicholls A., Murdock A. (eds) *Social Innovation*. Palgrave Macmillan, London.

Pasi G. (2015). S*ocial impact bond*: *nuovi schemi negoziali tra misurazione dell'impatto e finanza strutturata*, Secondo rapporto sul secondo welfare in Italia. Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, Torino.

Pirone F. (2012). Innovazione sociale: l'estensione semantica di un concetto in ascesa politica, *La Rivista delle Politiche Sociali*, 4, 137-150.

Rapporto Italiano della Social Impact Investment Task Force istituita in ambito G8 (2014). La finanza che include: gli investimenti ad impatto sociale per una nuova economia, Roma.

Rosanvallon P. (2011). *La société des égaux*, Paris, Seuil.

Rossi M., Sansone D., van Soest A., & Torricelli C. (2016). *Estimating the demand for new social investments in the Netherlands*. Netspar paper No. 048, 07/2016

Salamon L. M. (2014). *New frontiers of philanthropy: A guide to the new tools and new actors that are reshaping global philanthropy and social investing*. Oxford University Press, USA.

Saraceno C. (2013). *Il welfare state. Modelli e dilemmi della cittadinanza sociale*, Il Mulino, Bologna.

Touraine A. (2010). *Après la crise*, Paris, Seuil.

Warner M. E. (2013). Private finance for public goods: social impact bonds. *Journal of Economic Policy Reform*, *16*(4), 303-319.

Westley F., & Antadze N. (2010). Making a difference: Strategies for scaling social innovation for greater impact. *Innovation Journal*, *15*(2).

# Verso il sistema unitario dei servizi per il lavoro*

Sergio Vergari

1. Premessa. I ritardi del Paese rispetto ai fattori di cambiamento. 23
2. Cosa serve per rivitalizzare l'area dei servizi per il lavoro? 25
3. I segni tangibili dell'impostazione unitaria del nuovo sistema. 26
3.1. La condivisione delle fonti di regolamentazione del sistema. 27
3.2. La condivisione del modello organizzativo. 29
3.3. Segue: disallineamenti non risolti tra livello nazionale e quello regionale. 32
3.4. La gestione (potenzialmente) unitaria dei servizi per l'impiego. 35
4. Il difficile abbinamento tra funzioni amministrative e servizi all'utente. 36
5. La centralità del cittadino tra diritti esigibili e servizi personalizzati. 38
6. L'innesto problematico dei servizi a risultato. 42
7. Cosa manca per il funzionamento reale del sistema unitario? 45
8. Il dialogo necessario tra politiche e strumenti nazionali e quelli regionali. 46
9. Possibili traiettorie della fase post-referendaria. 48
10. Quale ruolo gestionale per l'Anpal? 49

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 351/2018

## 1. Premessa. I ritardi del Paese rispetto ai fattori di cambiamento.

Riconoscere il forte ritardo del Paese nell'erogazione ai cittadini di adeguati e diffusi servizi professionali per il lavoro è un passaggio necessario per affrontare il discorso sui cambiamenti in atto in ambito pubblico e sulle condizioni per il loro sviluppo.

Per invertire significativamente la rotta non sono bastate le stagioni del monopolio sul collocamento e quella della sua successiva rottura a favore del mercato[53]. Non è bastata nemmeno l'alternanza storica, sul crinale del nuovo secolo, tra titolarità esclusivamente statale e quella concorrente regionale sulla materia[54].

Da troppi anni la quota di intermediazione garantita dai servizi professionali, pubblici e privati, è largamente insufficiente e poco rilevante al cospetto dei canali di reperimento del lavoro più diffusi ed informali[55], quali la segnalazione, la conoscenza diretta, il passaparola. Ancora oggi 8 disoccupati su 10 chiedono aiuto alla rete parentale o amicale di appartenenza[56].

Al contempo, il rapporto fra politiche passive e politiche attive continua ad essere di 6 a 1[57], mentre la competizione su larga scala rende ineludibile l'aggiornamento continuo dei sistemi produttivi e dei fattori di competitività aziendale. L'esigenza correlata di favorire la crescita della produttività induce ad investimenti incessanti sulla qualificazione delle risorse umane, pure suggerita dallo sviluppo di nuove tecniche produttive e dalle sfide della ricerca e dello sviluppo[58].

Oggi, più che mai, è lo stesso mercato del lavoro ad imporre l'accompagnamento professionale dell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro. L'inefficienza allocativa dei lavoratori è certificata dalle posizioni di rincalzo occupate dall'Italia nella classifica del livello di coerenza tra competenze possedute e posizioni lavorative occupate e dai conseguenti bassi livelli di produttività. La stessa crescita continua del tasso di sostituzione delle professioni e delle professionalità tende ad acuire la distanza tra le esigenze occupazionali delle imprese e la capacità di reperimento di lavoratori in possesso dei requisiti richiesti.

Il radicamento e la diffusione dei servizi di orientamento e di sostegno soddisfano, per questa parte, un interesse trasversale, che comprende tanto quello dei datori di lavoro e dei cittadini in

---

[53] Sulla trasformazione del sistema del collocamento in servizio pubblico, cfr. F. LISO, *I servizi all'impiego*, in D. GAROFALO - M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, 591 ss.

[54] Per una ricostruzione di tale passaggio cfr. P. SESTITO - S. PIRRONE, *Disoccupati in Italia. Tra Stato, regioni e cacciatori di teste*, Il Mulino, 2006.

[55] Cfr. E. MANDRONE - R. LANDI - M. MAROCCO - D. RADICCHIA, *I canali di intermediazione e i servizi per il lavoro*, in ISFOL, Collana Isfol Research Paper, n. 31, maggio 2016.

[56] Cfr. M. DEL CONTE, *Il Jobs Act e la rete dei servizi per l'impiego*, in A. DI MAIO - A.R. MARMO (a cura di), *Vent'anni e un giorno di riforme del lavoro. Dal Pacchetto Treu alla legge Biagi, al Jobs Act*, Rubettino, 2016, 110.

[57] I dati pubblicati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nel proprio studio su "Spesa per le politiche occupazionali e del lavoro Anno 2013" (*Quaderni di studi e statistiche sul mercato del lavoro*, n. 7 – luglio 2015) svelano che la spesa complessiva per le politiche attive, compresa quella per gli incentivi alle assunzioni, è stata nel 2013 di 5.494.903 euro. Quella per le politiche passive ammonta nello stesso anno a 25.161.715 euro. A commento di tali dati, G. CAZZOLA (*Le politiche del lavoro: aumenta la spesa, diminuiscono i soggetti beneficiari*, in *Bollettino Adapt* del 31 agosto 2015) fa notare le modifiche intervenute nella composizione della spesa rispetto al 2009, quando la quota riservata alle politiche attive (*misure*) era pari al 22,7% e quella rivolta alle politiche passive (*supporto*) era pari al 77,3%.

[58] Cfr. D. DE MASI, *Il futuro del lavoro. Fatica e ozio nella società postindustriale*, Feltrinelli, 2003; S. NEGRELLI, *Sociologia del lavoro*, Laterza, 2005.

cerca di lavoro quanto quello proprio delle istituzioni scolastiche e formative e delle strutture preposte allo sviluppo economico ed occupazionale.

Anche il diritto del lavoro, come noto, è esposto a cambiamenti profondi[59]. La nuova direzione, come segnalato ormai da tutti, è lo spostamento progressivo dell'ambito d'incidenza delle tutele dal rapporto verso il mercato[60]. All'interno di questa seconda area sono in atto, tra l'altro, importanti riforme che, per sostenere la qualificazione e la limitazione della spesa pubblica, riscrivono le condizioni di accesso agli ammortizzatori sociali[61] e insieme allontanano il tempo del pensionamento, per collegarlo alle aspettative di vita[62].

Ne risulta fortemente condizionato anche il citato rapporto tra ammortizzatori sociali e politiche attive, con la necessità, ormai ineludibile, di conferire nuovo slancio alle seconde, pur in un quadro finanziario incerto. Appare inesorabile, altresì, lo spiazzamento delle tradizionali forme gestionali degli esuberi imperniate sull'accompagnamento privilegiato alla pensione[63].

È dunque necessario ridare un senso nuovo alle politiche di *flexicurity*, reinterpretare e sostenere la componente di sicurezza sociale, troppo a lungo sacrificata in nome del potenziamento della sola flessibilità[64], e dare maggiore equilibrio complessivo al mercato del lavoro[65].

È fondamentale, altresì, un forte passaggio culturale. Serve accogliere l'esempio di altri Paesi che hanno creduto negli investimenti pubblici nelle politiche attive del lavoro quale volano per i processi di sviluppo economico, allontanandosi dall'approccio passivo e inibente per cui è l'economia che crea il lavoro[66]. Serve accompagnare la riforma degli ammortizzatori sociali, anche in funzione

---

[59] Parla esplicitamente di "*riorientamento del diritto del lavoro*" T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, *DLRI*, 4, 2015, 179. Sui mutamenti di paradigma del diritto del lavoro cfr. A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, *LD*, 2016, 1, 17 ss.; L. MARIUCCI, *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, *LD*, 2015, 209 ss.

[60] Cfr., per tutti, U. ROMAGNOLI, *La transazione infinita verso la flessibilità "buona"*, *LD*, 2013, 2, 155 ss.; D. GOTTARDI, *Riforme strutturali e prospettiva europea di flexicurity: andata e ritorno*, *LD*, 2, 2015, 239 ss.; S. SCARPONI, A. LASSANDARI, *Le politiche attive nel mercato del lavoro. Presentazione*, *LD*, 2016, 2, 187 ss.; L. MARIUCCI (a cura di), *Tre domande e quattro risposte sul governo del mercato del lavoro*, *LD*, 2016, 2, 193 ss.; M. MAGNANI, *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel c.d.* Jobs Act. *Il codice dei contratti*, *DRI*, 2015, 4, 960 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Introduzione*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il diritto all'occupazione dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2017, 1 ss.

[61] Sulla direzione intrapresa dalle recenti novità normative cfr. E. BALLETTI, *La riforma degli ammortizzatori sociali alla luce del disegno di legge delega 3 aprile 2014, n. 1428 Senato*, in CARINCI F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Atto II, Adapt Labour Studies e-book series, University pres. Modena, ebook n. 32, 1 ss.; M. CINELLI- C.A. NICOLINI, *L'attuazione del Jobs Act nei decreti di settembre. Il nuovo assetto degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto*, *RIDL.*, III, 2015, 245 ss.; D. GAROFALO, *La* ratio *della riforma*, in E. BALLETTI - D. GAROFALO (a cura di), *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act2*, Cacucci, 2016, 11 ss.; ID., *La tutela della disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, in G. ZILIO GRANDI - M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 353 s.

[62] Sul progressivo distacco della legislazione recente dal modello storico delle tutele sociali praticato nel Paese per molti lustri cfr. M. CINELLI, *Jobs Act e dintorni. Appunti sulle metamorfosi* in progress *nel sistema delle tutele sociali*, *RDSS*, 2015, 2, 285 ss.

[63] Cfr. M. DEL CONTE, *op. cit.*, 109.

[64] Cfr. P. FALCO, A. GARNERO - S. SCARPETTA, *Il lavoro senza qualità*, Lavoce.info di data 01 aprile 2016; A. ALAIMO, *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".IT* n. 249/2015.

[65] Cfr. T TREU, *La lunga stagione del nuovo lavoro*, in A. DI MAIO - A.R. MARMO (a cura di), *op. cit*., 2016, 13 s.; R. PESSI, *Ripensare il mercato del lavoro*, *RDSS*, 2014, 2, 2015 ss.

[66] Cfr. R. BENINI, M. SORCIONI, *Il Fattore umano. Perché è il lavoro che fa l'economia e non il contrario*, Donzelli, 2016; F. FERRANTE, *Per la crescita ripartire dalle risorse umane*, Lavoce.info di data 04 novembre 2016; A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 30 ss. Anche B. CARUSO (*Le risposte*, in L. MARIUCCI, *Tre domande e quattro risposte sul governo del mercato del lavoro, LD, 2016, 2,* 215) ritiene che al Sud le politiche attive, «se integrate in una strategia di sviluppo e innovazione, possono diventare un fattore strategico di cambiamento».

della qualificazione della spesa, mediante politiche attive capaci di rilanciare e riscrivere l'assetto delle tutele[67].

Ma il Paese è davvero in grado di raccogliere questa sfida? Gli ultimi mesi dimostrano che è in atto uno sforzo di rivitalizzazione del sistema, complice il nuovo disegno organizzativo inaugurato con il d.lgs. n. 150/2015. Il percorso è particolarmente tortuoso, poichè il riposizionamento del pendolo a favore di un maggior centralismo, seppur ora condizionato dal fallimento della riforma costituzionale promossa dal Governo Renzi[68], costringe a governare una doppia riforma, rispettivamente, nel rapporto con i cittadini e nella relazione tra le istituzioni statali e quelle regionali.

## 2. Cosa serve per rivitalizzare l'area dei servizi per il lavoro?

Le norme del 2015 offrono due chiare indicazioni rispetto alle condizioni per il potenziamento dei servizi per il lavoro.

La prima rinvia alla creazione di un sistema dei servizi per il lavoro unitario e coeso, improntato al gioco di squadra tra Stato e Regioni. La seconda richiama la centralità del cittadino rispetto al percorso da intraprendere, al cui sostegno concreto devono essere rivolte tutte le energie.

Sul primo versante, l'idea di fondo perseguita sottende il progetto di unificazione dei sistemi regionali per il lavoro, per il quale, anche a Costituzione invariata, gli stessi dovrebbero collegarsi tra di loro all'interno di un più ampio sistema nazionale. L'espressione "Sistema unitario", che il legislatore utilizza solo con riferimento a quello informativo, ben si adatta, in conseguenza, alla descrizione e denominazione di un unico spazio di azione condiviso, imperniato su regole comuni e coordinato al proprio interno.

L'importanza della sua realizzazione non è solo organizzativa. Essa riguarda, soprattutto, la valorizzazione degli interessi del cittadino, per abilitarlo ad un rapporto non più solo con la singola Provincia o Regione di appartenenza, ma anche con le altre istituzioni regionali e statali del sistema.

Proprio l'attenzione al cittadino, nella doppia accezione di persona ed impresa, costituisce, pur al di fuori di declamazioni espresse, il secondo asse portante della riforma[69]. Alla soddisfazione dei suoi bisogni appare ora seriamente rivolta l'intera revisione organizzativa dei compiti istituzionali, tant'è che mai prima d'ora si era giunti ad una declinazione nazionale dei livelli essenziali dei servizi per l'impiego[70]. Al contempo, mai ci si era spinti a declamare in legge, come poi avvenuto

---

[67] Per l'enfatizzazione del collegamento tra politiche attive e quelle passive quale strumento di innovazione cfr. M. DEL CONTE, *Il Jobs Act e la rete dei servizi per l'impiego*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il diritto dell'occupazione*, *cit.*, 4.

[68] Come noto, il 4 dicembre 2016 è stato sottoposto a referendum il disegno di legge di riforma costituzionale approvato il 12 aprile 2016 e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 15 aprile 2016**.** Tra i suoi punti qualificanti, vanno ricordati, per quanto più qui interessa, l'abolizione delle Province e la modifica dell'art. 117 Cost., con l'enucleazione della nuova competenza in materia di politiche attive del lavoro e la sua attribuzione esclusivamente allo Stato.

[69] Della stessa opinione è M. DEL CONTE, *Il Jobs Act e la rete dei servizi per l'impiego*, *cit.*, 8 ss.

[70] L'unico vero precedente normativo è coinciso con l'avvenuta sostituzione, ad opera dell'art. 33, comma 4, della legge n. 92/2012, della rubrica dell'art. 3 del d.lgs. n. 181/2000 e la sua intitolazione ai "Livelli essenziali delle prestazioni concernenti i servizi per l'impiego". Prima della sua soppressione ad opera del d.lgs. n. 150/2015, in quell'articolo era disciplinati i servizi minimi da erogare ai soggetti disoccupati. Sul significato di tale originaria operazione normativa cfr. P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella l. n. 92/2012. Una prima ricognizione delle novità*, *RDSS*, 2012, 453 ss.

con l'introduzione dell'assegno di ricollocazione, la centralità del risultato occupazionale nei servizi di assistenza al cittadino[71].

Nelle vicende organizzative del mercato del lavoro, la sentenza del 1997 sul caso Job Center II era stata l'ultimo vero atto proteso a dare sfogo e ascolto alle istanze di attenzione del cittadino. A fronte della forte perdita di efficacia e di credibilità del sistema pubblico dell'epoca, l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea e la conseguente dichiarazione di illegittimità del monopolio pubblico sul collocamento[72] avevano permesso di consegnare i problemi occupazionali a soluzioni di mercato e all'intervento efficiente dei privati.

Oggi, a differenza di allora, senza smentire il ruolo del mercato, si punta a rigenerare il sistema pubblico, per renderlo idoneo ad affiancare doverose risposte a tutti i cittadini, soprattutto a quelli più deboli, e a promuovere la tutela degli interessi occupazionali dei cittadini all'interno di un rinnovato paniere di servizi.

Mercato e servizi pubblici rimangono, com'è naturale, in potenziale concorrenza. Al cittadino, tuttavia, si vuole ora rivolgere un'offerta pubblica congegnata anche per bilanciare ciò che il mercato non può risolvere autonomamente. Un'offerta imperniata sulla promozione di nuovi schemi concorrenziali tra pubblico e privato, sulla costruzione di spazi pubblici dedicati (le reti dei servizi)[73] e sulla disponibilità di finanziamenti pubblici mirati.

Il cittadino-lavoratore è posto finalmente al centro di tale prospettiva, benché, come si dirà, nella posizione ambivalente, e per ciò stesso complessa, di titolare di diritti esigibili e, insieme, di utente di servizi pubblici. Meno netta è l'attenzione riservata al cittadino-datore di lavoro, cui il d.lgs. n. 150/2015 non riserva specifiche prescrizioni[74].

## 3. I segni tangibili dell'impostazione unitaria del nuovo sistema.

Secondo un giudizio recente, il d.lgs. 150 è pervaso da un'ideologia neocentralistica, che lo rende sostanzialmente eversivo rispetto all'impostazione regionalista dell'assetto costituzionale[75]. Si tratta di una visione solo parzialmente giustificata, poiché il disegno promosso dal nuovo testo normativo pare ricercare, più che l'egemonia statale sui servizi per il lavoro, un'impostazione più bilanciata, capace di coniugare le istanze statali di uniformità dei servizi minimi e le inclinazioni regionali alla diversificazione dell'offerta ed alla sua qualità.

---

[71] La prima iniziativa in questa direzione si può rinvenire nel programma della c.d. Garanzia Giovani, nelle cui schede operative è stata prevista una remunerazione a risultato riservata agli operatori impegnati nei servizi di accompagnamento al lavoro. Su tale programma europeo, cfr. la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 22 aprile 2013 (2013/C 120/01) e il Piano di attuazione italiano della Garanzia per i Giovani del 23 dicembre 2013.

[72] Cfr. C. giust. 11 dicembre 1997, C-55/96 ed i relativi commenti espressi da P. ICHINO, *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*, *RIDL,* 1998, II, 22 ss. e M. RICCI, *Il controverso rapporto fra principi comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro: il caso* Job Center *II*, *DLRI*, 1998, 145 ss.

[73] Si parla, in proposito, di "quasi mercato", ovvero di un sistema chiuso, dotato di talune prerogative tipiche del mercato. Su tale categoria applicata ai servizi per il lavoro cfr. M. MAROCCO, *La nuova* governance *delle politiche attive del lavoro*, *DLRI*, 2016, 203 ss. Sul trionfo del quasi mercato in Europa, cfr. P.G. BRESCIANI - A. SARTORI, *Innovare i servizi per il lavoro: tra il dire e il mare…*, Franco Angeli, 2015, 47 ss.

[74] Sulla diffusa carenza, nell'offerta pubblica dei servizi per il lavoro, di misure dedicate ai datori di lavoro cfr. S. VERGARI, *Prove di convivenza. L'organizzazione del mercato del lavoro dopo il d.lgs. n. 150/2015*, in *Commentario al d.lgs. n. 150/2015*, a cura di E. GHERA - D. GAROFALO, Cacucci, 2016, 59 ss.

[75] V. FILÌ, *L'organizzazione e la gestione dei servizi per l'impiego nel d.lgs. n. 150/2015 alla luce della riforma costituzionale del 2016*, *RGL*, 2016, n. 3, 513 ss.

In tale direzione, l'esperienza maturata nella costruzione e nella gestione del programma "Garanzia Giovani"[76] rivela il nuovo corso istituzionale perseguito, imperniato sulla condivisione responsabile di Stato e Regioni del processo di costruzione delle regole del gioco, del nuovo impianto organizzativo e della sua gestione. A tale processo si deve la costruzione di un'innovativa cornice nazionale dei servizi e delle politiche, prima del tutto inesistente. Si deve anche la realizzazione di un'inedita convergenza procedurale tra gli enti regionali e tra gli stessi e lo Stato.

Nel solco di tale esperienza, il d.lgs. 150/2015 introduce opportunità multiple di collaborazione istituzionale e svela il disegno politico di sostenere il co-protagonismo di Stato e Regioni, applicato, nel caso di specie, sia alla costruzione che all'impostazione e alla gestione del nuovo sistema unitario. La misura e gli equilibri di tale impostazione sono lasciati volutamente indefiniti, per dare spazio alle libere interpretazioni delle parti. Rimane fermo, in ogni caso, il valore dell'investimento su entrambi i centri direzionali del nostro ordinamento.

### 3.1. La condivisione delle fonti di regolamentazione del sistema.

La prima forma di collaborazione istituzionale è espressa dalla condivisione delle fonti di regolamentazione del sistema, che la legge rimette, per tre aspetti fondamentali, proprio agli accordi tra Stato e Regioni[77]. Si allude, rispettivamente, alla determinazione dell'indirizzo politico in materia di politiche del lavoro, al coordinamento delle risorse finanziarie e, non da ultimo, al coordinamento dei meccanismi di gestione amministrativa.

Il ruolo d'indirizzo politico è assegnato, già all'art. 1, comma 1, del d.lgs. 150, alla responsabilità congiunta del Ministero del lavoro e delle Regioni, seppur riferita alle parti di rispettiva competenza. In tal modo, pur a fronte di una previsione anfibia[78], per il suo essere compatibile tanto con l'assetto costituzionale vigente, quanto con quello promosso nella legge costituzionale bocciata dal recente referendum del 4 dicembre 2016, si evita qualsivoglia ascrizione ad uno solo dei due Enti del potere di determinazione dinamica delle strategie da perseguire. Entrambi sono chiamati allo svolgimento del medesimo compito e ad entrambi ne è consentito l'esercizio in comune, in adesione all'obiettivo della massima condivisione possibile delle scelte e dei criteri di sviluppo delle politiche attive.

Nei fatti, le vicende concrete degli ultimi anni testimoniano la netta preferenza per il metodo unitario, come si evince dall'Accordo quadro stipulato da Stato e Regioni il 30 luglio 2015, quale viatico per il successivo d.lgs. 150/2015, e dal più recente accordo del 22 dicembre 2016 in materia di politiche attive per il lavoro per il 2017.

La legge, per questa parte, assume un concetto evolutivo di politica del lavoro, per il quale i suoi contenuti devono sfuggire a qualsivoglia cristallizzazione normativa, per essere periodicamente declinati, in via amministrativa o convenzionale, in conformità ai tempi ed alle esigenze di volta in volta emergenti[79].

---

[76] Cfr. i riferimenti menzionati alla nota n. 19.

[77] Anche per A. LASSANDARI (*La tutela immaginaria nel mercato del lavoro: i servizi per l'impiego e le politiche attive*, *LD*, 2016, 2, 245) la riforma della *governance* del sistema, pur ispirata dall'obiettivo di recupero di predominanza dell'indirizzo statale, è fondata soprattutto sul consenso politico-istituzionale tra Stato e Regioni, che si regge, per l'appunto, sulla condivisione dei compiti, ma soprattutto sugli accordi inter-istituzionali.

[78] V. FILÌ, *op. cit.,* 513.

[79] Su tale concetto, si veda l'illuminante insegnamento di M. NAPOLI, *Strategie per l'occupazione e politiche del lavoro*, in M. NAPOLI, *Politiche del lavoro occupazione, diritto. Idee ed esperienze (1983-1986)*, Franco Angeli, 1988, 172 ss.

Nella logica collaborativa trova giustificazione, per altra parte, la scelta di rimettere alla responsabilità binaria di Stato e Regioni anche gli aspetti organizzativi, vero snodo per l'attuazione concreta delle politiche e l'erogazione dei servizi. Ad entrambi i livelli, non a caso, la legge affida la definizione congiunta di un piano di rafforzamento (art. 15, d.l. 78/2015, convertito nella l. 225/2015), il cui scopo prioritario, al di là della generica garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni (d'ora in poi, lep), è rintracciabile nella predisposizione di un programma coordinato dei fondi nazionali e regionali, nonché dei programmi operativi cofinanziati dal Fondo sociale europeo.

La condivisione dell'utilizzo delle risorse è un aspetto centrale della riforma del 2015, che mira, una volta di più, a superare la divisione illogica dei poteri di spesa e le insidie di sistemi costruiti su presupposti di incomunicabilità e di incomparabilità.

Poco importa che le bozze di piano di rafforzamento sin qui elaborate scontino la difficile fase di avviamento del d.lgs. 150/2015, nonché i problemi generati dal riordino delle Province e le difficoltà di fornire continuità ai centri per l'impiego[80]. Il punto centrale di attenzione rimane ancorato all'opzione metodologica da esso espressa, costituita dalla richiesta convergenza di Stato e Regioni verso scelte comuni di investimento finanziario.

Alla stessa logica paritaria e binaria è ispirato, coerentemente, l'esercizio della facoltà di riallocazione delle funzioni amministrative, che la legge, in taluni casi, consente di affidare a soggetti diversi da quelli indicati come titolari. È previsto, a tale scopo, lo strumento delle convenzioni bilaterali[81], cui è rimesso, di fatto, un potere di deroga alle scelte organizzative operate dal legislatore.

Tanto nella versione promossa all'art. 11, d.lgs. n. 150/2015, quanto in quella contenuta all'art. 15, d.l. n. 78/2015, non è ovviamente messo in discussione il criterio di ordinario di riparto delle attribuzioni. Ciò che si persegue, in entrambe le norme, è l'introduzione di meccanismi coordinati di gestione amministrativa, per favorire la convivenza razionale ed efficiente tra quanto assegnato alla responsabilità dell'Agenzia nazionale per le politiche del lavoro (d'ora in poi, Anpal) e gli spazi di competenza regionale.

Certo, le convenzioni sottoscritte per il biennio 2015/16, e poi per l'anno 2017[82], hanno perseguito un obiettivo diverso e più emergenziale, volto a sostenere la continuità dei servizi già erogati dalle Province e a favorire la compartecipazione finanziaria delle Regioni per un terzo dei costi. Nondimeno, la funzione propria delle convenzioni bilaterali rimane ancorata ad un progetto potenzialmente più alto, di possibile adattamento e variazione dello scenario organizzativo prestabilito, con conseguente allocazione dei compiti amministrativi ad un livello diverso da quello naturale. È prevista, infatti, la possibilità per la Regione di attribuire ad Anpal una o più delle funzioni proprie dei centri per l'impiego (art. 11, comma 1, lett. e, d.lgs. n. 150/2015).

---

[80] Su tali aspetti cfr. G. LELLA, *Il difficile cammino della riforma dei servizi per il lavoro. Profili costituzionali, riforme istituzionali e attribuzione delle funzioni e dei compiti amministrativi in materia di politiche attive del lavoro*, *DLRI*, 2016, 1, 185 ss.

[81] Lo strumento delle convenzioni bilaterali, quale viatico per la determinazione dell'assetto di competenze, ha trovato spazio per la prima volta nell'ambito dell'attuazione del Programma operativo nazionale "Iniziativa Occupazione Giovani". Tramite quest'ultimo, adottato nel luglio 2014, l'Italia ha dato attuazione alla Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 22 aprile 2013, istitutiva di una Garanzia per i giovani.

[82] L'accordo per il 2017 è stato sottoscritto in Conferenza permanente Stato, Regioni e Province Autonome il giorno 22 dicembre 2016.

Siffatta disposizione svela la cedevolezza del riparto di compiti stabilito dal d.lgs. n. 150/2015, che richiama una concezione procedimentale e consensuale del principio di sussidiarietà e ne attesta la dipendenza da un atto pattizio istituzionale. Pur nel silenzio della norma, a quest'ultimo è rimesso un ampio potere multidirezionale di distribuzione delle competenze, tale da abilitarlo, non solo a togliere funzioni alla Regioni per conferirle ad Anpal, ma anche ad assegnare ai privati accreditati compiti ed obblighi propri dei centri per l'impiego (cfr. art. 11, comma 4, d.lgs. n. 150/2015).

### 3.2. La condivisione del modello organizzativo.

Anche il modello organizzativo espresso dal d.lgs. n. 150/2015 rivela il progetto di unificazione del ruolo e dei compiti di Stato e di Regioni all'interno di un disegno comune e unitario.

I due cardini del progetto consistono, rispettivamente, nella condivisione degli indirizzi generali in materia di politiche attive e nell'istituzione della rete nazionale dei servizi e delle politiche del lavoro.

Quanto agli indirizzi, la loro definizione è rimessa ad un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 150/2015).

Il richiamo all'intesa esprime lo snodo metodologico assunto, che pone al centro del sistema il ruolo congiunto e paritetico di Stato e Regioni[83]. Del resto, nell'assetto costituzionale vigente nel 2015, ora confermato dall'esito referendario, non sarebbe stata ammissibile la sostituzione eversiva dello Stato ad un potere programmatorio comunque assegnato alla competenza legislativa concorrente.

La stessa previsione, capace di attrarre la responsabilità statale esclusiva in materia di definizione dei lep, assume un secondo fondamentale significato. Essa mira ad ottenere l'allineamento reciproco delle Regioni e delle Province Autonome attorno a visioni ed impegni comuni. Sino ad oggi, come noto, ognuna di esse ha potuto operare in perfetta autonomia e a velocità differente, con il risultato della diffusione di modelli e pratiche di governo dei servizi per l'impiego non del tutto sovrapponibili.

Il vincolo all'elaborazione di indirizzi comuni costituisce, sul piano tattico, una grande occasione di unificazione del Paese e stimolo ad un lavoro comune basato sulla contaminazione di esperienze differenti e sulla valorizzazione delle pratiche migliori. Anche il contenuto assegnato a tali indirizzi può fungere da facilitatore della crescita auspicata. La legge non chiede più alle Regioni di preoccuparsi dei tempi di realizzazione dei servizi e dell'assistenza ai disoccupati, secondo l'approccio primitivo[84]. Essa spinge al perseguimento prioritario di obiettivi occupazionali stringenti e sfidanti, da misurare mediante parametri d'incremento della quota d'intermediazione tra domanda ed offerta e di riduzione dei tempi di disoccupazione.

In concreto, è revocabile in dubbio l'esistenza già oggi delle condizioni per l'elaborazione di strategie unitarie e innovative, capaci di elevare in termini apprezzabili il ruolo dei servizi pubblici. Da

[83] Sul ruolo fondamentale assegnato alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome, cfr. G. CARPARI, *La conferenza Stato-regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall0'istituzione ad oggi*, Il Mulini, Bologna, 2006; G. D'AMICO, *Il sistema delle conferenze alla prova di maturità. Gli esiti di un'indagine conoscitiva*, *QC*, 2017 (di prossima pubblicazione).
[84] È questa l'impostazione perseguita nel d.lgs. 181/2000, su cui si sofferma P. PASCUCCI, *op. cit.*, 453 ss.

un lato, vi è l'aspettativa che nuovi indirizzi comuni possano dare slancio a politiche imperniate su obiettivi sfidanti e misurabili e forniscano il criterio di organizzazione del rapporto tra gli atti di programmazione statale e quelli regionali. Dall'altro, agiscono i condizionamenti negativi costituiti da un quadro ancora incerto e instabile delle risorse a favore delle Regioni, dalla insussistenza di un legame certo e automatico tra la qualità dei servizi per il lavoro e l'elevazione del tasso di occupazione e, non da ultimo, dalla difficoltà politica di far competere tra di loro le Regioni, posto che tale impostazione preluderebbe, tra l'altro, alla valutazione comparativa della capacità di attrazione occupazionale dei diversi territori.

Con siffatti presupposti, è possibile che si affaccino e prevalgano indirizzi costruiti in termini generali o votati a replicare linee d'azione o adempimenti già previsti dalla legge. Ove si affermasse tale orientamento, come lasciano intendere le prime bozze di decreto, verrebbe assegnato a quest'ultimo un compito più tecnico che politico, oscillante tra l'enucleazione dei compiti da svolgere nel triennio, in attuazione delle previsioni normative, e l'indicazione delle tappe da realizzare per lo sviluppo organizzativo del sistema complessivo.

La stessa incertezza interessa, per altra parte, l'enucleazione di obiettivi annuali in materia di politiche attive, anch'essi oggetto di intesa.

La spinta normativa richiama l'elaborazione di una comune programmazione innovativa di interventi da realizzare, che rinvia ad un lavoro di coordinamento della progettazione statale e regionale e all'effettuazione di verifiche periodiche congiunte sul conseguimento dei risultati attesi. L'interesse del legislatore è chiaramente rivolto alla produzione di risultati visibili ai cittadini. In quest'ottica, l'allineamento istituzionale attorno a obiettivi comuni, o comunque collegati e verificabili, dovrebbe costituire un viatico fondamentale per la piena misurazione, a livello nazionale, del contributo fornito al mercato del lavoro dai servizi pubblici per il lavoro[85].

È possibile, tuttavia, che venga privilegiato un approccio diverso, votato a far prevalere le esigenze di completamento dell'organizzazione del sistema e dell'impianto normativo e strumentale. Questo secondo scenario è quello più probabile, attesa la necessità, nell'attuale fase, di ultimare l'infrastruttura preposta all'erogazione dei servizi per il lavoro.

L'altro perno del progetto organizzativo rinvia, come detto, alla condivisione istituzionale del modello operativo di azione, che assume i connotati della Rete nazionale dei servizi per il lavoro[86]. Quest'ultima costituisce il contenitore organizzativo complessivo per l'erogazione delle azioni e dei servizi di politica del lavoro. In esso sono chiamati ad operare sia i soggetti pubblici statali che quelli regionali, sia i soggetti privati accreditati, che quelli autorizzati[87].

---

[85] La valutazione delle politiche del lavoro è una dimensione, come noto, tradizionalmente trascurata dal nostro Paese, che, fatta eccezione per le iniziative sperimentali di alcune Regioni, non ha saputo costruire una cultura ed un sistema strutturato per l'esercizio di tale funzione. Su tale tema cfr. E. RETTORE - U TRIVELLATO, *Come disegnare e valutare politiche attive del lavoro*, Il Mulino, 1999, 5, 891 ss. Più in generale, sulla valutazione del diritto del lavoro, cfr. A. LYON-CAEN - A. PERULLI, *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, 2008.

[86] Per la descrizione della rete nazionale cfr. D. GAROFALO, *Riforma del mercato del lavoro e ricentralizzazione delle competenze*, in E. GHERA - D. GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, *cit.*, 13 ss; L. VALENTE, *La riforma dei servizi per il lavoro. Il nuovo quadro della legislazione italiana dopo il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150*, Giuffrè, 2016, 54 ss.

[87] Se la *ratio* della Rete «è quella di promuovere l'effettività dei diritti al lavoro, alla formazione e all'elevazione professionale (previsti dagli artt. 1, 4, 35 e 37 della Costituzione), nonché il diritto di ogni individuo ad accedere a servizi di collocamento gratuiti (così sancito dall'art. 29 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)» (V. FILÌ, *op. cit.*, 518), i meccanismi di funzionamento della stessa non sono precisati dal legislatore. Difetta anche qualsiasi rinvio a fonti secondarie o pattizie tra Ministero del lavoro e Regioni/PA. Per

Risalta, in tale disegno, il coinvolgimento degli enti previdenziali, di cui, però, si è preferito salvaguardare la sopravvivenza e l'autonomia, piuttosto che ricondurli all'interno di un unico ente per le politiche attive e passive del lavoro[88]. Il loro ruolo nella rete è funzionale ad assicurare il necessario collegamento tra politica passiva e quella attiva. In nome di tale obiettivo dovranno essere collaudati, nel prossimo futuro, schemi di lavoro nuovi, connotati da una maggiore condivisione delle informazioni e delle banche dati.

Anche le istituzioni formative dovranno fare la loro parte, con una più convinta partecipazione al progetto di collegamento ampio e strutturato delle politiche formative a quelle del lavoro[89].

Il punto più delicato attiene, invero, al rapporto tra Rete nazionale e Reti regionali, che il legislatore del 2015 mantiene su un piano di forte ambiguità ed incertezza. La prima non è descritta, al di là di ogni sottinteso, come la "rete delle reti regionali". I due livelli sono formalmente abbandonati all'indifferenza reciproca, mentre gli elementi di comunione sono costituiti dai centri per l'impiego e dai soggetti accreditati a livello regionale. Ciascuno di essi, infatti, è dichiarato partecipe di entrambi i livelli reticolari.

Si può dire che la rete nazionale e quelle regionali condividano le stesse regole e gli stessi schemi operativi? Esiste una regola organizzativa idonea ad evitare la sovrapposizione irrazionale dell'attività dei due livelli? Ad oggi, si deve rispondere negativamente. Sul piano istituzionale, ogni Regione ha costruito il proprio sistema secondo impostazioni autonome, benché relativamente omogenee[90], mentre le regole della rete nazionale devono ancora essere scritte. Sul piano operativo, non è prescritto alcun preliminare collegamento tra Anpal e le Regioni per la garanzia del reciproco raccordo rispetto al ruolo di coordinamento delle reti di riferimento.

In una fase storica in cui il valore dell'uniformità dei servizi sembra costituire il presupposto per l'introduzione dei lep[91], la persistente diversità dell'impostazione degli schemi di funzionamento delle reti finisce per contraddire la vocazione unificante assegnata implicitamente a quella nazionale.

---

taluno, l'ampiezza e la varietà di compiti e funzioni attribuiti ad Anpal sono tali da «renderla il cervello o motore della stessa Rete» (V. FILÌ, *op. cit.*, 519; sul recupero d'importanza del ruolo dello Stato e dell'indirizzo centrale cfr. anche A. LASSANDARI, *op. cit.,* 243 s.). Va osservato, peraltro, che i rapporti tra i soggetti che ne fanno parte possono svilupparsi, in ipotesi, senza alcuna necessaria mediazione di Anpal e che il vero condizionamento, rispetto alla dinamica dei rapporti tra gli attori, è costituito dai vincoli che saranno previsti per l'utilizzo delle fonti di finanziamento delle attività della rete.

[88] Sulle scelte operate nei sistemi britannico, tedesco e svedese e sulle esperienze di avvicinamento e/o unificazione della gestione della politica passiva a (con) quella della politica passiva cfr. A. SARTORI, *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa, Idee e modelli per l'Italia*, Maggioli, 2013.

[89] Il progetto di collegamento può ora reggersi sulle norme promozionali dell'alternanza scuola-lavoro, introdotte dalla legge 107 del 2015 e foriere di importanti novità.

[90] I sistemi regionali di accreditamento sono ormai presenti in 19 regioni e presentano, per molti elementi, profili medio alti di omogeneità. Anche la Regione Liguria sta predisponendo la propria disciplina, mentre la Provincia Autonoma di Bolzano vi ha sino ad oggi rinunciato, complice anche il bassissimo tasso di disoccupazione che la contraddistingue (in oscillazione intorno al 3 per cento). Sul tema, cfr. M. MAROCCO, *Servizi per l'impiego e accreditamenti regionali*, Giuffrè, 2011; ISFOL, L'Accreditamento dei servizi al lavoro – Dossier regionali, aprile 2016. Sui ritardi iniziali del partenariato pubblico/privato, cfr. M. ESPOSITO, *Servizi e politiche per il lavoro nell'attuazione del "Jobs Act": riforme, vincoli e necessità*, *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".IT* n. 306/2016.

[91] Per l'analisi dei lep, applicati ai servizi per il lavoro, cfr. F. LISO, *Appunti su alcuni profili dell'art. 19, decreto-legge n. 185/2008 convertito nella legge n. 2/2009*, *RDSS*, 2009, 3, 715 ss.; P. PASCUCCI, *I livelli essenziali delle prestazioni*, in E. GHERA - D. GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, *cit.*, 137 ss.; P.A. VARESI, *I livelli essenziali concernenti i servizi per l'impiego e la sfida della "garanzia per i giovani"*, *DLRI*, 2014, 185 ss.

### 3.3. Segue: disallineamenti non risolti tra livello nazionale e quello regionale.

Un altro profilo di diversificazione delle scelte nazionali e regionali attiene al ruolo dei soggetti privati e alle modalità ad essi riservate di partecipazione ai sistemi pubblici.

Se le reti regionali, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. 276/2003, hanno indicato nell'accreditamento l'unica porta d'ingresso alla collaborazione con i sistemi pubblici, quella nazionale introduce una triplice condizione abilitante. Vi accedono, in primo luogo, senza filtri aggiuntivi, le Agenzie per il lavoro di cui all'art. 4 del d.lgs. 276/2003 e gli altri soggetti autorizzati all'attività di intermediazione ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. 150/2015. Vi partecipano pure i soggetti autorizzati allo svolgimento delle attività di intermediazione ai sensi del d.lgs. 276/2003. Sono ammessi, infine, anche i soggetti accreditati ai servizi per il lavoro ai sensi dell'art. 12, vale a dire tanto i soggetti accreditati dalle Regioni in conformità ai criteri definiti con decreto ministeriale, quanto quelli accreditati da Anpal a livello nazionale[92].

Si può osservare come difetti ogni richiamo espresso anche ai soggetti già accreditati dalle Regioni antecedentemente all'entrata in vigore delle nuove norme. Se tale omissione fosse d'impedimento alla loro partecipazione alla Rete nazionale, si aprirebbe una prima rilevante questione di disparità di trattamento rispetto ai soggetti accreditati in conformità ai criteri previsti all'art. 12 del d.lgs. 150/2015, con ulteriori effetti di disallineamento tra rete nazionale e quelle regionali.

Il tema prioritario riguarda, ad ogni buon conto, la diversità sostanziale dei requisiti di accreditamento previsti a livello nazionale rispetto a quelli vigenti a livello regionale. Quanto ai primi, il d.lgs. 150/2015 si accontenta del possesso in capo ai richiedenti della natura di agenzia per il lavoro, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 276/2003, mentre a livello regionale le condizioni di accesso, esclusi i parametri di solidità economica, sono complessivamente più selettive, con richiamo, ad esempio, al rispetto di codici etici e dei principi dell'azione pubblica[93]. Tale impostazione produce due pesanti conseguenze.

In base alla prima, l'accesso alla rete nazionale risulta facilitato rispetto a quello alle reti regionali.

---

[92] L'enucleazione delle tre categorie menzionate si deve al decreto correttivo al Jobs Act n. 185/2015, che ha provveduto a correggere la previsione originaria dell'art. 1, comma 1, lett. e, nel senso di affiancare alle agenzie per il lavoro di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 276/2003 e agli altri soggetti autorizzati all'attività di intermediazione, ai sensi dell'art. 6 del medesimo decreto, anche i soggetti accreditati ai servizi per il lavoro ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 150/2015. Sull'accreditamento nazionale e sul relativo albo, cfr. ora, accanto alle previsioni dell'art. 12, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 150/2015, la delibera di Anpal n. 7 del 03 novembre 2016, cui si deve la previsione di un albo nazionale composto da tre sezioni. Tra queste è compresa quella riservata ai soggetti accreditati dalle Regioni, in una sorta di configurazione dell'albo nazionale quale "albo degli albi regionali", funzionale anche a favorire comunicazioni dirette tra i soggetti accreditati a livello regionale e l'Anpal. La pretesa di legittimare tale sezione sulla previsione dell'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 150 è opinabile e non condivisibile. È inoltre difficile comprendere il fondamento giuridico dell'obbligo posto da Anpal in capo alle Regioni e alle Province Autonome di comunicare alla stessa Agenzia i soggetti in possesso di accreditamento regionale. Ugualmente incomprensibile, sul piano sistematico, è la previsione, nella delibera menzionata, di un obbligo a carico dei soggetti accreditati di comunicare ad Anpal ogni informazione ritenuta utile a garantire un efficace coordinamento della rete nazionale. Essa sembra voler istituire un rapporto diretto tra Anpal e soggetti accreditati a livello regionale, secondo lo schema per il quale questi ultimi, con l'accreditamento regionale, entrerebbero automaticamente in un rapporto distinto ed autonomo tanto con la Regione di riferimento quanto con l'Agenzia nazionale.

[93] Il possesso di un codice etico svolge la funzione di garanzia che l'azione dei soggetti accreditati si mantenga conforme ai principi dell'agire amministrativo (cfr., sul punto, la disciplina lombarda o quella trentina). Tra gli elementi suppletivi richiesti per l'accreditamento (non anche per l'autorizzazione), spiccano anche l'adozione di modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire la responsabilità dell'ente per illeciti amministrativi dipendenti da reato, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, l'introduzione di un sistema di gestione della qualità del Servizio (è il caso della disciplina lombarda), il rispetto delle norme in materia di lavoro, previdenza e fisco, la presenza di particolari requisiti professionali.

In secondo luogo, quantomeno con riferimento alle agenzie, si avvalora l'equiparazione sostanziale tra requisiti per l'accreditamento e quelli per l'autorizzazione, con conseguente illogico annacquamento della linea di distinzione tra i due istituti[94] e vanificazione strisciante del suo senso[95].

La prevista convivenza tra soggetti accreditati, rispettivamente, a livello nazionale e regionale suscita interrogativi anche sul piano organizzativo. Mentre per i secondi la partecipazione alla rete nazionale è autorizzata dal recente richiamo, nel d.lgs. n. 185/2016, ai soggetti accreditati ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 150/2015, il campo di azione dei primi rimane equivoco. Se non è revocabile in dubbio il loro possibile intervento «nel territorio di regioni che non abbiano istituito un proprio regime di accreditamento» (art. 12, comma 3, d.lgs. 150/2015), non può ritenersi rimossa l'eventualità che essi avanzino pretese di partecipazione anche alle reti regionali, ove esistenti. Vige, infatti, la norma generale secondo cui «le agenzie per il lavoro di cui all'art. 4, comma 1, del d.lgs. 276/2003 vengono accreditate ai servizi per il lavoro su tutto il territorio nazionale» (art. 12, comma 2, d.lgs. 150/2015).

Orbene, ove si riconoscesse l'idoneità di tale disposizione ad abilitare l'ingresso automatico dei soggetti nazionali nelle reti regionali, a maggior ragione se a prescindere dall'apertura di sedi operative nelle singole regioni destinatarie di attività, si attiverebbero pratiche di concorrenza tra soggetti accreditati ai diversi livelli territoriali. Ma ciò potrebbe comportare anche un effetto *dumping* sui requisiti di accesso ai finanziamenti regionali e, in ultima analisi, la distruzione implicita delle ragioni di esistenza dei sistemi regionali di accreditamento.

È verosimile che l'esito referendario renda oggi tale prospettiva incompatibile con l'avvenuto rilancio della competenza regionale concorrente sulla materia. D'altra parte, l'assoggettamento comune dei regimi di accreditamento, regionali e nazionali, ai medesimi criteri definiti con decreto del Ministro del lavoro, previa intesa in Conferenza permanente unificata[96], dovrebbe

---

[94] In senso conforme L. VALENTE, *op. cit.*, 89.

[95] Sulla distinzione fondamentale tra la produzione di servizi privati nel mercato, previa autorizzazione, e l'erogazione di servizi pubblici, previo accreditamento, cfr. V. FILÌ, *L'accreditamento regionale dei servizi per l'impiego*, in M. MISCIONE - M. RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, 2004, 190 ss.; G. FONTANA, *Sub art. 6. Regimi particolari di autorizzazione*, in E. GRAGNOLI - A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, 149 ss.; P. TULLINI, *Commento al capo I del d.lgs. n. 276/2003*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, 123 ss.; S. SPATTINI, *La disciplina del mercato del lavoro: regime autorizzatorio ed accreditamenti*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, 2004, 498 ss.; M. TIRABOSCHI, *Regolazione del mercato del lavoro e modello organizzativo, ibidem*, 484 ss.; S. ROSATO, *I regimi di accreditamento; profili generali e prospettive regionali di sviluppo*, in P. OLIVELLI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi: intermediazione pubblica e privata, regimi di autorizzazione e accreditamento, borsa del lavoro, tutele del lavoratore sul mercato (artt. 3-19 D.lgs. n. 276 del 2003, come modificato dal D.lgs. n. 251 del 2004)*, Giuffrè, 2005, 287 ss.; P.A. VARESI, *Il nuovo sistema di collocamento e di servizi all'impiego nella riforma del mercato del lavoro*, in M. MAGNANI - P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004, Giappichelli, Torino, 2005, 35 ss.; G. OCCHIOCUPO - F. POMPONI, *L'accreditamento nei servizi per l'impiego e nella formazione professionale*, in M. MAGNANI - P.A. VARESI (a cura di), *op. cit.*, 101 ss.; P. LAMBERTUCCI, Sub *art. 7 (Accreditamenti)*, in R. DE LUCA TAMAJO - G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ("Riforma Biagi")*, Cedam, 2007, 157 s.; M. NAPOLI - A. OCCHINO - M. CORTI, *I servizi per l'impiego. Art. 2098*, Il Codice civile. Commentario, Giuffrè, 2010, 142 ss.

[96] Il vincolo, anche a carico degli accreditamenti nazionali, del rispetto dei criteri previsti per gli accreditamenti regionali è chiaramente attestato all'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 150/2015, in base al quale «ANPAL istituisce l'albo nazionale dei soggetti accreditati a svolgere funzioni e compiti in materia di politiche attive del lavoro secondo i criteri di cui al comma 1, nel quale vengono iscritte le agenzie per il lavoro di cui al comma 2 nonché le agenzie che intendono operare nel territorio di regioni che non abbiano istituito un proprio regime di accreditamento». Ciò nonostante, la bozza di decreto ministeriale approvata dalla Conferenza Stato Regioni in data

rimuovere ogni dubbio sulle modalità d'intervento nei singoli territori regionali dei soggetti iscritti nell'albo nazionale[97]. Peraltro, se in quel decreto fosse privilegiata un'impostazione diversa, imperniata sulla differenziazione dei requisiti per l'accreditamento richiesti a livello nazionale e regionale, dovrebbe opportunamente essere introdotta la previsione che la partecipazione dei soggetti nazionali alle reti regionali e alle rispettive attività, da esse finanziate, sia consentita alla condizione che siano rispettati i requisiti previsti dalla Regione di riferimento. Ove ciò non accadesse, l'abilitazione dissociata dei soggetti nazionali, ottenuta sulla base di requisiti più vantaggiosi, metterebbe fortemente a rischio la sopravvivenza dei sistemi regionali di accreditamento, cui peraltro la riforma del 2015 dedica rinnovata attenzione.

Le Regioni dovranno pure indicare il terreno da riservare ai privati accreditati, se è vero, come già ricordato, che la legge consente loro di attribuire a quei soggetti, seppur in via transitoria, i compiti dei centri per l'impiego. Il tema non è solo istituzionale e organizzativo, ma anche di credibilità di un sistema pubblico chiamato ad erogare al cittadino, con efficienza ed efficacia, servizi costituenti lep (cfr. art. 28, d.lgs. n. 150/2015).

Va evidenziata, da ultimo, la chiara rinuncia del legislatore a dettare i meccanismi di funzionamento della Rete nazionale. Si è compiuta, sul punto, una scelta di ampia delegificazione, enfatizzata dal richiamo importante, quanto generico, al potere di coordinamento di Anpal[98]. Per il suo esercizio, la legge non traccia né i criteri né la modalità. L'unico vincolo previsto attiene al rispetto delle competenze costituzionalmente riconosciute alle Regioni e alle Province autonome.

Con riguardo a tale limite, è difficile sfuggire all'impressione che esso sia stato pensato e scritto quale mera clausola di stile ovvero quale elemento di formale rassicurazione circa il rispetto di competenze costituzionali regionali ancora formalmente esistenti, ma comunque destinate ad un'ampia revisione. Oggi, tuttavia, la conferma dell'impianto costituzionale previgente carica quella prescrizione di un significato molto diverso, per il quale essa si atteggia, non più come confine esterno al potere di Anpal, bensì quale criterio di azione interno, votato a coniugare le iniziative centrali con il necessario rispetto delle competenze regionali.

In altri termini, il potere di coordinamento dell'Agenzia dovrà fare ora i conti con competenze regionali palesemente rilanciate e rinvigorite. L'elasticità e l'indeterminatezza conferita a tale potere dal d.lgs. n. 150/2015 sembrano dunque paradossalmente restringere, per una sorta di eterogenesi dei fini, l'area del suo possibile esercizio.

---

21 dicembre 2017 svela l'orientamento ministeriale a sottrarre l'accreditamento nazionale ai medesimi principi valevoli per gli accreditamenti regionali.

[97] Quantunque l'art. 12, comma 3, della legge 150/2015 sia chiaro nel riferire i criteri definiti col decreto ministeriale anche all'accreditamento nazionale, oltre che a quello regionale, l'efficacia trasversale degli stessi è messa in dubbio dall'avvenuta istituzione, pur in assenza del decreto, dell'albo nazionale, al cui interno è prevista una sezione specifica per i soggetti accreditati a livello nazionale (cfr. delibera Anpal n. 7 del 2016). In tal modo, i requisiti per l'operatività di tali soggetti sono separati e affrancati da quelli richiesti dalle Regioni ai propri soggetti accreditati. Al contempo, si lascia intendere che i primi possano intervenire nei territori regionali senza alcun preventivo coinvolgimento delle Regioni, senza la necessità di disporre in quei territori di proprie sedi operative e senza alcun preliminare confronto sulla coerenza dei programmi nazioni da attuare con le politiche per il lavoro già praticate a livello regionale.

[98] Un primo tentativo di definizione dei contorni di tale potere si deve a M. MAROCCO, *La nuova* governance *delle politiche attive del lavoro*, *cit.*, 216 ss. Per L. VALENTE (*op. cit.*, 56 s.), «la Rete non garantisce né processi decisionali congiunti né la condivisione degli impegni ma soltanto una cooperazione a livello più elevato tra soggetti eterogenei – anche di natura sindacale – con l'unica finalità di agevolare la fruizione dei servizi essenziali in materia di di politica attiva del lavoro su tutto il territorio nazionale e assicurare l'esercizio unitario delle funzioni amministrative».

### 3.4. La gestione (potenzialmente) unitaria dei servizi per l'impiego.

La scelta operata dal d.lgs. n. 150/2015 conferma e rilancia la gestione regionale dei servizi per l'impiego, ma non esclude la possibile compartecipazione, tramite Anpal, del livello nazionale. Anche su questo piano, il descritto modello di condivisione istituzionale multilivello, già applicato alle fonti di regolamentazione del sistema unitario e alla scelta del suo modello organizzativo, trova spazi di possibile espressione.

Se è vero che l'investitura esclusiva dell'agenzia nazionale sarebbe stata incompatibile nel 2015 con un assetto costituzionale ancora orientato al primario coinvolgimento regionale nei servizi per il lavoro e nelle politiche attive e fortemente contaminato dal principio generale di sussidiarietà, è vero anche che il nuovo modello operativo, ispirato alla garanzia dei lep, non avrebbe potuto tollerare l'assenza di rimedi alla possibile inefficienza dei centri per l'impiego. Si spiega, in questa logica, la ricordata abilitazione delle Regioni ad attribuire all'Anpal, mediante la convenzione bilaterale con il Ministero del lavoro contemplata all'art. 11 del d.lgs. n. 150/2015, una o più funzioni tra quelle descritte all'art. 18 del medesimo decreto.

Nella stessa logica può giustificarsi la previsione del potere, a favore della medesima Agenzia (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 150/2015), di sostituirsi ai centri per l'impiego nel rilascio dell'assegno di ricollocazione, ove richiesto dal soggetto disoccupato, in tutti i casi di mancata convocazione di quest'ultimo entro i sessanta giorni dalla data di registrazione al portale nazionale delle politiche del lavoro.

Nelle due ipotesi, l'intervento dell'Agenzia sottende, invero, una grande diversità di approccio, che svela un piccolo cedimento della logica cooperativa promossa dal d.lgs. n. 150/2015 con riguardo al rapporto tra Stato e Regioni. Se, nel primo caso, è solo l'accordo convenzionale con il Ministero a poter autorizzare l'intervento statale, nel secondo, esso è legittimato dal difetto di convocazione del disoccupato nel termine di legge previsto. Qui, tuttavia, non emerge un'ipotesi sanzionatoria nei confronti dei centri per l'impiego. L'intervento sostitutivo non consegue in automatico all'inerzia dell'ufficio territoriale preposto, ma presuppone la preventiva richiesta del disoccupato. Ciò significa che tanto in questo caso, come nell'altro, il ruolo operativo di Anpal rimane legato a decisioni esterne, rispettivamente, del disoccupato, per la consegna dell'assegno di ricollocazione, e della Regione o Provincia Autonoma, per l'erogazione dei servizi per il lavoro.

Andando oltre i ruoli istituzionali di Stato e Regioni, l'accezione di gestione unitaria merita di essere brevemente approfondita anche nella dimensione del rapporto tra pubblico e privato, cui il d.lgs. n. 150/2015 riserva molta attenzione[99]. Per il legislatore statale, la gestione unitaria si misura anche dalla capacità del sistema pubblico di aprirsi alla collaborazione con i soggetti accreditati. Tuttavia, con l'eccezione di quanto previsto per l'assegno di ricollocazione, egli non si spinge a dettare criteri e prescrizioni per la partecipazione di tali soggetti. Il livello e la modalità del loro coinvolgimento continuano a dipendere dalle libere scelte delle singole Regioni e Province Autonome.

A beneficio degli enti regionali, il legislatore statale mette a disposizione due distinte indicazioni promozionali: in un caso, per attestare la facoltà di attribuire ai "soggetti accreditati" compiti e funzioni in materia di politiche attive del lavoro (art. 11, comma 4); nell'altro, per sancire il potere

[99] Cfr. V. FILÌ, *I servizi privati per il lavoro*, E. GHERA - D. GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, *cit.*, 95 ss.

di coinvolgere i "soggetti privati accreditati" nello svolgimento nei servizi per il lavoro (art. 18, comma 2, d.lgs. n. 150/2015).

Si tratta di aperture solo apparentemente simili, in realtà ascrivibili a logiche differenti e non allineate. La loro sostanziale diversità le rende sorprendentemente poco coerenti, sottilmente concorrenti e, dunque, non del tutto funzionali a veicolare un modello gestionale unitario.

Da una parte, si opera un richiamo a tutti i soggetti accreditati, senza riferimenti espliciti a quelli privati. Dall'altra, l'apertura dei servizi pubblici è rivolta espressamente ed in via esclusiva solo ai soggetti "privati" accreditati.

Nella prima disposizione, il coinvolgimento dei soggetti accreditati è tradotto in termini di "attribuzione" di compiti e funzioni, benché sotto il vincolo della transitorietà. Nella seconda, il ruolo previsto richiama la figura della delega di funzioni, con conseguente salvaguardia della titolarità di queste ultime in capo a Regioni e Province Autonome.

L'elemento comune alle due previsioni, idoneo a ricondurle all'interno di un disegno unitario, è costituito dalla loro evidente finalizzazione al condizionamento degli enti territoriali rispetto allo sviluppo del rapporto con i soggetti delle proprie reti pubbliche. Nella seconda disposizione (art. 18, comma 2), tuttavia, a differenza della prima, il richiamo mirato ed esclusivo dei «soggetti privati accreditati», quali possibili destinatari di funzioni pubbliche, altera la posizione reciproca dei diversi attori titolari di accreditamento e precostituisce, a loro favore, una rendita di posizione che li rende sfacciatamente protagonisti delle reti di appartenenza (e dei relativi finanziamenti). In questo passaggio, l'impulso all'unitarietà del sistema gestionale, comunque presente nelle norme di riferimento, subisce una curvatura pericolosa, che le Regioni e Provincie Autonome saranno chiamate a gestire con scelte non necessariamente allineate.

Il messaggio veicolato non riguarda il solo rapporto interno tra i soggetti accreditati. Esso intercetta anche quello tra centri per l'impiego e soggetti privati, nel senso di sollecitare il coinvolgimento dei secondi, quando l'azione dei primi sia riconosciuta debole e potenzialmente inadeguata[100].

## 4. Il difficile abbinamento tra funzioni amministrative e servizi all'utente.

Se dal disegno organizzativo descritto emerge un sostegno implicito al protagonismo dei soggetti privati[101], è evidente, specularmente, lo slancio neo-burocratico impresso al sistema dei centri per l'impiego[102]. Su di essi si concentrano nuove e importantissime attività amministrative, dalla cui realizzazione dipendono lo sviluppo concreto dei servizi per il lavoro e, soprattutto, la garanzia reale dei lep.

---

[100] Preconizzando un possibile ridimensionamento, specie nel Mezzogiorno, della capacità dei servizi pubblici per l'impiego di svolgere le attività assegnate dall'art. 18 del d.lgs. 150/2015, M. BARBIERI (*Le risposte di*, in L. MARIUCCI, *Tre domande e quattro risposte*, *cit.*, 205) sostiene che quel decreto «in realtà richiede e consente un grado minimo di consistenza del Servizio pubblico per l'impiego, poiché il già citato art. 18, comma 2, gli riserva esclusivamente la stipulazione del patto di servizio (art. 20) e l'erogazione dell'assegno di ricollocazione (art. 23, comma 2), ben potendo tutto il resto essere affidato a soggetti privati».

[101] L'idea che la riforma del mercato del lavoro del 2015 abbia ad obiettivo prioritario il coinvolgimento prioritario dei soggetti privati nell'erogazione dei servizi pubblici per il lavoro è sostenuta con slancio da A. LASSANDARI, *op. cit*., 258; V. FILÌ, *op. cit*., 523 ss.

[102] Per una sottolineatura di questo passaggio, cfr. V. FERRANTE, *op. cit.*, 274 ss.; V. FILÌ, *op. cit.*, 521; M. ESPOSITO, *Servizi e politiche per il lavoro nell'attuazione del "Jobs Act",* cit., 7. L'annesso problema delle carenze dei servizi pubblici e della scarsità di risposte normative è enfatizzato da L. VALENTE, *op. cit.,* 102 ss.

Detto per via di sintesi, le nuove funzioni pubbliche assegnate ai centri per l'impiego sono in buona parte preliminari o collaterali all'erogazione puntuale dei servizi per il lavoro. Si pensi alla convocazione del disoccupato nel termine di 60 giorni dalla sua registrazione, alla profilazione, alla discussione, predisposizione e sottoscrizione del patto di servizio e del relativo piano di azione, alla individuazione della modalità di gestione del disoccupato (per via diretta o tramite i soggetti accreditati), alle convenzioni con questi ultimi, alla verifica dei percorsi dei disoccupati agli effetti delle regole di condizionalità, all'esercizio del potere sanzionatorio, alla consegna dell'assegno di ricollocazione, alla predisposizione dei programmi di ricerca intensiva, alla gestione delle liste dei percettori di sostegno al reddito, alla gestione dei rapporti con l'Inps.

In tale scenario, idoneo ad attestare lo strisciante rilancio l'attività amministrativa dei centri per l'impiego, è forte il rischio di ridimensionamento del progetto normativo di riservare a tali uffici lo svolgimento in via prevalente di attività di servizio. La concentrazione presso i centri di nuove impegnative funzioni pubbliche, unitamente all'erogazione di innovativi e delicati servizi professionali, li espone ad un ruolo potenzialmente insopportabile in assenza di robusti e convincenti investimenti. Tale tendenza rafforza, tra l'altro, i presupposti e le possibili ragioni del pieno coinvolgimento dei soggetti privati accreditati nell'erogazione dei servizi[103].

Il problema non è riducibile ad una mera questione di carichi di lavoro. Esso intercetta il profilo delicato della messa a disposizione, in misura almeno sufficiente, di professionalità adeguate ai nuovi compiti da svolgere. Se è vero che a tale problema dovrà essere logicamente dedicato il piano di rafforzamento dei servizi per il lavoro voluto dal legislatore, è evidente che gli investimenti richiesti non potranno esaurirsi nella copertura temporanea di nuovi posti[104] o nell'immissione di personale dotato di caratteristiche e competenze distanti da quelle necessarie.

Sulla conformazione del modello gestionale di ogni Regione pesa, più in generale, l'interpretazione che si darà del concetto di collaborazione con i soggetti privati. L'ipotesi di gestione unitaria dei servizi richiama, in via generale, la possibilità che ad erogarli siano tanto i soggetti pubblici che quelli privati. Sennonché, la modalità dell'intervento degli uni e degli altri non è legata ad un schema unico. Lo stesso d.lgs. n. 150/2015 ammette, implicitamente, forme di convivenza anche molto differenti[105].

In base all'opzione sino ad oggi preferita dalle Regioni, la collaborazione tra centri per l'impiego e soggetti privati si regge sulla coincidenza degli obiettivi pubblici da perseguire e sulla condivisione, oltre che del campo di gioco, anche delle regole operative, nel segno della salvaguardia dei principi generali dell'azione pubblica. All'interno di tale rapporto collaborativo, la gestione concreta delle attività di servizio è consegnata, in buona parte, a momenti di competizione reciproca, basati sulla capacità di ciascun soggetto di attrarre su di sé i lavoratori, i servizi loro dedicati ed i finanziamenti conseguenti. A tale impostazione s'ispira, non a caso, il modello gestionale dell'assegno di ricollocazione, che assegna al titolare di quest'ultimo la responsabilità di indicare il

---

[103] Vale, sul punto, l'osservazione di M. ESPOSITO (*Servizi e politiche* cit., 12), secondo il quale «nell'attuale fase transitoria, sono diverse le realtà territoriali che ancora non riconoscono ruoli primari ai soggetti accreditati».

[104] In questa direzione sembra convergere il programma di rafforzamento degli organici delineato nell'attuale schema di Piano di rafforzamento dei servizi e delle misure di politica attiva del lavoro, che poggia sul finanziamento del Fondo Sociale Europeo di circa 1.000 unità aggiuntive da immettere nei sistemi regionali per gli anni dal 2017 al 2020.

[105] In punto di modelli di convivenza tra pubblico e privato e di distinzione tra lo schema cooperativo e quello competitivo, cfr. l'analisi di P.A. VARESI, *I servizi per l'impiego nella legislazione regionale*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI - F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2012, 251 ss. Per una visione delle modalità di cooperazione tra sistemi pubblici e privati cfr. G. FALASCA, *I servizi privati per l'impiego*, Giuffrè, 2006.

centro per l'impiego o il soggetto accreditato prescelto per l'erogazione del servizio di assistenza intensiva.

È possibile, peraltro, anche l'opzione opposta, imperniata sulla rigida ripartizione dei compiti. In base ad essa, pure prevista nel decreto del 2015, la collaborazione dei privati è decisa e regolamentata dagli uffici pubblici, cui è consentito, in astratto, di riservarsi lo svolgimento delle attività preliminari o collaterali all'erogazione dei servizi e di affidare questi ultimi, anche in via esclusiva (cfr. art. 18, comma 2, d.lgs. n. 150/2015), all'azione dei privati accreditati.

Nel d.lgs. n. 150/2015, il carattere divisivo di quest'ultimo schema non è ritenuto di ostacolo all'unitarietà del sistema, che può pertanto realizzarsi mediante la semplice compresenza di soggetti pubblici e privati all'interno del medesimo campo di gioco, a prescindere dall'esercizio competitivo della stessa funzione. Si sostiene implicitamente che l'assegnazione ai soli privati delle attività di servizio può costituire un valore in sé, a maggior ragione se concepito quale rimedio prezioso all'assenza di concrete alternative di accompagnamento dei soggetti disoccupati.

Sul piano organizzativo, la scelta dell'uno o dell'altro modello continua a rimanere, anche nel nuovo assetto, una responsabilità propria di ciascuna Regione, secondo prerogative che oggi appaiono rinforzate[106]. Peraltro, nella logica dei lep nessuna Regione potrà permettersi di ignorare il condizionamento esercitato dal diritto dei beneficiari dei servizi ad un trattamento adeguato ed equanime, oltre che non discriminatorio[107]. Poiché nella prospettiva dei servizi pubblici non sono ammissibili ingiustificate differenze di trattamento tra i soggetti disoccupati, la selezione del modello dovrà essere accompagnata dall'apposizione di idonee condizioni per la piena attuazione del principio paritario.

Dovrà pure essere contrastata ogni possibile tendenza degli operatori privati alle remunerazioni più facili. Si allude, non solo a quelle collegate ai servizi compensati a processo, ma anche e soprattutto a quelle riferite all'occupazione dei soggetti collocabili più facilmente. Nessun sistema regionale potrebbe tollerare che l'area dei soggetti svantaggiati o più deboli, tradizionalmente poco attrattiva per i privati, sia abbandonata a sé stessa[108].

## 5. La centralità del cittadino tra diritti esigibili e servizi personalizzati.

Assumendo la prospettiva del lavoratore disoccupato, l'enucleazione dei servizi minimi per il lavoro e la loro classificazione come lep rappresentano una novità di grande rilievo. L'acquisizione del servizio richiesto trascende, dal suo punto di vista, qualsiasi logica commerciale. La stessa prescritta gratuità dei servizi a favore dei lavoratori non incide sulla loro natura, oggi normativamente sancita, di prestazioni esigibili.

---

[106] Sulle possibili motivazioni dell'intervento pubblico cfr. P. SESTITO, *Servizi per l'impiego: il ruolo degli intermediari pubblici*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*. Commentario al D.Lgs. 19 dicembre 2002, n. 297 e prospettive di attuazione dell'articolo 1, legge 14 febbraio 2003, n. 30, Giuffrè, 75 ss.

[107] Per una sottolineatura della difficoltà dei servizi per l'impiego a trovare un punto di equilibrio tra credibilità organizzativa e rispetto dell'imparzialità, cfr. E. GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, *DLRI*, 2012, 4, 609.

[108] Cfr. V. FERRANTE, *op. cit*., 276.

Insomma, i servizi per il lavoro rientrano ora espressamente nel novero delle prestazioni sociali e, nei limiti della loro corrispondenza ai livelli essenziali, essi costituiscono, a tutti gli effetti, dei diritti[109].

Si è detto, sul punto, che la previsione di diritti individuali alla prestazione corrisponde al ripristino di una funzione autoritativa che il legislatore più antico voleva abbandonare[110]. L'osservazione coglie nel segno, poiché il nuovo regime di funzionamento degli stati di disoccupazione impedisce, com'è stato nella tradizione di molte Regioni e Province Autonome, di (continuare a) riferire i servizi per il lavoro solo ai soggetti effettivamente interessati.

Oggi, più che mai, risalta il rapporto amministrativo tra centro per l'impiego e disoccupato, in nome del quale la posizione del lavoratore è colta dall'ordinamento in termini di diritto/dovere all'assistenza, prima ancora che nella dimensione servizio/utente[111]. A tale impostazione è fatta corrispondere l'assegnazione all'ufficio pubblico del compito di garantire l'esecuzione di due passaggi amministrativi fondamentali, costituiti, rispettivamente, dalla convocazione di "tutti" i soggetti disoccupati e dalla formulazione a loro favore di un'offerta di assistenza.

La proposta di un patto di servizio costituisce, in questa logica, il vero passaggio imprescindibile del sistema pubblico[112], dalla cui realizzazione si dipanano possibili poteri sanzionatori in caso di rifiuto del lavoratore. Il reperimento di una nuova occupazione per il soggetto assistito rimane sullo sfondo ed agisce da mera eventualità.

Su tali presupposti, è facile constatare il sovraccarico funzionale e la vocazione bicefala dei centri per l'impiego, sui quali si abbattono, congiuntamente, i nuovi pesanti carichi amministrativi e le evidenti pressioni al potenziamento delle capacità di erogazione dei servizi per il lavoro. È però la posizione dei cittadini disoccupati a preoccupare di più. Anche su di loro si scarica il doppio stress di dover essere allineati ai nuovi vincoli introdotti dal d.lgs. n. 150/2015, pena la perdita dello status o il ricevimento di punizioni economiche, e di dover svolgere il percorso di accompagnamento concordato nel patto di servizio con la fiducia della sua effettiva utilità ai fini della propria ricollocazione.

Solo il tempo dirà se i nuovi strumenti di attenzione ai lavoratori saranno effettivamente adeguati alla soluzione dei loro problemi. La sensazione, per il momento, è che la codificazione dei lep sia stata troppo anticipata. Essa avrebbe dovuto utilmente seguire, più che precedere, il consolidamento nel Paese dei servizi per il lavoro, quale pratica normale e matura di assistenza dei

---

[109] Sulla qualificazione dei servizi per l'impiego come servizi e diritti sociali cfr. A. ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolamentazione comunitaria e nazionale*, Giappichelli, 2009, 111 ss. In senso conforme, L. VALENTE (*La riforma del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e la tutela del lavoratore nel mercato del lavoro dopo il Jobs Act*, in *Il diritto dell'occupazione, cit.*, a cura di G. SANTORO PASSARELLI, cit., 85 ss.) ritiene che l'assistenza intensiva al disoccupato meriti oggi di essere riconosciuto come un vero e proprio diritto del disoccupato.

[110] V. FERRANTE, *op. cit.*, 276; E. GRAGNOLI, *Il collocamento obbligatorio e le politiche attive*, *RGL*, 2016, 3, 546.

[111] Per la constatazione, espressa già nei primi anni di formazione della cultura dei servizi per il lavoro, che «i rapporti tra lavoratore ed ufficio non si svolgono tutti nella logica del servizio» cfr. F. LISO, *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio*, in R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ESI, 365 ss.

[112] Sull'inquadramento giuridico del patto di servizio cfr., tra gli altri, A. VISCOMI, *Servizi per l'impiego: i Patti di servizio*, *DML*, 2007, 71 ss.; A. ALAIMO, *op. cit.*, 135 ss.; ID, *Politiche attive del lavoro, patto di servizio e "strategia delle obbligazioni reciproche*, *DLRI*, 2013, 3, 507 ss.; V. FILÌ, *Il patto di servizio personalizzato*, in E. GHERA - D. GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, *cit.*, 175 ss.

disoccupati. Alla fine, il vero rischio è che a rimetterci siano quegli stessi cittadini cui la riforma del 2015 si rivolge con grande enfasi.

Sul tema dei lep risalta anche la scelta, compiuta all'art. 22 del d.lgs. n. 150/2015, di classificare come prestazione essenziale l'assegno di ricollocazione, ormai identificato, nell'immaginario collettivo, quale misura centrale ai fini della (speranza) di ricollocazione[113]. Orbene, poiché tale strumento è riservato solo ai soggetti percettori di sostegno al reddito, è spontanea l'osservazione dell'assenza di prestazioni similari a favore dei soggetti non percettori di pari profilo di occupabilità. Eppure, la posizione di questi ultimi richiama, paradossalmente, un bisogno occupazionale maggiore rispetto agli altri.

Dovranno essere le Regioni a compensare tale sbilanciamento, ma è evidente la riproduzione nel sistema pubblico della segmentazione dei lavoratori, basata sulla loro condizione di svantaggio, già praticata dal mercato. Da una parte, sono isolati quelli già tutelati, cui lo Stato riserva un implicito pre-giudizio di occupabilità. D'altra, sono collocati i soggetti non percettori, il cui destino è affidato, per la parte pubblica, alle azioni previste dai singoli programmi regionali[114].

L'ampio spettro delle rinnovate responsabilità regionali dovrà spingere inevitabilmente gli enti territoriali alla ricerca di soluzioni innovative, che sappiano offrire risposte utili e persuasive. A tale scopo, potrà assumere crescente rilievo la tecnica del *profiling*, già introdotta dallo Stato per la classificazione formale dei disoccupati e la modulazione del valore dell'assegno di ricollocazione e utilizzabile, in via complementare, anche dalle Regioni. Il suo utilizzo intensivo quale strumento predittivo, utile alla conoscenza dei bisogni dei lavoratori, si preannuncia fondamentale anche per la qualificazione dell'offerta pubblica[115]. A bisogni ben identificati è possibile associare, infatti, secondo criteri obiettivi e predeterminati, misure e servizi personalizzati, adeguati alle singole persone.

La valorizzazione del punto di vista dei disoccupati costituisce, com'è intuibile, molto di più di una mera petizione di principio. Essa introduce un nuovo metodo di lavoro, fondato sul costante bilanciamento tra opportunità e diritti.

Se la produzione dei servizi per il lavoro assume ad obiettivo generale la creazione di nuove opportunità occupazionali, la loro applicazione al singolo soggetto può subire declinazioni molto

---

[113] Su tale strumento cfr. B. CARUSO - M. CUTTONE, *Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni*, *DRI*, 2016, 63 ss.; D. GAROFALO, *L'Assegno Individuale di Ricollocazione*, in E. GHERA - D. GAROFALO, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, *cit.*, 217 ss.; M. TIRABOSCHI, Jobs Act *e ricollocazione dei lavoratori*, *DRI*, 2016, 119 ss.; G. DI CORRADO, *L'assegno di ricollocazione nelle sue prime applicazioni*, *DLRI*, 2016, 4, 707 ss.; A. ALAIMO, *Ricollocazione dei disoccupati, cit.*; G. CANAVESI, *La ricollocazione secondo il Jobs Act: dall'attività al contratto*, *RDSS*, 3, 2015, 547 ss. Per la natura negoziale e privatistica dell'assegno si schierano A. OLIVIERI, *L'assegno di ricollocazione: una nuova condivisione di diritti e doveri*, *ADL*, 2016, 2, 272 ss.; L. VALENTE, *op. cit.*, 178 ss.; *Contra*, L. TESSAROLI, *Riforma dei servizi per il lavoro: assegno di ricollocazione*, in *Libro dell'anno del diritto 2016*, Treccani, 2016, 368 ss.

[114] Per un giudizio preoccupato sull'apporto delle Regioni, cfr. L. VALENTE (*op. cit.*, 52), secondo la quale la discrezionalità di tali enti nell'attuazione delle misure rivolte ai soggetti disoccupati non percettori di sostegno al reddito «può mettere a rischio l'attuazione di politiche territoriali» in favore di quei soggetti.

[115] Come ben visibile nelle esperienze europee più evolute (su cui P.G. BRESCIANI - A. SARTORI, *op. cit.*, 119 ss.), la tecnica del *profiling* può facilitare la gestione dei problemi legati alla scarsità di risorse pubbliche e alla conseguente l'impossibilità di garantire l'accesso universale ai servizi pubblici. Ciò avviene mediante la segmentazione, con varie tecniche, dell'utenza e l'allocazione dei servizi e delle risorse in corrispondenza del maggiore o minore grado livello di meritevolezza e/o bisogno. Le finalità perseguite attengono, dunque, non solo al momento della diagnosi dell'utenza, ma anche a quello della pianificazione delle azioni da erogare, per associare gli utenti già valutati al servizio più adatto alla loro categoria.

differenti, a seconda delle situazioni. Ad esempio, taluni lavoratori potrebbero ottenere, rispetto ad altri, un minore sviluppo dei servizi ad essi erogati. E ancora, i contenuti dei patti di servizio potrebbero rivelarsi non del tutto coerenti con i bisogni espressi dai singoli o dimostrarsi, pur a parità di condizione del soggetto assistito, sostanzialmente differenti.

Al cospetto di siffatte evenienze, l'erogazione dei servizi per il lavoro, oggi elevati al rango di lep, non costituisce più un problema esclusivamente organizzativo. È anche un tema giuridico, almeno nella misura in cui i servizi erogati non siano in grado di corrispondere al diritto dei lavoratori ad un accompagnamento adeguato ovvero ledano i principi di parità di trattamento con gli altri soggetti assistiti e di imparzialità[116].

Anche la tendenza alla personalizzazione dei servizi, quale strumento di attenzione al cittadino e di efficienza dell'azione pubblica, costringe a combinare la gestione delle opportunità con il rispetto dei diritti/doveri.

La possibilità, per i centri per l'impiego, di poter costruire percorsi d'inserimento disegnati secondo le caratteristiche e le esigenze dei lavoratori è una sfida professionale fondamentale per condurre i servizi pubblici ad un livello di incisività convincente. Al contempo, essa assegna agli operatori dei centri margini di discrezionalità ampi e indecifrabili, che sono fonte, per ciò stessi, di possibili violazioni dei doveri di equidistanza e pari attenzione verso i soggetti serviti.

Siffatta implicazione rende chiari i valori giuridici in campo nell'area delle nuove tecniche di mediazione e mostra le difficoltà di coniugare efficienza, efficacia e rigore. Per l'avanzamento effettivo del sistema si dovrà dunque evitare di scaricare sul singolo operatore la responsabilità del bilanciamento operativo tra gli elementi di opportunità di una certa scelta e le condizioni giuridiche sottostanti. S'immagina, all'opposto, la codificazione preventiva di criteri d'azione degli operatori e l'introduzione di sistemi di profilazione idonei ad evidenziare, con buona dose di rigore scientifico, le misure adatte a soddisfare i bisogni dei singoli cittadini trattati[117]. Solo così potranno essere tutelati in trasparenza tanto l'interesse del singolo disoccupato a vedersi garantita l'assistenza migliore, quanto quello degli altri soggetti in cerca di lavoro a non vedersi ridotte, a vantaggio di altri, le opportunità proposte e i finanziamenti correlati.

---

[116] Sul concetto di diritto al lavoro come diritto di uguaglianza di fronte al lavoro disponibile e come pretesa alla realizzazione delle condizioni per rendere effettivo il diritto al lavoro, ossia le politiche del lavoro e dell'occupazione, cfr. le riletture dell'art. 4 Cost. avanzate alla fine degli anni novanta da M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, *RGL*, 1999, suppl. n. 3, 15 ss. e da M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, *RGL*, 1999, suppl. n. 3, 25 ss. Per entrambi gli autori, l'inattività dei pubblici poteri si configura come un vero e proprio inadempimento nei confronti del singolo disoccupato. Sulla qualificazione del diritto al lavoro come pretesa a servizi per l'impiego gestiti secondo standard di qualità ed efficienza, cfr. anche V. FILÌ, *Ragionando su servizi per l'impiego, diritto al lavoro e principio di leale collaborazione*, *q. Riv.*, 2003, I, 335 ss.; E. ALES, *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale*, *DLM*, 2003, 9 ss.; A. Alaimo, *I servizi all'impiego e l'art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, *DLRI*, 2004, 249 ss. Sul vincolo esercitato dai criteri costituzionali d'imparzialità e di completa tutela del lavoro, quali limiti alla personalizzazione dei servizi, cfr. E. GRAGNOLI, *Il collocamento obbligatorio*, *cit*., 536.

[117] In tale direzione stanno avanzando alcune importanti iniziative anche a livello territoriale, come testimonia il caso della Provincia Autonoma di Trento (cfr. R. SALOMONE, *Costruire un modello di profiling per l'occupabilità. Aspetti giuridici e indicatori di policy*, in PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO, Osservatorio del mercato del lavoro, *Esperienze di disoccupazione e politiche del lavoro mirate. Il profiling per l'occupabilità*, settembre 2016). Assieme all'obiettivo di segmentare l'utenza, il modello di *profiling* qualitativo qui sperimentato ambisce ad individuare gli specifici bisogni della persona, per offrirle adeguati servizi e supportare gli operatori nella gestione del rapporto mediante uno strumento standardizzato e omogeneo.

In punto di personalizzazione dei servizi, emergono, come detto, implicazioni giuridiche anche sul lato dei soggetti assistiti. È il tema della c.d. condizionalità, che carica sul disoccupato, oltre ai benefici della posizione di beneficiario di servizi, anche gli oneri conseguenti alla richiesta di attivazione nel reperimento cooperativo di nuova occupazione[118].

L'indicazione nel patto di servizio delle misure selezionate determina la nascita, a carico di quei soggetti, di responsabilità e vincoli molto più incisivi di quelli previsti nella legislazione antecedente al 2015. In particolare, al crescere della complessità del percorso aumentano proporzionalmente anche le ipotesi inadempimento e, con esse, i rischi di possibili penalità economiche e di perdita dello stato di disoccupazione[119].

Si comprende, dunque, ancora una volta, la complessità della nuova prospettiva di valorizzazione della persona del disoccupato. Dietro le nuove opportunità ad esso riservate si confermano i nuovi effetti giuridici correlati al suo comportamento, la cui gestione ottimale non potrà prescindere da una forte crescita culturale di tutti gli attori del sistema. A tale scopo, la capacità progettuale ed il rigore applicativo già emergono come i due elementi portanti del nuovo sistema operativo.

Si dovrà monitorare, tra l'altro, lo sviluppo del rapporto tra i due ambiti d'incidenza dei meccanismi di condizionalità, come delineati all'art. 21 del d.lgs. n. 150/2015. Si allude, per un verso, alla condizionalità di tipo formale, inerente gli obblighi di convocazione del disoccupato, di presentazione di quest'ultimo e di stipulazione del patto di servizio; per l'altro, alla condizionalità sostanziale, afferente la partecipazione del soggetto alle iniziative concordate. Benché solo la prima sia indicata quale livello essenziale delle prestazioni, per entrambe dovranno essere misurati i livelli di realizzazione e gli esiti prodotti, onde poter comprendere anche le inclinazioni dei centri per l'impiego e degli altri operatori.

## 6. L'innesto problematico dei servizi a risultato.

Sul piano sistematico, la centralità conferita al soggetto disoccupato prelude, in tutti i casi, all'innesto nella filiera dei servizi della logica del risultato, sino ad oggi diffusamente assente nell'azione dei centri per l'impiego. Su tale elemento si potrà sostenere la progressiva convergenza tra attori pubblici e quelli privati, attesa la nota propensione di questi ultimi al pieno soddisfacimento della propria clientela.

Rimane evidente la netta differenza esistente tra la produzione di risultati a favore dell'impresa, tipica delle agenzie per il lavoro, e l'offerta di soluzioni occupazionali a favore dei disoccupati, afferente alla responsabilità pubblica. Per questa seconda dimensione, anche i soggetti privati sono chiamati ad una pesante curvatura dei propri principi e metodi di lavoro.

---

[118] In punto di condizionalità, cfr. L. CORAZZA, *Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)*, *DLRI*, 2013, 3, 489 ss.; A. OLIVIERI, *Condizionalità ed effettività nella l. 92/2012*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel mercato del lavoro*. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92, Cacucci, 2013, 661 ss.; N. PACI, *La condizionalità*, in M. CINELLI - G. FERRARO - O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 582 ss.; M.D. FERRARA, *Il principio di condizionalità e l'attivazione del lavoratore tra tutela dei diritti sociali e controllo della legalità*, *LD*, 4, 2015, 639 ss.; L. VALENTE, *op. cit.*, 124 ss.; P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego e livelli essenziali delle prestazioni alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto dell'occupazione*, *cit.*, 103 ss.

[119] Per l'analisi puntuale del regime sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 150/2015, cfr. A. OLIVIERI, *La condizionalità nel d.lgs. n. 150/2015: luci e ombre*, in E. GHERA - D. GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, *cit.*, 185 ss. Sul regime dello stato di disoccupazione precedente al Jobs Act, come aggiornato dalla legge n. 92/2012, cfr. lo studio analitico di P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione, cit.*, 453 ss.

I sistemi di accreditamento e le reti regionali già valorizzano, in buona misura, i servizi a risultato, mentre il d.lgs. n. 150/2015, oltre a non menzionare quelli di mediazione tra domanda e offerta, riferisce, come detto, l'assegno individuale di ricollocazione solo ai soggetti percettori di sostegno al reddito. Ancora una volta, dunque, spetterà alle Regioni e alle Province Autonome dare slancio all'innovazione culturale e favorire, nella rispettiva programmazione, la crescita degli obiettivi fissati su risultati occupazionali minimi da raggiungere per tutti i disoccupati.

Serve, tuttavia, chiarezza. La logica del risultato occupazionale non può riguardare indistintamente tutti i soggetti disoccupati. Una larga fetta di essi presenza condizioni di debolezza troppo elevate per poter pretendere o anche solo auspicare l'immediato rientro nel mercato del lavoro. Per questi casi, i servizi a risultato possono ugualmente trovare spazio di applicazione, ma assumendo a riferimento, non un'irrealistica occupazione, bensì il conseguimento di risultati intermedi, che siano stati pensati e dichiarati nel patto di servizio come passaggi fondamentali per rendere credibile il progetto occupazionale[120].

In tale scenario, è necessario che anche i privati accreditati facciano la loro parte, dimostrando capacità di azione in coerenza con le scelte pubbliche intraprese. È noto, al riguardo, che quando i soggetti da trattare non esprimono qualità particolari o livelli di *appeal* significativi per il mercato, la tentazione di accontentarsi della remunerazione dei servizi a processo può essere alta. Se ciò accade, anche in ragione di un eccesso di previsione di servizi remunerati a processo o di un monitoraggio pubblico insufficiente, l'apporto dei privati può perdere di senso, con riflessi di snaturamento della stessa missione delle reti pubbliche[121].

Nella logica di queste ultime, emerge, tra l'altro, un ruolo nuovo per la persona disoccupata, vista non più come fruitrice di servizi, bensì quale soggetto preposto alla regolazione della concorrenza tra gli operatori pubblici e privati. Ciò accade quando l'erogazione dei servizi sia affidata ad un determinato operatore (centro per l'impiego o soggetto accreditato) per decisione dello stesso disoccupato anziché per l'esito di un avviso pubblico[122].

Poiché tale effetto discende dall'introduzione nei sistemi regionali dei titoli di acquisto (denominati anche voucher o buoni di servizio o dote lavoro), concepiti per essere consegnati al disoccupato e per essere da questi spesi presso il soggetto da lui prescelto, è evidente che la valorizzazione del ruolo organizzativo dei disoccupati, per lo sviluppo della concorrenza tra gli operatori, è una scelta strettamente legata alle decisioni di ciascuna Regione e Provincia Autonoma. Lo Stato, per parte sua, si è già pronunciato a favore, indicando nell'assegno di ricollocazione lo strumento imprescindibile per conferire al disoccupato il potere di scelta del soggetto deputato all'erogazione a suo favore del servizio di assistenza intensiva.

---

[120] Per il distinguo tra i concetti di occupabilità e occupazione e per l'assimilazione degli stessi alle nozioni, proprie della filosofia teoretica, rispettivamente, di "potenza" ed "atto", si rinvia a B. CARUSO, *Le risposte di*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Tre domande e quattro risposte*, *cit.*, 211 ss.

[121] A contrasto di possibili fenomeni di *creaming*, vale a dire di scelta da parte dell'erogatore di servizi dei soggetti più facili da ricollocare, la disciplina dell'assegno di ricollocazione, introdotta all'art. 23 del d.lgs. n. 150/2015, esalta la premialità. In base a quest'ultima, l'attività è remunerata «prevalentemente a risultato ottenuto» e l'ammontare del *voucher* è graduato «in relazione al profilo personale di occupabilità» dell'utente servito (cfr. ISFOL, *Rapporto di monitoraggio sui servizi per il lavoro 2015*, 2016, in *cliclavoro.gov.it*). La stessa classe di profilazione corrisponde ad un diverso ammontare del costo stimato del servizio, in funzione della difficoltà di ricollocazione dell'utente.

[122] Sul nesso tra libertà di scelta e accreditamento all'erogazione di servizi pubblici, cfr. L. TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, *QC*, 2002, 725 ss.

Il problema, su questo punto, è costituito dal rapporto tra i titoli di acquisito regionali e l'assegno di ricollocazione. Mentre i primi sono regolati dalle Regioni[123], il secondo è consegnato ad una disciplina prioritariamente affidata ad Anpal, cui è rimesso, tra l'altro, il compito di definire l'ammontare dell'assegno e la proporzione tra componente a risultato e quella a processo.

La possibile diversità tra i risultati attesi per ciascun assegno o tra i percorsi previsti per conseguirli può generare differenziazione di trattamento tra i disoccupati dello stesso territorio a seconda dello strumento utilizzato, con conseguenze imprevedibili. Inoltre, la componente "risultato occupazionale" può subire curvature semantiche differenti nella normativa statale e regionale, attivando concorrenza tra gli strumenti per ragioni legate ai loro contenuti, anziché dipendenti dalla capacità degli operatori coinvolti per il loro utilizzo[124].

Ci si deve chiedere, in proposito, se la logica del risultato, cui formare l'attività degli operatori, sia compatibile con la disponibilità di assegni per la ricollocazione plurimi e diversi, anche nell'importo[125]. La diversità degli strumenti può alterare la percezione del rapporto tra disoccupato ed operatore, facendo credere al primo che la disponibilità di un assegno con caratteristiche apparentemente più forti (ad es. un valore economico superiore) generi, di per sé, un maggior impegno da parte del gestore e più alte probabilità di centrare il risultato occupazionale.

Vi è il rischio, dunque, che si alimenti una competizione tra operatori fondata più sulla loro capacità di attrarre disoccupati per la gestione dei rispettivi assegni, che sulla rispettiva attitudine a centrare il risultato occupazionale. Ciò rende urgente un supplemento di riflessione sulla direzione dell'attuale percorso di riforma. In gioco c'è anche la razionalità di un sistema che, pur assegnando alle Regioni la responsabilità dei percorsi per l'occupazione, consente allo Stato di sovrapporre a tutte le offerte regionali un proprio strumento, regolato in autonomia e senza alcuna necessaria coerenza con gli altri servizi per l'occupazione.

Va da sé che lo stesso assegno di ricollocazione non può fungere da agente catalizzatore dell'intera riforma. Non può atteggiarsi da sineddoche. La sua importanza, anche simbolica, va riconosciuta e supportata. Il suo ambito d'intervento ristretto e la presenza, al suo fianco, dei citati strumenti analoghi già introdotti da molte Regioni ne sminuiscono, tuttavia, il peso e l'attitudine a connotare da solo l'operazione riformatrice[126]. Quest'ultima, nei suoi elementi complessivi,

---

[123] Per l'approfondimento dell'esperienza lombarda, vera apripista a livello regionale, cfr. G. CANAVESI, *La sperimentazione della* dote lavoro *in regione Lombardia: un nuovo modello di politiche del lavoro?*, in AAVV, Studi in onore di Tiziano Treu, *Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, Jovene, 2011, 1159 ss.; L. VIOLINI - S. CERLINI, *Il sistema della «Dote» in Lombardia: prime riflessioni su un'esperienza in atto*, *RDSS*, 2011, 1, 43 ss.

[124] Commentando la definizione di assegno di ricollocazione, proposta nel d.lgs. n. 150/2015, M. ESPOSITO (*op. cit.*, 14) coglie, sul piano dei contenuti, una certa distanza dal concetto di contratto di ricollocazione. Mentre quest'ultimo conteneva elementi di responsabilizzazione del disoccupato, causa l'insorgenza di obbligazioni, diritti e responsabilità, la nozione di assegno è giudicata «orientata più verso la prestazione economica che verso la misura proattiva».

[125] Il valore monetario attribuito all'assegno di ricollocazione dalla delibera Anpal n. 1 del 07 febbraio 2017 oscilla, per i contratti di lavoro a tempo indeterminato, tra un minimo di 1.000 euro e un massimo di 5.000 euro. Tale valore è nettamente superiore a quello assegnato dalle norme regionali ai rispettivi strumenti per la ricollocazione dei lavoratori.

[126] A depotenziare l'enfasi mediatica conferita allo strumento concorre, sul piano fattuale, l'analisi dei primi dati sull'andamento della sperimentazione dell'assegno, peraltro ancora non ufficiali (cfr., comunque, quanto pubblicato dal quotidiano *La Repubblica* il 4 luglio 2017). Essi indicano che sul bacino di circa 28.000 soggetti destinatari della proposta di assegno il tasso di adesione non supera il dieci per cento. Nel contingente degli aderenti prevalgono i soggetti appartenenti a fasce di età più elevate, i quali possono mediamente fare affidamento su periodi di sostegno al reddito (Naspi) più lunghi. Tra i fattori utili all'adesione incidono la prossimità del soggetto alla scadenza della Naspi e la disponibilità di informazioni sul funzionamento del programma di ricerca intensiva di occupazione. La scelta degli aderenti sembra orientarsi per circa la metà a favore dei centri per l'impiego e per l'altra metà a favore degli operatori privati accreditati. Il numero di attivazioni è inferiore a quello degli aderenti, mentre non sono ancora disponibili le evidenze sul tasso di successo degli inserimenti lavorativi.

prevede molto altro e guarda, anche e soprattutto, alle condizioni per promuovere il sostegno delle migliaia di persone disoccupate prive dei requisiti d'immediata e facile occupabilità o comunque escluse dai redditi di disoccupazione. Ad essi, non a caso, sono rivolti i nuovi servizi di orientamento, formazione e accompagnamento, che le istituzioni statali e regionali, in cooperazione reciproca, dovranno iniziare a garantire secondo livelli di uniformità.

Si deve aggiungere, come subito si preciserà, che molti elementi del nuovo impianto organizzativo sono ancora da impostare e costruire.

## 7. Cosa manca per il funzionamento reale del sistema unitario?

È lo stesso d.lgs. n. 150/2015 ad indicare gli strumenti necessari all'avvio del nuovo sistema unitario. Essi coincidono, in buona misura, con l'assunzione di regole del gioco comuni a Stato e Regioni.

L'avvio concreto del percorso di uniformazione dei sistemi regionali a standard minimi comuni richiede, inevitabilmente, che quegli standard siano codificati. Si tratta, in particolare, delle disposizioni per la regolamentazione del rapporto con i cittadini e tra gli operatori, che richiamano, a livello tematico, i contenuti dell'offerta congrua, gli obiettivi e la metodologia di profilazione dei disoccupati, i termini del patto di servizio, la definizione degli standard di servizio (descrizione dei servizi, indicatori di obiettivo, indicatori di risultato, unità di tempo minime e massime), le unità di costo standard dei medesimi servizi, i criteri per la gestione degli accreditamenti regionali.

Buona parte di tali regole è oggi presente nella normativa regionale, cui si deve l'ampia e diversificata costruzione di sistemi funzionanti di gestione dei disoccupati e di collaborazione tra pubblico e privato[127]. Partire dalle fondamentali esperienze già realizzate a livello regionale in materia di offerta congrua, patti di servizio, accreditamento degli operatori, standard di servizi e costi standard può fungere da metodo di facilitazione del percorso di unificazione nazionale. Inoltre, la formazione *bottom up* di nuove direttrici unitarie si presta a sostenere lo sviluppo sereno e costruttivo dei nuovi rapporti tra i livelli istituzionali[128].

Vi sono pure preoccupazioni di ordine finanziario. L'introduzione di costi standard nazionali, a prescindere da quelli già approvati in sede regionale, può generare lo spiazzamento dei territori, in particolare nei casi in cui la misura delle remunerazioni nazionali fosse nettamente superiore a quella delle Regioni. La formazione di nuove unità di misura nazionali dovrebbe pure farsi carico dell'esigenza di non generare aumenti significativi dei costi in una fase di diffusa scarsità delle risorse disponibili.

La questione metodologica è, in effetti, un punto fondamentale del processo riformatore, quasi più importante dei contenuti delle norme che dovranno essere approvate. Tra l'ipotesi di una riforma radicale, tramite l'Anpal, delle regole vigenti nei vari territori regionali e quella alternativa

---

[127] Cfr., ad esempio, le leggi regionali della Lombardia (28 settembre 2006, n. 22, per il cui approfondimento si rinvia a P.A. VARESI, *Regione Lombardia: la legge di politica del lavoro*, *DPL*, Inserto, 7/2007), del Piemonte (22 dicembre 2008, n. 34), del Veneto (13 marzo 2009, n. 3) o della Provincia Autonoma di Trento (16 giugno 1983, n. 19, su cui cfr. S. VERGARI (a cura di), *Mercati e diritto nel lavoro nelle Province di Trento e Bolzano*, Cedam, 2004).

[128] Per una recente e interessante valorizzazione del contributo fornito dalle esperienze provinciali e regionali in materia di servizi e politiche del lavoro cfr. P.G. BRESCIANI - P.A. VARESI, *Servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro. Le buone pratiche locali, risorsa per il nuovo sistema nazionale*, Franco Angeli, 2017.

dell'imposizione agli stessi del modello adottato da una singola Regione, si ritiene che il percorso ideale debba mirare a definire una cornice di misure comuni di miglioramento, non di stravolgimento, dei singoli assetti regionali.

Andrebbe quindi allontanata ogni eventuale tentazione di imporre regole che impediscano alle realtà più virtuose di continuare ad esprimere le proprie positive impostazioni[129]. Il riferimento è, innanzitutto, ai sistemi di accreditamento e alle regole d'identificazione dei soggetti ammissibili alle reti regionali. Il richiamo è anche ai contenuti del patto di servizio, che dovrebbero introdurre elementi comuni, ma comunque passibili di integrazioni o specificazioni a livello regionale. Le stesse regole di affidamento dei servizi ai soggetti accreditati dovrebbero consentire la combinazione tra il modello dell'avviso pubblico e quello della selezione affidata allo stesso disoccupato.

L'intervento centrale e più urgente rimane, in ogni caso, l'approvazione, ai sensi dell'art. 2, del d.lgs. n. 150/2015, del decreto ministeriale, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, le Regioni e le Province Autonome, delle linee di indirizzo triennali e gli obiettivi annuali dell'azione in materia di politiche attive. Si tratta di uno snodo fondamentale, poiché da esso dipenderà la comprensione di come e quanto il Ministero del lavoro e le Regioni vorranno esprimere la propria visione unitaria del sistema e introdurre, conseguentemente, i criteri di gestione del rapporto tra le rispettive programmazioni.

Nel decreto trova sintesi il percorso politico che Stato e Regioni sono tenuti a concordare. Prima ancora di ogni possibile contenuto, esso rappresenta l'affermazione della chiara distinzione tra il livello d'ideazione e di programmazione delle politiche e quello più operativo e gestionale, affidato ad Anpal e, soprattutto, ai centri per l'impiego e ai soggetti accreditati.

Esso costituisce, altresì, un formidabile banco di prova per la comprensione della reale capacità del livello regionale di produrre sintesi al proprio interno e propensione alla formulazione di proposte unitarie e di rango nazionale. È soprattutto dall'esercizio di questa opportunità di azione politica che si potrà comprendere l'affidabilità e la bontà del disegno normativo di investimento sulla struttura bicefala del ponte istituzionale di comando.

## 8. Il dialogo necessario tra politiche e strumenti nazionali e quelli regionali.

Se, come è ormai chiaro, la nuova politica nazionale non potrà sopprimere quella regionale, ma dovrà convivere con essa, si dovrà individuare un metodo di dialogo idoneo a garantire la coerenza complessiva dei programmi ideati ai due livelli. La questione intercetta, tra l'altro, l'utilizzo dei fondi europei, rispetto ai quali il piano di rafforzamento dovrebbe concorrere a consolidare la connessione tra interventi nazionali e quelli regionali.

Il tema del coordinamento tra le politiche richiama non solo il profilo di coerenza complessiva dei percorsi ideati per la loro realizzazione, ma anche la fase realizzativa, ovvero la modalità di convivenza sul medesimo territorio delle attività condotte direttamente da Anpal, perché pertinenti alla competenza gestionale sui programmi enucleati all'art. 9, comma 1, lett. p, del d.lgs. n. 150/2015, con quelle svolte dalle strutture regionali.

La questione, già accennata nell'ambito del discorso sul rapporto tra i regimi di accreditamento, nazionale e regionali (v., *retro*, § 3.3.), verrà ripresa nell'ultimo paragrafo. Un suo aspetto

[129] Su tale preoccupazione sia ancora concesso il rinvio a S. VERGARI, *Prove di convivenza*, *cit.*, 78 ss.

particolare, meritevole di immediata attenzione, riguarda gli effetti conseguenti alla necessaria coabitazione tra lo strumento dell'assegno di ricollocazione e quello del patto di servizio. Nei percorsi possibili, il d.lgs. n. 150/2015 abilita il disoccupato, se in possesso dei requisiti prescritti, ad abbandonare il percorso già attivato con il patto di servizio, per deviare su un sentiero di assistenza collegato all'assegno di ricollocazione.

Tale opzione autorizza, di per sé, uno spreco di energie e di risorse, con l'aggravante della liberazione del disoccupato dall'obbligo di motivare la propria scelta. È, peraltro, revocabile in dubbio che tale passaggio sia possibile nei casi in cui entrambe gli strumenti siano finanziati con risorse comunitarie. Ai sensi della normativa europea, l'attivazione di iniziative nell'ambito di un certo percorso dovrebbe impedire di utilizzarne altre, per la stessa persona, all'interno di un percorso diverso e concorrente.

A conferma della serietà del problema, è significativo che i soggetti presi a riferimento per la sperimentazione dell'assegno di ricollocazione debbano non essere già impegnati in misure di politica attiva analoghe erogate dalle Regioni e Province Autonome[130]. Per quanto condivisibile, tale prescrizione non trova alcun fondamento certo nella legge, che infatti non contempla alcun impedimento al libero abbandono del percorso già attivato sulla base del patto di servizio. Sarà dunque problematico, in assenza di una correzione della legge, promuovere la stabilizzazione a regime di siffatta soluzione.

Occorre farsi carico, tra l'altro, delle condizioni di operatività, nella disciplina dell'assegno di ricollocazione, dei meccanismi di condizionalità. Sul piano formale, le regole di attivazione dei disoccupati, sancite all'art. 21 del d.lgs. n. 150/2015, sanzionano i comportamenti omissivi del lavoratore riferiti alle attività descritte nel patto di servizio. Nel programma di ricerca intensiva difetta, invece, un regime punitivo espresso, la cui esistenza si può soltanto presupporre in virtù del richiamo indiretto, previsto all'art. 23, comma 5, lett. e, del d.lgs. n. 150/2015, proprio alle sanzioni collegate alla violazione del patto di servizio.

Sennonché, se è vero che «la richiesta del servizio di assistenza alla ricollocazione, per tutta la sua durata, sospende il patto di servizio eventualmente stipulato» (art. 23), con conseguente attrazione anche del sistema delle penalità ad esso collegato, la possibilità di enucleare ed applicare sanzioni direttamente riconducibili alla violazione del programma finanziato dall'assegno di ricollocazione non sembra del tutto sicura. Servirebbe a tale scopo la piena parificazione, agli effetti delle regole di condizionalità, tra il programma di ricerca intensiva di nuova occupazione, previsto all'art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 150/2015, e il patto di servizio personalizzato, disciplinato all'art. 20 del medesimo decreto.

In attesa di opportuno intervento normativo, l'unica soluzione disponibile rinvia all'assunzione di un'opzione esegetica coerente e compatibile. Essa consiste nell'affermare che l'effetto della sospensione del patto di servizio, in occasione della richiesta del disoccupato del servizio di assistenza alla ricollocazione, riguarda esclusivamente le misure di politica attiva contenute nel patto, non anche gli obblighi di attivazione ivi previsti[131]. Su tale presupposto, anche in caso di deviazione

[130] Cfr. ancora la delibera Anpal n. 1/2017, che annulla e sostituisce la precedente n. 9/2016.

[131] Si può pensare, in alternativa, alla tecnica pattizia, per la quale nel programma di ricerca intensiva, da sottoporre alla sottoscrizione del disoccupato, dovrebbero utilmente essere riprodotti gli obblighi di legge previsti all'art. 21 del d.lgs. 150/2015, in materia di

dal programma di ricerca intensiva, per mancata collaborazione del lavoratore, sarebbero direttamente applicabili le sanzioni previste per la violazione del patto.

Urge, per altro verso, la definizione chiara dei possibili contenuti del programma di ricerca intensiva[132]. Se, da un lato, è palese che l'assistenza intensiva si riferisce alla ricollocazione del lavoratore, facendo presumere la coincidenza di quei contenuti con le attività tipiche di mediazione nell'incontro tra domanda e offerta, va considerato, dall'altro, il richiamo di legge a possibili attività di riqualificazione professionale. La loro previsione non è neutrale, poiché rende possibile l'incorporazione nel programma di azioni tipicamente previste nel patto di servizio, come quelle orientate a risultati diversi da quello occupazionale.

Sullo sfondo, agisce pure l'interrogativo su come sia possibile affidare percorsi di riqualificazione professionale a soggetti, quali i centri per l'impiego e i soggetti privati accreditati ai servizi per il lavoro, non votati e non abilitati alla formazione.

A ben guardare, le scarse indicazioni normative impediscono di affermare che tra il programma di ricerca intensiva ed il patto di servizio sussiste una chiara differenza contenutistica. Riesce, dunque, difficile estrapolare la ragione dell'enucleazione dell'assegno quale misura specifica e prediletta. A meno di non riferire al legislatore l'obiettivo di sopprimere e sostituire tutti gli strumenti regionali già esistenti, come pure lascia intendere la previsione del finanziamento dell'assegno con risorse sia statali che regionali.

Senonché, nell'attuale fase la tenuta di un tale presunto progetto non appare più così solida, come invece sarebbe stato nel nuovo assetto costituzionale.

## 9. Possibili traiettorie della fase post-referendaria.

Secondo quanto emerso nello sviluppo del discorso, si ripropone continuamente la questione dell'impatto della vicenda referendaria sul processo di attuazione del d.lgs. n. 150/2015. È innegabile che l'impianto originario di tale decreto era stato pensato in coerenza con quello della riforma costituzionale, la cui approvazione definitiva avrebbe dovuto condurre le politiche attive del lavoro sotto la responsabilità esclusiva dello Stato. In tale disegno, le Regioni non avrebbero dovuto abbandonare, necessariamente, un ruolo politico. Non a caso, il nuovo art. 116, comma 3, della legge costituzionale poi bocciata, prevedeva la possibile attribuzione alle Regioni ordinarie di forme e condizioni particolari di autonomia in materia di politiche attive e formazione professionale. Vi era insomma "il terreno per una delega settoriale a quelle regioni che hanno dato prova di saper fare e di aver agito per il meglio in questi anni di c.d. federalismo prima amministrativo e poi legislativo"[133].

Ora, la prospettiva del d.lgs. n. 150/2015 appare rovesciata, con il pallino che ritorna in mano alle Regioni e con la riassegnazione allo Stato del ruolo di propulsione e unificazione, da esercitare attraverso i principi della legislazione, i lep ed il coordinamento informativo.

---

meccanismi di condizionalità. L'efficacia di tale impostazione presuppone, tuttavia, un passaggio non scontato: che l'Inps, quale soggetto estraneo all'intesa, possa applicare sanzioni sulla base proprio di quest'ultima.

[132] In proposito, le delibere di Anpal si sono abilmente sottratte al compito di tracciare i contenuti possibili del programma nella fase di sperimentazione dell'assegno di ricollocazione. Si deve rilevare, del resto, la scelta di avviare la sperimentazione dell'assegno pur in assenza della codificazione degli standard dei servizi per il lavoro, richiamati nel d.lgs. n. 150/2015 tra i presupposti fondamentali per l'avviamento di un sistema nazionale dei servizi per il lavoro.

[133] V. Filì, *op. cit.*, 516.

Tutto ciò implica due conseguenze importanti.

Per un verso, le Regioni dovranno rimuovere ogni ragione d'intervento sostitutivo dello Stato, dando finalmente prova di poter garantire l'erogazione omogenea dei servizi su tutto il territorio nazionale.

Per l'altro, le stesse Regioni dovranno assumere l'iniziativa delle politiche del lavoro, evitando di rimanere al traino delle proposte statali e sostenendo comunque, per il confronto costruttivo con lo Stato, una propria linea comune. Per questa parte, si dovrà chiarire, come già segnalato, il rapporto tra programmazione nazionale e regionale e quello tra i due livelli di finanziamento, facendo in modo che le leve finanziarie agiscano coerentemente alle scelte di programmazione e ai compiti assegnati.

Per le istituzioni regionali è una sfida relativamente nuova e importante. Ciascuna di esse aveva ragionato sino ad oggi secondo un'ottica prettamente territoriale, votata a costruire risposte ai problemi specifici della realtà di riferimento. La nuova prospettiva impone loro di aprire una prospettiva politica più ampia, capace di coniugare le esigenze del proprio territorio con quelle degli altri. Non si chiede, ovviamente, la rinuncia all'esercizio delle proprie prerogative. Si domanda, piuttosto, l'assunzione di un ruolo a due livelli: quello classico, tipicamente territoriale, ma anche quello nuovo di concertazione nazionale, da riferire, non più solo alla definizione delle regole del gioco di determinati istituti o finanziamenti, ma anche e soprattutto alla nuova programmazione unitaria delle politiche attive con lo Stato, nel solco delle competenze tracciate all'art. 2 del d.lgs. n. 150/2015.

È scontato che la conferma del ruolo e delle competenze della Conferenza permanente per i rapporti tra Stato e Regioni implica un rafforzamento indiretto anche della Conferenza delle Regioni. A sua volta, il potenziamento di quest'ultima rende necessario l'incremento della capacità delle Regioni di esprimere proposte unitarie e di assumere la funzione di agenti d'innovazione.

Potrebbe essere utile, in tale scenario, istituire una nuova e specifica sede tecnica di coordinamento, imperniata su competenze solide e relazioni stabili. In ogni caso, l'appartenenza partitica o l'affinità politica, tra livelli regionali e tra livello regionale e quello statale, non dovranno costituire criteri d'azione decisivi, pena l'indebolimento congenito del sistema regionale[134]. A fronte della storica differenziazione della composizione politica dei governi regionali, sarebbe altrimenti impossibile ottenere posizioni unitarie.

## 10. Quale ruolo gestionale per l'Anpal?

Sul piano gestionale, il tema dominante, già in parte accennato, è oggi costituito dal ruolo che, nel rinnovato assetto regionalista, assumerà Anpal. Il problema, a ben vedere, è mal posto, poiché gli spazi d'azione dell'Agenzia rimangono quelli indicati dal d.lgs. n. 150/2015, che, per quanto attiene all'erogazione dei servizi per il lavoro, dipendono, in larga misura, dalla capacità degli uffici regionali di presidiare adeguatamente le proprie funzioni.

[134] Non è un caso che l'esperienza istituzionale di un acuto osservatore come M. BARBIERI (*Le risposte di*, in L. MARIUCCI, *Tre domande e quattro risposte*, *cit.*, 205), lo porti ad osservare, con riguardo alla nuova organizzazione del mercato del lavoro e, in particolare, ai rapporti tra Stato, Regioni e Province e tra le Regioni e i soggetti privati, che «Le regioni (…) acconsentono a tutto (Accordo del 30 luglio 2015), decerebrate come sono dalla sostanziale solidarietà politica con il Governo nazionale».

Si vuol dire che, per quella legge, l'erogazione dei servizi continua a far capo in via ordinaria ai centri per l'impiego, ai quali gli ordinamenti regionali possono affiancare, nell'ambito delle apposite reti, i soggetti accreditati. Come chiarito, l'intervento di Anpal è ammesso solo nei casi in cui sia la stessa Regione o Provincia Autonoma ad attribuirle, per via convenzionale, una o più funzioni tra quelle individuate all'art. 18 del decreto. Per il resto, il suo ruolo operativo è limitato alla consegna al disoccupato, quando sia rimasto non convocato nei termini prescritti, delle credenziali di accesso diretto alla procedura telematica di profilazione.

Fino alla modifica delle regole vigenti, il ruolo formale dell'Agenzia nazionale non subirà, dunque, sostanziali variazioni per effetto della mancata approvazione della riforma costituzionale. Rimane indecifrata, tuttavia, la sua funzione di coordinamento della rete dei servizi per le politiche del lavoro, che, come chiarito, comprende al suo interno tanto le strutture regionali per le politiche del lavoro, quanto i soggetti accreditati a livello regionale.

Riprendendo un ragionamento solo abbozzato, appare scontato che un'eventuale interpretazione in senso verticistico di tale funzione provocherebbe la reazione immediata delle Regioni, che non potrebbero tollerare la sovrapposizione di Anpal al proprio rinvigorito potere istituzionale. Diversa risposta si potrebbe avere ove il concetto di coordinamento fosse interpretato in senso promozionale e di sostegno, per favorire il processo di convergenza degli attori del sistema sugli obiettivi politici definiti congiuntamente da Stato e Regioni. In questo caso, il supporto operativo sarebbe per la crescita del sistema, a patto di essere applicato per sviluppare la capacità delle istituzioni regionali di migliorare la propria offerta ed aumentare la garanzia dei lep.

Un punto delicato attiene all'affidamento esclusivo all'Agenzia del compito di definire gli standard di servizio in relazione alle misure indicate all'art. 18 del d.lgs. n. 150/2015. Questa parte esprime chiaramente l'idea originaria perseguita, legata all'accentramento statale delle competenze sulle politiche attive. La sua attuale applicazione è ovviamente ancora possibile, ma è evidente l'impatto negativo che essa potrà suscitare sulle realtà regionali già dotate da tempo di standard di servizi. In termini di mera opportunità, si dovrà dunque valutare l'attivazione del confronto con le Regioni, anche per favorire la circolazione e la discussione delle migliori esperienze sin qui realizzate e non praticare alcuna penalizzazione delle specifiche vocazioni territoriali.

Un altro punto di attenzione attiene alla modalità di gestione, nei territori regionali, dei programmi nazionali ricondotti all'Agenzia, ivi compresi quelli sperimentali di politica attiva del lavoro o per il reimpiego e la ricollocazione di personale di aziende in crisi aventi unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione o in più regioni. Nessuna regola chiarisce la forma di convivenza di tali programmi con quelli ideati e praticati dalle Regioni. Ciò rende possibile, da un lato, che Anpal possa intervenire sui territori in forma diretta, anche tramite la propria società di servizi o i soggetti accreditati a livello nazionale, dall'altro, e in conseguenza, che le aziende di un territorio regionale possano essere interessate da proposte plurime, di Anpal e delle Regioni, anche se aventi lo stesso oggetto e contenuti identici o concorrenti.

In passato, per scongiurare tale problematica eventualità era stata praticata la concertazione preventiva, cui doveva seguire l'adesione formale delle Regioni alle singole proposte statali. Oggi, la stessa forma di raccordo non è proposta espressamente nel d.lgs. n. 150/2015 e il rischio di misure concorrenti rimane alto. In assenza di interventi correttivi, anche semplicemente sul piano

amministrativo, sotto forma di coordinamento orizzontale, potrebbero sorgere i presupposti per nuovi conflitti[135].

Tra i passaggi decisivi, meritevoli di chiarimento, vanno menzionati, non per ultimi, la gestione del coordinamento informatico e il governo dei programmi cofinanziati dal Fondo Sociale Europeo.

Sul primo versante, rimane indefinita sul piano normativo la relazione tra il sistema informativo unitario delle politiche del lavoro e il portale unico per la registrazione alla rete nazionale dei servizi per le politiche del lavoro, entrambi previsti all'art. 13 del d.lgs. n. 150/2015. Se appare chiara la configurazione del primo come il luogo di raccolta unitaria delle informazioni concernenti i percettori di ammortizzatori sociali, le comunicazioni obbligatorie, la gestione dei servizi per il lavoro e delle politiche del lavoro e la formazione professionale, nonché come "patrimonio informativo comune" degli enti statali e delle regioni, la funzione del secondo non è precisata dalla legge ed è sostanzialmente rimessa alla deliberazione di Anpal.

Le uniche indicazioni normative sul portale nazionale attengono al suo ambito di operatività. Per un verso, esso è chiamato a raccogliere in via telematica le dichiarazioni d'immediata disponibilità dei disoccupati e a gestire l'assegnazione agli stessi di una classe di profilazione, allo scopo di valutarne il livello di occupabilità. Per l'altro, è affidata al medesimo la gestione dell'assegno di ricollocazione, la cui disciplina prevede che i centri per l'impiego e i soggetti erogatori del servizio di assistenza intensiva conferiscano obbligatoriamente al portale di Anpal le informazioni relative alle richieste, all'utilizzo e all'esito del servizio.

Si comprende, per l'effetto, la duplicazione dei sistemi informatici in gestione agli operatori. Per talune attività o particolari strumenti è richiesta l'utilizzazione del portale nazionale. Per la maggior parte si fa invece implicito rinvio ai portali regionali.

Sebbene ricorrano seri dubbi di efficacia di siffatto assetto organizzativo, la soluzione ottimale non sembra comunque presupporre la soppressione dell'uno o dell'altro sistema. Potrebbe essere sufficiente l'edificazione di un valido percorso di cooperazione applicativa, che però richiede investimenti decisi e mirati, non semplici da realizzare.

Quanto alle risorse comunitarie, il loro governo a livello centrale può fungere da garanzia per l'allocazione delle risorse in coerenza con le esigenze e le capacità di azione dei singoli territori. Rimane il fatto che la crescente dipendenza regionale dalle risorse statali e comunitarie non aiuta lo sviluppo di un'interlocuzione realmente libera tra le Regioni e lo Stato.

In definitiva, la fase attuale richiede la metabolizzazione dell'esito referendario e l'affermazione di un assetto stabile delle competenze e dei ruoli degli organi statali e regionali. Va dunque ricercato un nuovo equilibrio rispetto a quello auspicato nella riforma costituzionale.

Il modo in cui esso si svilupperà dipenderà dall'interpretazione del rapporto reciproco da parte degli attori istituzionali del mercato del lavoro. Sembra, comunque, allontanarsi la prospettiva, ipotizzata in dottrina sulla base del d.lgs. 150/2015, del radicamento del modello

[135] Un tentativo di soluzione è espresso dalla proposta regionale di schema di decreto ex art. 2 del d.lgs. n. 150/2015, inviata al Ministro del lavoro nel luglio 2017. Vi si prevede, tra le linee di indirizzo triennali, che sia garantito il coordinamento dei programmi nazionali con quelli regionali, favorendo il metodo dell'intesa preventiva.

dell'"esternalizzazione internalizzata" dei servizi per l'impiego[136]. Il sistema, come si è cercato di argomentare, appare indirizzato alla conferma di un decentramento compartecipato, contraddistinto, rispetto al passato, da maggiore unitarietà.

*gal condition and new support tools.*

[136] V. FILÌ, *op cit.*, 2016.

# Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*

Madia D'Onghia - Claudio de Martino

1. Delimitazione del campo d'indagine. 54

2. I tratti peculiari del lavoro in agricoltura e il fenomeno del caporalato. 55

3. Una breve ricostruzione del quadro normativo prima della l. n. 199/2016 in tema di prevenzione e repressione dello sfruttamento del lavoro. 59

4. La promozione della legalità e del lavoro regolare con il rafforzamento della Rete del lavoro agricolo di qualità. 62

5. La promozione di interventi a supporto dei lavoratori agricoli stagionali e di forme speciali di collocamento a livello territoriale. 68

6. L'incidenza di alcune semplificazioni amministrative sul sistema previdenziale agricolo e sul sistema ispettivo. 70

7. L'interpretazione autentica della disciplina sul riallineamento retributivo a fini meramente deflattivi di un risalente contenzioso. 75

8. A più di un anno dall'entrata in vigore della l. n. 199/2016, ancora troppi proclami e pochi risultati. Quali prospettive? 78

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 352/2018

*Come vivono i braccianti d'oggi è un mistero, solo di rado scalfito dalle inchieste della magistratura, da un articolo di giornale, dai rapporti di Medici senza frontiere o dalle testimonianze di un prete che è entrato in contatto con questa realtà.*
*Ma ciò che accade oggi non viene dal nulla, viene da lontano. Dalle ferite non sanate del Sud contadino. Da una violenza irrisolta che ritorna a esplodere in episodi che sovente finiscono sulle pagine di cronaca nera, pur essendo sedimenti di storia e non fatti sporadici, irrazionali.*
*È un'onda lunga che riaffiora. E poiché, in un modo o nell'altro, dalle campagne veniamo tutti, poiché non c'è famiglia italiana, gruppo, classe, partito che possa dichiararsi estraneo a quella che è stata l'evoluzione del lavoro agricolo, in quella rivoluzione lenta siamo tutti coinvolti.*
*Ci sono fili invisibili che portano alle matasse aggrovigliate del passato. Nessuno può tirarsi fuori, conviene dipanarle».*

[Alessandro Leogrande, *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, Feltrinelli, Milano, 2016, 27-28]

## 1. Delimitazione del campo d'indagine.

La legge 29 ottobre 2016, n. 199, in vigore dal 4 novembre 2016, ha modificato in maniera significativa il reato di «intermediazione illecita e sfruttamento» (c.d. caporalato), punito all'art. 603 *bis* c.p., già introdotto nel 2011, ma in una versione che aveva destato numerose critiche basate su una previsione di inefficienza, poi rivelatasi fondata[137].

La *voluntas legis* nel 2016 si rivolge a tutte le attività lavorative (qualunque sia il datore di lavoro, senza distinzione di dimensioni, di natura giuridica o di settore produttivo) con un intervento ad ampio raggio che spazia dal diritto penale al diritto processuale, fino alla responsabilità degli enti[138]. Ma non c'è dubbio che lo sguardo del legislatore, nonostante l'applicazione normativa

[137] In vigenza dell'impianto repressivo del previgente art. 603 *bis*, inserito nel codice penale dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148), è stato aperto un numero molto esiguo di procedimenti (sole 34 iscrizioni presso gli uffici GIP e 8 processi pendenti nella fase dibattimentale), così come molto ridotte sono state le condanne inflitte per il reato di cui all'art. 603 *bis*. Lo ha segnalato il Presidente della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati: cfr. D. FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 novembre 2016, 2. Ciò è determinato anche dalla riluttanza delle vittime (spesso straniere, prive di assistenza sindacale e sotto il ricatto della perdita del posto) a denunciare le condizioni di lavoro degradanti a cui vengono sottoposte, in assenza peraltro di strumenti legali capaci di offrir loro reale e indiscriminata protezione: cfr., *ex pluris*, M. PAGGI, *Tutela dei lavoratori stranieri in condizione di irregolarità. Analisi della direttiva 52 e delle norme italiane di recepimento*, in *Agromafie e caporalato*, terzo rapporto a cura della Flai-Cgil e dell'Osservatorio Placido Rizzotto, Roma 2016, 53 ss.; M. OMIZZOLO, *Il decreto legislativo 109/2012 («legge Rosarno»): criticità della norma contro lo sfruttamento dei lavoratori e delle lavoratrici migranti in agricoltura*, *ivi*, 84 ss. Si veda anche il rapporto *Lavoro sfruttato due anni dopo. Il fallimento della «legge Rosarno» nella protezione dei migranti sfruttati nel settore agricolo in Italia*, a cura di Amnesty International, Roma, 2014. Sulla precedente formulazione dell'art. 603 *bis* cfr. A. DI MARTINO, *"Caporalato" e repressione penale. Appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Diritto penale contemporaneo,* 2015, n. 2, 69 ss. e A. GIULIANI, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova University Press, Padova, 2015.

[138] Oltre al contributo, in *VTDL*, 2018, n. 1, di A. BEVERE, si rinvia per un approfondimento dei profili penali e processuali a P. DI NUNZIO, L. DI NUNZIO, *Un nuovo strumento normativo contro il caporalato*, in *Guida al lavoro*, 2016, n. 45, 12 ss.; M. MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2017, n. 2, 118; D. PIVA, *I limiti dell'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della L. 199/2016*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 2, 3 ss.; D. FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 novembre 2016; G. DE MARZO, *Le modifiche alla disciplina penalistica in tema di caporalato*, in *Foro it.*, V, 2016, c. 377; G. CALVELLINI,

generale, si sia posato specificamente, anche alla luce di drammatici fatti di cronaca[139], sulle peculiarità del lavoro agricolo, dove, da sempre, in misura massiccia, si registra lavoro irregolare con ricorso a manodopera sottopagata, priva di condizioni di lavoro dignitose, spesso di provenienza extracomunitaria. Non a caso la legge è intitolata «Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo».

Ebbene, il presente contributo, partendo proprio da una sintetica analisi delle specificità del lavoro agricolo e del fenomeno del caporalato, intende analizzare i contenuti strettamente giuslavoristici[140], di tipo promozionale e preventivo, della legge n. 199 del 2016 (dettati dagli artt. 8, 9 e 10), per evidenziarne limiti e potenzialità, per poi suggerire, in sede conclusiva, possibili strumenti di tutela e politiche economiche e sociali alternative che siano in grado più efficacemente di intervenire soprattutto sulle cause strutturali dello sfruttamento e della vulnerabilità dei braccianti agricoli.

## 2. I tratti peculiari del lavoro in agricoltura e il fenomeno del caporalato.

Nel nostro paese, come è noto, l'agricoltura svolge una parte relativamente piccola in termini di reddito e di occupazione, analogamente agli altri paesi europei, in quanto lo sviluppo economico

---

*Caporalato: un passo avanti dopo molti passi indietro. Ma il saldo resta negativo*, in *D&L Flash*, 2016, n. 8, 7; T. PADOVANI, *Un nuovo intervento per superare una riforma zoppa*, in *Guida al Dir*., 2016, 48 ss.; E. CADAMURO, *Il nuovo volto del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, ("Caporalato")*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2016, 823 ss.; M. DI DONNA, *Il nuovo "caporalato"* ex *art. 603* bis *c.p. tra rafforzamento della protezione penale ed esigenze di garanzia del datore di lavoro*, in *Il diritto dei lavori*, 2017, 61 ss.; P. CURZIO, *Sfruttamento del lavoro e repressione penale. Alla ricerca di un delicato equilibrio ermeneutico*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Donzelli, Pomezia (Roma), 2017, 127 ss.; F. GORI, *La nuova legge sul grave sfruttamento lavorativo nell'ambito della normativa di contrasto al lavoro sommerso*, in *ADAPT Working Paper*, 2017, n. 2; F. GIANFROTTA, *Intermediazione e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016*, in *www.questionegiustizia.it,* 1 marzo 2017; D. MANCINI, *Il contrasto penale allo sfruttamento lavorativo: dalle origini al nuovo art. 603 bis c.p.* in *http://www.altalex.com,* 2017; F. STOLFA, *La legge sul "caporalato" (l. n. 199/2016): una svolta "etica" nel diritto del lavoro italiano? Una prima lettura*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro, Working Paper*, n.1, 2017; A. GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *Legislazione penale*, 1 marzo 2017; A. SCARCELLA, *Il legislatore interviene nuovamente sul fenomeno del "caporalato": ultimo atto?,* in *Diritto penale e processo*, 2017, 855 ss.; G. ROTOLO, *A proposito del 'nuovo' delitto di 'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro'. Note critiche sul controllo penale del c.d. caporalato*, in V. FERRANTE, (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza: una sfida per il mercato del lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2018, 149 ss.; C. MOTTA, *Sulla disciplina di contrasto al grave sfruttamento lavorativo e alla intermediazione illecita nel lavoro: profili storci e interventi di riforma*, in *Diritto agroalimentare*, 2017, n. 1, 57 ss.; D. GAROFALO, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *Scritti in onore di Carlo Cester*, in corso di pubblicazione; V. TORRE, *Il diritto penale e la filiera di sfruttamento*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2018, in corso di pubblicazione e A.G. BUONICONTI, *Brevi riflessioni interpretative sul nuovo delitto di 'caporalato'*, relazione svolta al convegno '*Uguaglianza e Discriminazioni*', tenutosi il 6 ottobre 2017, Università 'La Sapienza', Roma, in collaborazione con la Rivista «Critica del Diritto».

[139] Il riferimento è al decesso di una lavoratrice cinquantenne (Paola Clemente) avvenuto nelle campagne di Andria il 13 luglio 2015 nel corso dell'acinellatura dell'uva dove la lavoratrice era stata condotta, da un'azienda di trasporti tarantina e su "richiesta" di un'agenzia interinale, dopo un viaggio di circa 300 km insieme ad altre 600 braccianti che pare operassero in condizioni di grave sfruttamento. L'episodio (cfr. E. SIMONETTI, *Morire come schiavi. La storia di Paola Clemente nell'inferno del caporalato*, Imprimatur, Reggio Emilia, 2017), su cui sta tuttora indagando la Procura di Trani, ha avuto amplissima risonanza mediatica e ha dato una particolare accelerazione all'approvazione della l. n. 199/2016. Per una ricostruzione più generale degli avvenimenti che fra le altre cose hanno determinato l'introduzione nell'ordinamento italiano del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, di cui all'art. 603 *bis* c.p., cfr. A. SCOTTO, *Tra sfruttamento e protesta: i migranti e il caporalato agricolo in Italia meridionale*, in *REMHU - Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 2016, 79 ss. Tra i *reportage* dalle campagne, v. anche Y. SAGNET, L. PALMISANO, *Ghetto Italia. I braccianti stranieri tra caporalato e sfruttamento*, Fandango, Roma, 2015; A. LEOGRANDE, *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, Feltrinelli, Milano, 2016 e L. PALMISANO, *Mafia caporale*, Fandango, Roma, 2017.

[140] Per una disamina dei profili lavoristici della l. n. 199/2016 si veda anche D. GAROFALO, *op. cit*.

risulta caratterizzato da rilevanti e continui cambiamenti nei rapporti tra settori produttivi e tra fattori nella produzione, cambiamenti che si muovono tutti nella stessa direzione: il declino dell'agricoltura nei sistemi economici nazionali con i conseguenti riflessi negativi anche in termini di occupazione[141]. Secondo la rilevazione delle forze di lavoro, riferita al 2015, complessivamente gli occupati in agricoltura sono 843.000, pari a solo il 3,8% sull'occupazione totale[142]. Del resto il settore agricolo continua a esercitare la funzione di serbatoio di forza lavoro, che viene ceduta agli altri settori o per la scarsa redditività dell'attività agricola o perché la domanda di lavoro dei settori extra-agricoli è maggiormente attrattiva per le fasce di età più giovani e più istruite. A ciò si aggiunga il fisiologico ritiro delle fasce di età più avanzate, senza che si realizzi un ricambio generazionale.

Il mercato del lavoro in agricoltura, pur lungo questo *trend* depressivo, ha subìto nel tempo diversi cambiamenti favoriti, da un lato, dai mutamenti del mercato del lavoro in generale, dall'altro, dall'affermarsi di nuove forme di attività agricole multifunzionali, dal rafforzarsi del rapporto tra agricoltura e territorio e dall'evoluzione della filiera agroalimentare[143].

In questo contesto, l'occupazione agricola si è sempre contraddistinta per la prevalenza di rapporti di lavoro instabili e di breve durata, oltre che per una accentuata stagionalità; spesso le imprese necessitano di variare il fattore lavoro in base al livello di produzione o proprio in base alla stagionalità delle colture, per cui ciclicamente va integrato l'organico aziendale in relazione alle esigenze che di volta in volta si determinano. Tutto questo fa sì che il settore agricolo si caratterizzi per una "naturale" discontinuità delle prestazioni lavorative che, se, da un lato, giustifica la disciplina di favore, ad esempio, in tema di prestazioni previdenziali (come si dirà meglio più innanzi), dall'altro, contribuisce a determinare una situazione di profonda instabilità. Prevalente è, infatti, il ricorso a forme di contratto lavorative temporanee e frequentemente risulta più conveniente ricorrere a subappalti, ad agenzie di reclutamento legali e illegali o a modalità di falso impiego che facilmente possono sfociare nell'irregolarità, con scarsa ribellione da parte dei lavoratori. Come già da altri osservato, la richiesta di manodopera per periodi limitati nel corso dell'anno, spesso di breve durata, espone gli operai agricoli al "ricatto" della perdita di successive occasioni di guadagno in caso di denuncia delle irregolarità nell'assunzione o nella gestione dei rapporti di lavoro, il che produce una sorta di effetto domino, facendo aumentare il rischio di tali irregolarità fino alla diffusione del c.d. lavoro nero[144].

Il quadro si complica ulteriormente se si considera che la costante contrazione del numero degli addetti in agricoltura in Italia si è accompagnata dalla crescita esponenziale della componente migrante, oramai considerata indispensabile per la tenuta e l'esistenza stessa del comparto

---

[141] Si veda anche M. D'ALESSIO, *Evoluzione del collocamento e mercato del lavoro in agricoltura*, in *Mercato del lavoro e agricoltura*, Quaderno monografico, n. 12, Rivista trimestrale della Federazione lavoratori agroindustria della Cgil e della Fondazione Metes, Ediesse, Roma, 2012, 13 ss.

[142] Cfr. i dati INEA, *Annuario dell'agricoltura italiana 2016*, vol. LXIX, 2017, CRAI, Roma.

[143] In proposito diffusamente si vedano i contributi di L. IDDA, P. PULINA (a cura di), *Impresa agricola familiare, capitale umano e mercato del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2011.

[144] Cfr. V. NUZZO, *Somministrazione di manodopera e fattispecie affini in agricoltura e in edilizia*, in L. CALCATERRA (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2018.

agricolo in Italia[145]. Nel settore agricolo si stima che i lavoratori stranieri siano circa un terzo del totale della manodopera[146]. Il fenomeno non è certo recente. Già dalla fine degli anni '80 si osservava un crescente ricorso alla manodopera straniera in agricoltura, fenomeno che da subito si era mostrato come un indicatore di grandi cambiamenti nel sistema agricolo italiano[147] che nel corso degli anni è diventato sempre più dipendente dall'impiego di manodopera a basso costo e d'immigrati stagionali. Si è detto che «per la stessa sopravvivenza di molte attività agricole le disponibilità di una forza di lavoro sottopagata è ormai diventata una necessità strutturale, visto che il modello californiano di coltivazioni intensive basate soprattutto sull'uso di lavoratori immigrati sta diventando largamente prevalente nelle economie sviluppate»[148]. I migranti, per le specifiche condizioni di vulnerabilità, oltre che per le barriere culturali, giuridiche, politiche ed economiche che caratterizzano il loro *status*, costituiscono oramai un preciso bacino d'offerta di lavoro sottopagato e dequalificato. Oltre al fatto che la presenza degli immigrati finisce per essere la risposta a una carenza di manodopera locale nelle aree maggiormente sviluppate, mentre nelle aree meno sviluppate diventa comunque un elemento di contenimento del costo del lavoro (vista lo scarso potere contrattuale e l'ampia disponibilità) e un implicito sostegno all'azienda.

In tale sistema produttivo, lo sfruttamento dei lavoratori trova il suo terreno più fertile e quindi la sua maggiore diffusione nel contesto di rapporti di intermediazione illecita tra domanda e offerta di lavoro, ai quali tradizionalmente si attribuisce la denominazione di fenomeno del caporalato[149]. Il c.d. "caporale" recluta manodopera, di solito non specializzata, per collocarla presso il datore di lavoro, dietro corresponsione di un compenso, normalmente calcolato decurtando di una cospicua percentuale la retribuzione spettante ai lavoratori interessati. Questo sistema di intermediazione è tanto più presente quanto maggiore è la distanza tra aziende agricole e persone in cerca di lavoro, oppure nei casi in cui la logistica e l'organizzazione del lavoro in squadre sono particolarmente complicate, come nel caso della raccolta del pomodoro da industria. Non è, peraltro, rara la clausola, specie se si tratta di reclutare stranieri, con cui si incarica il caporale

---

[145] Per A. LEOGRANDE, *Uomini*, *op. cit*., 15, l'imponente crescita della manodopera straniera costituirebbe «la più grande rivoluzione antropologica del Mezzogiorno rurale negli ultimi vent'anni».

[146] Dati aggiornati sono riportati nel *Dossier statistico immigrazione 2017* curato dal Centro Studi e Ricerche IDOS. Si veda anche il *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione 2017,* curato dalla Fondazione Leone Moressa, il Mulino, Bologna, 2017, spec. 71 ss.

[147] Lo segnalava accuratamente già il primo rapporto INEA sull'immigrazione nell'agricoltura italiana del 2009, che presentava un quadro in cui la presenza di lavoratori agricoli stranieri era fortemente trasversale, interessando sia l'agricoltura intensiva a forte richiesta di manodopera, sia le realtà agricole marginali. Sulla connessione tra immigrazione irregolare e sfruttamento del lavoro in agricoltura v., *ex pluris*, M.G. VIVARELLI, *Il caporalato: problemi e prospettive*, *Foro amm. TAR*, 2008, 2917; V. RONDINELLI, *La manodopera straniera come risorsa per l'agricoltura italiana: una analisi preliminare*, *Istat working papers*, 2011, n. 12, *www.istat.it*; i diversi contributi in E. RIGO (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pacini Giuridica, Pisa, 2015; C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lav. dir.*, 2016, 313 e, da ultimo, N. DE ANGELIS, *Il lavoro irregolare dei braccianti immigrati. Profili critici e azioni di contrasto*, in S. D'ACUNTO, A. DE SIANO, V. NUZZO, *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, ESI, Napoli, 2017, 405 ss.

[148] C. BONIFAZI, *L'immigrazione straniera in Italia,* il Mulino, Bologna, 1998, 189.

[149] Sul fenomeno del caporalato, la letteratura giuridica e non solo, si è particolarmente arricchita negli anni. Fra i tanti, si rinvia a D. SCHIUMA, *Il caporalato in agricoltura tra modelli nazionali e nuovo approccio europeo per la protezione dei lavoratori immigrati*, in *Riv dir. agr.*, 2015, 87 ss.; E. LO MONTE, *Lo sfruttamento dell'immigrato clandestino: tra l'incudine (dello stato) e il martello (del caporalato)*, in *Critica*, 2011, 41 ss.; M.G. VIVARELLI, *Il caporalato: problemi e prospettive*, in *Foro amm.*, 2008, 2917 ss.; L. LIMOCCIA, A. LEO, N. PIACENTE, *Vite bruciate di terra, Donne e immigrati. Storie, testimonianze, proposte contro il caporalato e l'illegalità*, Gruppo Abele, Torino, 1997. Cfr. anche i contributi nel volume E. RIGO (a cura di), *op. cit.* e, da ultimo, F. DI MARZIO (a cura di), *op. cit*.

di gestire la manodopera reclutata sul piano logistico (vitto, alloggio, trasporto) e sul versante operativo, organizzando, dirigendo e sorvegliando le lavorazioni.

Invero, il nostro sistema produttivo agricolo italiano conosce la piaga del caporalato da molto tempo[150]. Già agli inizi del secolo scorso, specie nelle campagne dell'Italia meridionale, rappresentava una caratteristica imponente di un latifondismo arretrato, destinato a resistere a lungo finanche nel secondo dopoguerra: la sua sopravvivenza al processo di meccanizzazione dell'agricoltura si deve soprattutto alla disponibilità di un bracciantato numericamente abbondante, estremamente povero, senza ragionevoli alternative di occupazione e perciò vulnerabile, tanto da essere nei fatti ridotto in condizioni para-schiavistiche[151]. Il disinteresse dei grandi proprietari fondiari per uno sfruttamento intensivo ed efficiente della terra, la debolezza economica dei piccoli coltivatori diretti, la stagionalità del lavoro agricolo e infine le rigidità del sistema pubblico di collocamento favorivano così la diffusione di figure di intermediari "informali", che s'imponevano quali veri e propri *domini* dell'intero mercato del lavoro agricolo. Essi gestivano, in un regime di esclusiva di fatto, il reclutamento della manodopera nell'àmbito territoriale di riferimento, scegliendola e prelevandola dalle piazze; smistavano, poi, i braccianti selezionati tra i vari agricoltori committenti; ne sorvegliavano, se richiesto, l'attività lavorativa; e infine pretendevano il pagamento del prezzo del servizio, che gravava per intero sui lavoratori ed avveniva spesso forzosamente mediante trattenuta di una quota del salario (quest'ultimo era, infatti, normalmente versato dal datore di lavoro in contante al caporale e non ai singoli braccianti)[152].

Il fenomeno non si è mai arrestato, si è semmai 'evoluto' in forme più sofisticate e invasive[153], fino ad essere gestito sempre più spesso da organizzazioni criminali molto ramificate (anche di tipo mafioso)[154], che sono in grado di offrire agli imprenditori richiedenti numerosi servizi collaterali o aggiuntivi rispetto allo stesso procacciamento e al trasporto della manodopera. Tutto questo ha assunto una sua sistematicità con l'aumento dei flussi migratori: gli stranieri assicurano ai caporali la disponibilità di una vasta schiera di soggetti particolarmente vulnerabili[155], che fanno fatica ad uscire dalla condizione di irregolarità, anche a causa di una disciplina legislativa e regolamentare che sembra costruita ad arte per produrre clandestinità, emarginazione sociale e vulnerabilità[156].

---

[150] Un autorevole storico del diritto del lavoro individua la sua matrice storica nel corso dell'Ottocento: P. PASSANITI, *Il diritto del lavoro come antidoto al caporalato*, in F. DI MARZIO (a cura di), *op. cit.*, 35 ss. Per l'evoluzione storica del caporalato si veda anche D. PERROTTA, *Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura*, in *Meridiana*, 2014, n. 79, 193 ss.

[151] Cfr. A. GABOARDI, *op. cit.*, 14 ss.

[152] Cfr. D. PERROTTA, *Il caporalato come sistema: un contributo sociologico*, in E. RIGO (a cura di), *op, cit.*, 22.

[153] Sul mutamento dello schema del caporalato nel settore agricolo, v., da ultimo, L. PALMISANO, *Appunti per una sociologia dello sfruttamento in agricoltura*, in F. DI MARZIO (a cura di), *op. cit.*, 17 ss.

[154] Il nesso tra criminalità e caporalato è messo ben in evidenza da, ultimo, da E. SAVAGLIO, *Agromafie e caporalato: un approccio economico*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Donzelli, Roma, 2017, 101 ss. Per una interessante trattazione dei casi di maggior connivenza con associazioni mafiose si veda A. LEO, N. PIACENTE, N. ZINGARELLI, *Vite bruciate di terra, donne e immigrati. Storie, testimonianze, proposte contro il caporalato e l'illegalità*, Gruppo Abele, Torino, 1997.

[155] Sui fattori che rendono, in agricoltura, i lavoratori immigrati vulnerabili allo sfruttamento, v. D. PERROTTA, *Il caporalato*, cit., 24 ss. Sul ruolo delle organizzazioni criminali nella tratta e nello sfruttamento dei lavoratori, v. poi *Volevamo braccia e sono arrivati uomini. Sfruttamento lavorativo dei braccianti agricoli migranti in Italia*, rapporto a cura di Amnesty International, 2012.

[156] In tal senso cfr., per tutti, l'attenta analisi di M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche*, cit., *passim*, e ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

Resta fermo naturalmente che il caporalato in agricoltura interessa anche l'assunzione di manodopera autoctona, sia pure, talvolta, con meccanismi un po' diversi che forniscono una parvenza di regolarità, ad esempio ricorrendo a schemi giuridici (appalti, somministrazioni, distacchi, ecc.) che consentono di trasferire la responsabilità diretta dello sfruttamento dall'impresa committente a soggetti esterni incaricati della gestione concreta della manodopera[157].

Certo è che in considerazione delle specificità del mercato del lavoro agricolo, deve prendersi atto di come il caporalato rappresenti oramai un modo di produzione. Si è detto che «il sistema dello sfruttamento lavorativo [...] è funzionale. In alcuni contesti, dove ha il monopolio, è l'unico modo per restare sul mercato. Il committente del caporale ha dei vantaggi: riduce il costo del lavoro, dispone di braccianti sottomessi e sotto continua minaccia, accorcia i tempi per reperire manodopera»[158]. Ed ancora: «il successo dei caporali sta nel fatto che hanno la capacità di smistare rapidamente la manodopera agricola in una rete ramificata ed intricata di aziende agricole [...] che tutte le mattine hanno esigenze diverse per numero e qualifiche»[159].

Il caporale, quindi, "serve" per agevolare il funzionamento del sistema produttivo agricolo e talvolta è persino necessario data l'impossibilità di reperire tempestivamente manodopera attraverso i canali istituzionali e l'assenza di una rete di trasporto pubblico sufficientemente capillare ed efficiente. D'altra parte, l'intermediazione illecita e lo sfruttamento dei lavoratori si rivelano funzionali a un abbattimento dei costi di produzione a sua volta imposto, in misura sempre maggiore, dalla struttura delle filiere di riferimento e consentito dalla particolare vulnerabilità della manodopera disponibile, per lo più immigrata.

Dato questo scenario, si tratta ora di verificare se la legge n. 199/2016, al di là della fattispecie penale, abbia predisposto una idonea strumentazione giuridica in grado di scalfire questo vero e proprio sistema di produzione e se vi siano alcuni primi riscontri positivi.

## 3. Una breve ricostruzione del quadro normativo prima della l. n. 199/2016 in tema di prevenzione e repressione dello sfruttamento del lavoro.

I numerosi episodi di cronaca che vedono ancor oggi moltiplicarsi gli episodi di grave sfruttamento lavorativo, cui si aggiunge la denuncia (specie con riguardo ai migranti) di situazioni alloggiative particolarmente degradanti, dimostrano che gli interventi normativi precedenti alla l. n. 199/2016 si sono rivelati complessivamente inidonei a prevenire e sanzionare i fenomeni di sfruttamento sul lavoro, in special modo in agricoltura[160].

In effetti, il perdurare del grave fenomeno del caporalato nel corso degli ultimi anni ha ripetutamente sollecitato il legislatore ad adottare misure di contrasto su diversi piani, senza però riuscire a debellare un fenomeno che – come già osservato – è diventato ormai strutturale in numerose aree del Paese.

Come noto, il divieto di svolgere in qualsiasi modo attività destinate al collocamento dei lavoratori nel mondo del lavoro, in quanto considerata funzione pubblica di cui lo Stato dovesse detenere il monopolio, trova le proprie origini nell'art. 27, l. n. 264/1949, che puniva le violazioni con

[157] Cfr. V. NUZZO, *op. cit.*
[158] Cfr. A. DE MARTINO, *op. cit.*, che riporta un'intervista fatta ad Alessandro Leogrande, 122.
[159] A. BOTTE, *Caporali per legge*. *Per un percorso legale nel lavoro agricolo*, in E. RIGO, (a cura di), *op. cit.,* 115 ss.
[160] Cfr. i lavori preparatori in *www.senato.it.*

un'ammenda e con il sequestro del mezzo di trasporto utilizzato al fine dell'attività illecita, ed è stato, poi, ribadito dagli artt. 1 e 2, l. n. 1369/1960.

La portata del divieto in entrambe le normative era generale, in quanto ineriva non solo la vera e propria attività di mediazione, prodromica alla costituzione del rapporto di lavoro, ma anche le attività che si ponevano cronologicamente in un momento successivo, costituite da qualsiasi forma di esternalizzazione della manodopera (indicate nel testo legislativo come "interposizione" o "intermediazione")[161].

Siffatto divieto venne formalmente abolito solo a seguito della c.d. riforma Biagi – e ciò anche in seguito al monito della Corte di Giustizia nel caso "*Job Centre*"[162] che, l'11 dicembre 1997, ha dichiarato la contrarietà del sistema di monopolio pubblico del collocamento ai principi dell'ordinamento comunitario – allorquando il d.lgs. n. 276/2003 riformulò gli strumenti lavoristici di contrasto al fenomeno, che sono stati scomputati nelle diverse ipotesi – che si elencano a seconda del grado di antigiuridicità della condotta – nella somministrazione irregolare (art. 27), nella somministrazione e utilizzazione abusiva (art. 18, co. 1 e 2) e nella somministrazione fraudolenta (art. 28)[163].

Nel passaggio dalla l. n. 1369/1960 al d.lgs. n. 276/2003 si è sicuramente assistito ad un depotenziamento degli strumenti di contrasto al fenomeno del caporalato, posto che, fatta eccezione per l'impiego di minori, la sanzione prevista era solo quella dell'ammenda, e quindi il contravventore poteva comodamente estinguere il reato mediante il ricorso all'oblazione[164]. Tuttavia, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità[165], il d.lgs. n. 276/2003 ha, sì, abrogato formalmente il divieto di interposizione, ma le condotte punite dagli artt. 1 e 2 della l. n. 1369/1960 risultavano di fatto trasfuse negli articoli 4 e 18 del d.lgs. n. 276/2003, essendovi continuità normativa tra le disposizioni citate.

Tralasciando in questa sede l'esame delle fattispecie della somministrazione irregolare e di quella abusiva, è utile soffermarsi brevemente sulla somministrazione fraudolenta, la quale ricorreva allorché la somministrazione di lavoro *contra legem* fosse «posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore»: in tal caso, erano puniti sia il somministratore che l'utilizzatore e, in applicazione dell'art. 21, co. 4, del medesimo d.lgs. 276/2003, l'illiceità della *causa negotii* rendeva nullo il contratto di

---

[161] Per un'accurata ricostruzione, v. S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del collocamento della manodopera. Dalla intermediazione illecita all' "Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro"*, in *Indice pen.*, 2017, 727 ss.

[162] Corte di Giustizia CE, Sez. VI, sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96, in *Riv. giur. lav.*, 1998, II, 27 ss., con nota di M. ROCCELLA, *Il caso* Job Centre*: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*. La Corte di Lussemburgo ha dichiarato illegittimo il monopolio statale sul collocamento subordinatamente all'accertamento che "gli uffici di collocamento non siano palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro". La questione di pregiudizialità comunitaria fu sollevata dalla Corte di appello di Milano in sede di reclamo avverso il decreto del 18 dicembre 1995, con cui il Tribunale di Milano aveva respinto l'omologazione dell'atto costitutivo della *Job Centre* coop. a r.l., società cooperativa in via di costituzione che si proponeva nell'oggetto sociale di svolgere attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro subordinato e di fornitura temporanea a terzi di prestazioni di lavoro.

[163] Per un'attenta analisi, v. D. SCHIUMA, *op. cit.*, 100.

[164] Lo rileva G. COSTA, *Contrasto al caporalato: risoluzione definitiva del problema o mero* restyling *normativo?*, in *wwwrivistalabor.it*, 2017, n. 3.

[165] Cfr. Cass. pen., sez. IV, 20 ottobre 2010 n. 40499, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, 2769, che richiama Sezione 3^, 24 febbraio 2004, Guerra; di recente, Sezione 3^, 10 giugno 2009, Rillo ed altro, secondo cui «si è realizzata (…) una sorta di *abrogatio sine abolitione* e, quindi, una continuità normativa in ordine alla rilevanza penale delle condotte di che trattasi». In termini, v. anche Cass. pen., sez. III, 18 aprile 2007, n. 21789, in *Cass. pen.*, 2008, 1, 366.

somministrazione, e di conseguenza i lavoratori si consideravano a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.

La suddetta ipotesi di reato non era di sicuro sufficiente a contrastare un fenomeno così complesso e plurioffensivo come quello del caporalato, dal momento che nella fattispecie in esame erano del tutto assenti i profili di lesione dei diritti fondamentali dei lavoratori. Tuttavia, nonostante la sua ontologica debolezza, quello disegnato dal combinato disposto tra gli articoli 21 e 28 d.lgs. n. 276/2003 era uno dei pochi strumenti a disposizione degli organismi di vigilanza, visto che consentiva agli Ispettori del lavoro di azionare la prescrizione obbligatoria di cui all'art. 15, d.lgs. n. 124/2004 e, dunque, di ordinare all'utilizzatore l'immediata assunzione dei lavoratori fraudolentemente somministrati, con conseguente ripristino delle tutele retributive, contributive ed assicurative.

Orbene, tali strumenti sono stati sostanzialmente espunti dall'ordinamento, in quanto dapprima il c.d. *Jobs Act* (con l'art. 55, co. 1, lett. d, d.lgs. n. 81/2015) ha abrogato espressamente l'art. 28, d.lgs. n. 276/2003[166], limitando le reazioni sanzionatorie alle fattispecie di somministrazione irregolare e somministrazione abusiva, poi il d.lgs. n. 8/2016 ha trasformato in illeciti amministrativi i reati di somministrazione abusiva e di utilizzazione illecita, fatto salvo soltanto il caso dell'impiego di minorenni[167].

Tale abrogazione è stata criticamente appellata in dottrina come un "*cadeau*" ai mercanti di braccia[168] ed è stato rilevato[169] che, pur restando vigente il divieto di "somministrazione abusiva", quest'ultimo, essendo un reato contravvenzionale, non richiede l'accertamento del dolo specifico e dunque della causa dell'accordo "in frode alla legge". Pertanto, dall'abrogazione della fattispecie della somministrazione fraudolenta deriva l'effetto paradossale di incentivare, di fatto, il ricorso alla somministrazione irregolare, in quanto, essendo un reato sanzionabile con una mera contravvenzione, soggetta peraltro ad oblazione, e da cui non deriva automaticamente per l'ispettore il dovere di accertare il dolo specifico e l'illiceità della causa del contratto, si ritrova ad essere più conveniente rispetto alla somministrazione regolare, che invece comporta l'applicazione della parità di trattamento e della solidarietà nel pagamento delle retribuzioni (che, nel caso delle agenzie autorizzate, non debbono essere inferiori a quelle della impresa utilizzatrice) e dei contributi previdenziali[170].

Sugli aspetti più prettamente penalistici non ci si soffermerà, avendo deciso di limitare l'oggetto della presente indagine alle misure non repressive previste dalla l. n. 199/2016. Per mera completezza espositiva in merito all'evoluzione dell'ordinamento, ci si limita, però, a ricordare in questa sede che il d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, a seguito della pressione delle forze

---

[166] A far data dal 25 giugno 2015.

[167] Per una ricostruzione, v. P. RAUSEI, *A contrasto del caporalato ripristinate in parte le tutele cancellate da* Jobs Act *e depenalizzazione*, in *Dir. rel. ind.,* 2017, 1, 263, nonché A. ASNAGHI e P. RAUSEI, *Il Jobs Act e quel piccolo, pericoloso, "cadeau" ai mercanti di braccia, in Bollettino Adapt*, 2 marzo 2015. Sul tema, v. anche M. PALA, *Effetti della abrogazione del reato di "somministrazione fraudolenta" con il* Jobs Act, in *http://www.diritto.it/docs/37467-effetti-della-abrogazione-del-reato-disomministrazione-fraudolenta-con-il-jobs-act*.

[168] P. RAUSEI, *op. cit.*, 2015.

[169] R. RIVERSO, *La sottile linea tra legalità e sfruttamento nel lavoro*, Intervento tenuto al corso di formazione "Sfruttamento lavorativo e nuove forme di schiavitù", Roma, Corte di Cassazione (23 marzo 2017), in *http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-sottile-linea-tra-legalita-e-sfruttamento-nel-lavoro_28-04-2017.php*.

[170] Cfr. art. 35, d.lgs. n. 81/2015.

sindacali[171], ha introdotto nel nostro ordinamento il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 *bis* c.p.) e che la norma è stata oggetto di numerose critiche in dottrina[172], oltre che di scarsa applicazione giurisprudenziale, fondamentalmente in quanto la stessa puniva esclusivamente l'intermediario illecito (il c.d. "caporale") e non già l'effettivo fruitore delle prestazioni (il datore di lavoro), mentre dal punto di vista ermeneutico, ci si domandava se lo sfruttamento lavorativo avrebbe dovuto, o meno, caratterizzarsi da violenza, minaccia o intimidazione, visto che l'interpretazione letterale della norma sembrava escluderlo[173].

Nel 2014 (con l'art. 6, d.l. n. 91/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 116/2014), invece, l'intervento del legislatore si è concretizzato nel tentativo di responsabilizzare le aziende agricole alla creazione di una filiera produttiva eticamente orientata, attraverso la creazione di una Rete del lavoro agricolo di qualità a cui potevano iscriversi le imprese agricole che non avessero riportato condanne penali e non avessero procedimenti penali in corso per violazioni della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale e in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, e che non fossero state destinatarie, negli ultimi tre anni, di sanzioni amministrative definitive e in regola con il versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi.

## 4. La promozione della legalità e del lavoro regolare con il rafforzamento della Rete del lavoro agricolo di qualità.

L'istituzione della Rete del lavoro agricolo di qualità si propone di improntare la domanda di prodotti agricoli all'eticità dei metodi produttivi attraverso la pubblicazione, a cura dell'Inps, di un elenco delle imprese agricole che aderiscono alla Rete, così da incentivare i datori di lavoro a comportamenti virtuosi e rispondere, al contempo, alle critiche sullo scarso rispetto dei diritti umani degli operai agricoli che lavorano in Italia, provenienti anche da altri Paesi europei[174].

L'iscrizione è riservata, per espressa previsione legislativa, alle "imprese agricole" cui all'art. 2135 c.c., con esclusione, quindi, di quelle imprese (commerciali) che, pur curando direttamente la fase della raccolta (avendo acquistato il prodotto "alla pianta"), non rientrano nella nozione civilistica che, invece, implica la cura e lo sviluppo "di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso".

[171] La proposta di legge per rendere un reato il caporalato fu avanzata dalla CGIL e, in particolare, sostenuta con la campagna "Stop Caporalato" dalle categorie FILLEA e FLAI.

[172] Relazione n. III/11/2011 dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione, in *www.cortedicassazione.it*. V., in senso conforme, R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *"Caporalato": per il nuovo reato pene fino a otto anni*, in *Guida al dir.*, 2011, 35, 48 ss. e D. SCHIUMA, *op. cit.*, 103.

[173] La Cassazione (cfr. Cass. V sez. pen., n. 14591 del 4.2.2014, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 5, con nota di M. BASSOTTI, *Sul reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: primi chiarimenti*) ha ritenuto integrato il requisito della intimidazione nella rinuncia dei lavoratori stranieri, privi di adeguati mezzi di sussistenza, a richiedere il pur irrisorio compenso pattuito con l'agente, per il timore di non essere più chiamati a lavorare ha affermato che il reato di cui all'art. 603 *bis* «è destinato a colmare l'esistenza di una vera e propria lacuna nel sistema repressivo delle distorsioni del mercato del lavoro e, in definitiva, è finalizzato a sanzionare quei comportamenti che non si risolvono nella mera violazione delle regole poste dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (v. in particolare, l'art. 18, quanto al versante punitivo), senza peraltro raggiungere le vette dello sfruttamento estremo, di cui alla fattispecie prefigurata dall'art. 600 c.p.».

[174] Ci si riferisce ai rapporti, che grossa eco hanno avuto anche nei *media*, di organizzazioni quali, ad esempio, l'Ethical Trading Initiative Norway (Ieh) (norvegese) e l'Ethical Trading Initiative (del Regno Unito), a seguito dei quali alcune importanti catene di distribuzione francesi, inglesi e norvegesi hanno imposto penetranti controlli sull'eticità dei prodotti agricoli italiani.

Al 16 dicembre 2016 (ultimi dati disponibili sul sito *web* dedicato[175]) erano appena 2.170 le aziende agricole iscritte alla Rete: è evidente che si tratta, quindi, ancora di un numero molto ridotto rispetto sia al potenziale dei destinatari, sia alla rilevanza dell'incentivo normativo all'iscrizione.

Sin dalla sua nascita, le obiezioni sollevate[176] si sono incentrate proprio sul meccanismo incentivante dell'iscrizione alla Rete del lavoro agricolo di qualità, in quanto la norma istitutiva[177] (non modificata sul punto nel 2016) prevede che – fatta eccezione per le richieste di intervento proveniente dal lavoratore, dalle organizzazioni sindacali, dall'autorità giudiziaria o da autorità amministrative e gli ordinari controlli in materia di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro – le ispezioni dovranno concentrarsi prioritariamente sulle imprese non iscritte alla Rete.

Come accennato, la l. n. 199/2016 non interviene su questo incentivo normativo, mentre l'accesso alla Rete ha finito per assolvere ad una funzione piuttosto rilevante sia per il richiamo al requisito dell'iscrizione contenuto in normative incentivanti regionali[178], sia soprattutto poiché alcune note imprese della grande distribuzione organizzata hanno deciso – al fine di marcare pubblicamente il proprio impegno "etico" – di avvalersi unicamente di fornitori presenti nell'elenco rilasciato dall'Inps[179], il che ha avuto per l'effetto il moltiplicarsi delle richieste di iscrizione.

Non è stato risolto, però, il paradosso già evidenziato dopo l'istituzione della Rete: difatti, un meccanismo incentivante basato sulla sostanziale esenzione dalle verifiche ispettive delle imprese iscritte (con le limitazioni di cui si è già detto), che ha sicuramente il pregio di razionalizzare le risorse disponibili, finisce per tradire le intenzioni originarie e la funzione di certificazione dell'eticità del processo produttivo che l'ordinamento le attribuisce, sicché l'iscrizione alla Rete rischia di risolversi in un mero adempimento burocratico.

Al contrario, infatti, sarebbe stato auspicabile che le imprese iscritte alla Rete, proprio in quanto possono fregiarsi di un marchio etico, che potrebbe integrare un vantaggio competitivo sul mercato, fossero maggiormente soggette a verifiche ispettive[180], come avviene del resto per tutte le

---

[175] *https://www.inps.it/docallegatiNP/ArchivioStorico/2017/aziendeconsulentieprofessionisti/Documents/accolte_al_16_dicembre_2016.pdf*

[176] Sia consentito rinviare a C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA, *op. cit.*, 319-320. Concorda sulla necessità di chiarire meglio la correlazione tra i modelli preventivi di certificazione della legalità ed il ruolo dei servizi ispettivi, R. RIVERSO, *op. cit.* Si vedano anche le osservazioni critiche di F. CIAMPI, *Lavoro agricolo, potenziata la qualità e contrasto al "nero"*, in *Guida al dir.*, 2016, n. 48, 64 ss. Prima dell'approvazione della legge, critiche erano state già avanzate in prospettiva da A. DI MARTINO, *op. cit.*, 123.

[177] Art. 6, co. 6, d.l. n. 91/ 2014, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 116.

[178] È il caso dell'art. 37, legge regionale 15 febbraio 2016, n. 1 della Puglia che, al comma 2, subordina l'accesso a specifici finanziamenti, destinati alle aziende che si dotino di proprie strutture di accoglienza per ospitare gratuitamente i lavoratori dalle stesse impiegati, all'iscrizione alla Rete del lavoro agricolo di qualità.

[179] Il tema viene rilevato criticamente da L. FILIPPI, M. FRANCO, M. PANARIELLO, in *https://left.it/2017/09/30/caporalato-la-rivoluzione-mancata*. Si vedano, a questo proposito, le forti dichiarazioni critiche del presidente di Confagricoltura Mario Guidi che è arrivato a minacciare di non fornire più appoggio alla Rete qualora continui il suo uso "strumentale" da parte della G.D.O., in *http://www.confagricoltura.it/ita/press-room_anno-2016/aprile-2/guidi-l-iscrizione-alla-rete-del-lavoro-agricolo-di-qualita-non-deve-condizionare-la-fornitura-di-prodotti-alla-gdo.php*, nonché l'interrogazione parlamentare formulata dal gruppo Conservatori e Riformisti (CoR) al ministro delle Politiche agricole sul "perché un'adesione nata come volontaria e in via di sperimentazione sia divenuta di fatto obbligatoria a causa della richiesta delle catene della grande distribuzione organizzata", di cui si dà conto in *http://www.italiafruit.net/DettaglioNews/34686/in-evidenza/rete-del-lavoro-agricolo-di-qualita-polemiche-dannose*.

[180] Così, C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA, *op. cit.*, 320.

certificazioni etiche riconosciute nel mondo degli affari[181] e come, peraltro, previsto nella legislazione regionale[182] che, già nel passato, aveva ideato il rilascio di una certificazione di qualità del lavoro quale strumento per incentivare il rispetto degli *standard* di tutela.

La scelta del legislatore, dunque, non appare condivisibile in relazione alle stesse finalità della legge e, del resto, si sarebbe anche potuto fare una scelta diversa, dando attuazione all'art. 12 della direttiva comunitaria sulle sanzioni ai datori di lavoro[183], che prevede la possibilità per lo Stato membro (possibilità di cui, in realtà, in pochi Stati si sono avvalsi) di rendere pubblico un elenco dei datori di lavoro responsabili di sfruttamento[184]. In altri termini, anziché decidere di pubblicare una "*white list*" delle aziende che si presumono "etiche", si sarebbe potuto, forse più semplicemente ed efficacemente, rendere nota una "*black list*" delle imprese che si sono macchiate di reati ed illeciti amministrativi.

Ciò premesso, va rimarcato che, probabilmente consapevole del nuovo ruolo assurto in alcune filiere agro-alimentari dall'iscrizione alla Rete, l'art. 8, l. n. 199/2016 interviene a modificare, in senso restrittivo, i requisiti per l'accesso[185].

Si prevede, in particolare, che l'iscrizione alla Rete resti preclusa non solo a coloro che hanno riportato condanne penali per violazioni della normativa in materia di lavoro, legislazione sociale e in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, ma anche a coloro che hanno riportato condanne per delitti contro la P.A., l'incolumità pubblica, l'economia pubblica, l'industria e il commercio, il sentimento per gli animali e per delitti di cui agli articoli 600, 601, 602 e 603 *bis* codice penale.

L'estensione del novero dei reati ostativi all'iscrizione è pienamente condivisibile, non solo perché trattasi di delitti particolarmente odiosi, ma anche perché, in seguito ai processi di depenalizzazione che si sono susseguiti nel corso degli anni (a partire dalla l. n. 689/1981, sino al d.lgs. n. 81/2015 e al d.lgs. n. 8/2016), sono ben pochi, ormai, gli illeciti di in materia di lavoro, non

---

[181] È il caso della certificazione SA 8000, che identifica uno *standard* internazionale di certificazione redatto dal CEPAA (Council of Economical Priorities Accreditation Agency) e volto a certificare alcuni aspetti della gestione aziendale attinenti alla responsabilità sociale d'impresa, quali il rispetto dei diritti umani, il rispetto dei diritti dei lavoratori, la tutela contro lo sfruttamento dei minori e le garanzie di sicurezza e salubrità sul posto di lavoro.

[182] Il riferimento è all'art. 9, co. 5 e 6, della legge della Regione Campania n. 14 del 18 novembre 2009, nel quale si prevede che la Regione verifica il possesso e il mantenimento dei requisiti necessari per l'ottenimento e la conservazione del certificato AQL (Alta Qualità del Lavoro), tramite richiesta di informazioni diretta alle imprese e mediante riscontri incrociati effettuati in coordinamento con i servizi ispettivi, con le aziende sanitarie locali, con gli enti previdenziali e con gli organi tributari (anche mediante stipula di apposite convenzioni), che, in seguito agli accertamenti è redatto un apposito rapporto in base al quale è successivamente verificata la corrispondenza tra quanto accertato e quanto dichiarato dall'impresa in sede di presentazione della domanda, e che, infine, l'impresa che ottiene gli incentivi è sottoposta a controlli periodici. Su tale normativa regionale, v. V. PINTO, *Filiere agro-alimentari e agro-industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, in V. FERRANTE, (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza: una sfida per il mercato del lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2018, 83 ss.; più in generale sulle norme regionali di contrasto al lavoro sommerso, cfr. V. PINTO, *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 2, 291-312.

[183] Direttiva 2009/52/Ce.

[184] Lo rileva F. BUFFA, *Uber e Greta*, Intervento tenuto al corso di formazione *"Sfruttamento lavorativo e nuove forme di schiavitù"*, Roma, Corte di Cassazione (23 marzo 2017), in *http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RELAZIONE_BUFFA.pdf*, 6.

[185] Sulle modifiche in tema di Rete del lavoro agricolo di qualità v. M. R. CASOTTI, A. GHEIDO, *Le nuove disposizioni contro il caporalato*, in *Dir. prat. lav.*, 2016, n. 47-48, 2814-2815.

collegati alla materia della salute e della sicurezza sul lavoro, ancora penalmente rilevanti[186]. Tali modifiche, però, – è bene ribadirlo – nulla dicono in ordine alla reale "eticità" e alla qualità del lavoro delle imprese iscritte alla Rete, come emerge, ad esempio, dalla notizia, risaltata anche alle cronache parlamentari[187], dell'iscrizione alla Rete di un'impresa – che ha formato oggetto di controlli dei Ros dei Carabinieri a seguito del decesso di un migrante sudanese sui campi pugliesi – non direttamente coinvolta nei fatti, ma facente parte della filiera agro-alimentare riconducibile all'azienda agricola responsabile.

Quanto invece agli illeciti amministrativi, la riforma[188] ha fornito due importanti precisazioni: da un lato, infatti, si prevede che anche le sanzioni amministrative non definitive (e non solo quelle definitive, come nel passato) impediscono l'iscrizione; dall'altro, viene chiarito che la regolarizzazione delle inosservanze sanabili ed il pagamento in misura agevolata delle sanzioni amministrative entro i termini previsti dalla legge consente l'accesso alla Rete.

Sempre in tema di requisiti per l'iscrizione, viene inoltre espressamente richiesto che l'impresa richiedente non sia collegata o controllata, ai sensi dell'art. 2359 c.c., ad altra impresa priva dei requisiti per accedere alla Rete stessa e che la stessa applichi i contratti collettivi, nazionali, territoriali ed aziendali, come definiti dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015.

Sul punto, val la pena di rilevare che il rinvio "acritico" all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 ha l'effetto di traslare tra i requisiti di iscrizione alla Rete i dubbi rilevati sulla formulazione di quella norma, che afferma il filtro della maggiore rappresentatività comparata al fine della selezione dei contratti collettivi. Il rischio, rilevato in dottrina[189] a proposito dell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, e che ora si ripropone anche in questa materia, è che la selezione tra i contratti non sia effettiva in assenza di un principio maggioritario, qualora vi sia unico contratto collettivo applicabile – in specie quello aziendale – stipulato senza la firma di una o più sigle sindacali comparativamente più rappresentative o da sigle comparativamente più rappresentative ma complessivamente minoritarie.

Venendo ai soggetti che possono aderire alla Rete, l'art. 8, l. n. 199/2016 abilita, mediante apposite convenzioni, una serie di soggetti istituzionali: sportelli unici per l'immigrazione, istituzioni locali, centri per l'impiego, enti bilaterali, soggetti autorizzati all'esercizio della attività di intermediazione di lavoro di cui all'art. 6, d.lgs. n. 276/2003. Muta, inoltre, la composizione della Cabina di regia, vale a dire l'organo che sovraintende al funzionamento della Rete del lavoro agricolo di qualità, della quale entrano a far parte di diritto i rappresentanti del Ministero dell'interno, dell'Ispettorato nazionale del lavoro, dell'Agenzia delle entrate, dell'ANPAL, ma anche un rappresentante dei lavoratori subordinati delle cooperative agricole e un rappresentante delle associazioni delle cooperative agricole firmatarie di contratti collettivi nazionali del settore agricolo.

È stato rilevato criticamente che alla Cabina di regia vengono assegnate funzioni spesso estranee alla Rete del lavoro agricolo di qualità e che le sono assegnati strumenti la cui struttura e la cui funzione restano imprecisate [190]. In particolare, la Cabina di regia deve monitorare

---

[186] Lo rileva, F. GORI, *op. cit.*, 50.

[187] Cfr. l'interrogazione parlamentare di Bernini e Tripiedi al Ministro del lavoro e delle politiche sociali, rinvenibile in *http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/assemblea/html/sed0884/leg.17.sed0884.allegato_b.pdf*

[188] Art. 8, c. 1, lett. a), l. n. 199/2016.

[189] G. RECCHIA, *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro*, Cacucci, Bari, 2015, 127.

[190] Cfr. V. PINTO, *Filiere*, 96.

costantemente, su base trimestrale, l'andamento del mercato del lavoro agricolo, anche avvalendosi delle banche-dati del Ministero del lavoro (Unilav) e dell'Inps (Uniemens) ed il monitoraggio deve concernere il rapporto tra il numero dei lavoratori stranieri che risultano impiegati e il numero dei lavoratori stranieri (necessariamente extra-comunitari) a cui è stato rilasciato il nulla osta per lavoro agricolo dagli sportelli unici per l'immigrazione.

L'indagine, in realtà, come immaginata dal legislatore, non potrà mai fornire alcun risultato utile sul lavoro irregolare dei migranti, perché, ovviamente, sfuggirà dal monitoraggio l'ampia fascia del lavoro sommerso, ma anche perché la comunicazione delle assunzioni agli enti preposti nulla dice in ordine alla regolarità dei rapporti, nel caso del c.d. "lavoro grigio", qualora cioè il lavoratore agricolo sia formalmente assunto, ma nei fatti il datore di lavoro denunci all'istituto previdenziale un numero di giornate notevolmente inferiore a quelle realmente svolte.

Il monitoraggio, peraltro, non potrà che rilevare l'irrisorietà delle quote di lavoratori extra-comunitari riservate al lavoro stagionale in agricoltura nel c.d. decreto flussi[191], a fronte, invece, dell'ingente numero di migranti, titolari di permessi di soggiorno per protezione internazionale (ma anche richiedenti asilo e titolari di permessi per motivi di giustizia in seguito al diniego dello *status* di rifugiato da parte delle Commissioni territoriali), che risultano, invece, impiegati in agricoltura[192].

Vengono attribuiti, inoltre, alla Cabina di regia un'altra serie di compiti, tra cui quello di promuovere iniziative in materia di politiche attive del lavoro, di contrasto al lavoro sommerso e all'evasione contributiva, di organizzazione e gestione dei flussi di manodopera stagionale, nonché di assistenza dei lavoratori stranieri immigrati, quello di trasmettere ogni anno una relazione alle Camere sullo svolgimento dei suoi compiti ed in particolare sul risultato dei monitoraggi effettuati in base alla nuova disciplina. Di particolare interesse è, poi, il compito affidatole che consiste nella formulazione di indici di coerenza dei comportamenti delle aziende agricole rapportati alle caratteristiche della produzione nel settore, avvalendosi delle sezioni territoriali della Rete del lavoro agricolo di qualità e utilizzando le informazioni in possesso delle commissioni provinciali integrazione salari operai agricoli (CISOA) e dell'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA).

Tale ultima funzione risulta allo stato ancora poco chiara nelle sue concrete finalità ed appare quasi un refuso delle modifiche apportate al testo definitivo in sede di lavori preparatori, atteso che il disegno di legge 2119 d'iniziativa del senatore Stefàno, dagli articoli da 1 a 4, subordinava l'accesso a qualunque tipo di finanziamento pubblico al rispetto, da parte del datore di lavoro, di una serie di requisiti, tra cui il rispetto di indici di congruità che avrebbero dovuto essere definiti

[191] Il d.p.c.m. 13 febbraio 2017 ("decreto flussi 2017") prevede la possibilità di ingresso in Italia per lavoro subordinato stagionale nei settori agricolo e turistico-alberghiero di appena 17.000 cittadini extracomunitari. Di recente sono state introdotte nuove disposizioni sul lavoro stagionale degli stranieri in agricoltura (oltre che nel settore turistico-alberghiero) che dovrebbero agevolare gli ingressi (d.lgs. n. 203/2016 che ha riformulato alcune norme del TU immigrazione); per un commento si rinvia a V. PAPA, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 2, 363 ss.

[192] Rileva che "la grande parte dei braccianti stranieri nelle campagne è formata da profughi e da cittadini europei, cioè bulgari e rumeni" il rapporto "Filiera Sporca", curato da A. MANGANO, in *http://www.filierasporca.org/wp-content/uploads/2015/06/Filiera-Sporca01.pdf*. Critica opportunamente la disposizione relativa al monitoraggio da parte della Cabina di regia, in quanto utilizza impropriamente il termine "stranieri" e non "extra-comunitari" F. GORI, *op. cit.*, 58. Solo per gli extra-comunitari, infatti, è necessario il rilascio da parte dello Sportello Unico per l'Immigrazione di un nulla osta al lavoro.

in sede ministeriale[193]. La norma, infatti, sembra voler rimandare alla configurazione di indici di congruità, sull'esempio di quanto definito nella legislazione regionale pugliese[194] – in cui il loro rispetto è condizione per l'accesso alle erogazioni regionali[195] – senza però chiarire, una volta formulati, a cosa dovranno concretamente servire gli indici costruiti dalla Cabina di regia.

L'ultima modifica apposta dall'art. 8, l. n. 199/2016 alla Rete del lavoro agricolo di qualità riguarda la sua articolazione in sezioni territoriali, con sede presso le Commissioni provinciali integrazione salari operai agricoli (Commissioni CISOA presso l'Inps), di cui all'art. 14, l. n. 457/1972, che hanno la competenza a deliberare il trattamento sostitutivo della retribuzione corrisposto nel settore agricolo dall'Inps.

Alle sezioni territoriali della Rete potranno aderire i soggetti che hanno stipulato le convenzioni con la Rete nazionale e, in analogia con quanto previsto per la Cabina di regia, avranno una serie di compiti, tra cui quello di promuovere a livello locale iniziative in materia di politiche attive del lavoro, contrasto al lavoro sommerso e all'evasione contributiva, organizzazione e gestione dei flussi di manodopera stagionale, assistenza dei lavoratori stranieri immigrati. Le sezioni territoriali potranno, inoltre, promuovere modalità sperimentali di intermediazione fra domanda e offerta di lavoro nel settore agricolo, in stretta collaborazione con l'ANPAL, e con la Rete nazionale dei servizi per le politiche del lavoro, al fine di garantire una modulazione a livello territoriale dei servizi all'impiego.

Infine, le sezioni territoriali dovranno promuovere iniziative per la realizzazione di funzionali ed efficienti forme di organizzazione del trasporto dei lavoratori fino al luogo di lavoro, anche mediante la stipula di convenzioni con gli enti locali, i quali possono subordinare alla stipula della convenzione con la Rete l'accesso ad eventuali contributi per il trasporto dei lavoratori agricoli, tenendo conto di quanto eventualmente previsto dai contratti collettivi, in ordine alla quantificazione e ripartizione del costo del trasporto tra imprese e lavoratori[196].

La declinazione al futuro dei compiti delle sezioni territoriali è d'obbligo, poiché la prima sperimentazione di una sezione territoriale della Rete del lavoro agricolo è stata avviata solo da pochissimi mesi.

La scelta è ricaduta comprensibilmente in uno dei territori più affetti dalla piaga dello sfruttamento dei migranti in agricoltura, vale a dire la Provincia di Foggia, che peraltro è una delle aree – unitamente a quelle di San Ferdinando in Calabria e Castel Volturno in Campania – in cui (con

---

[193] Rivendica, come un proprio successo, l'eliminazione degli indici di congruità dal testo definitivo della legge, la circolare di Confagricoltura ai propri associati n. 15495 del 18 novembre 2016, rinvenibile in *www.confagricolturacosenza.it/wp-content/uploads/cir15495-2.docx*.

[194] L.r. Puglia n. 28 del 2006, attuata con D.G.R. n. 2506 del 15 novembre 2011, diventata operativa con ritardo anche per l'opposizione delle associazioni datoriali. Secondo la legge pugliese - il cui bando regionale di finanziamento ha vinto il primo premio nella categoria "*employment*" agli European Regional Champions Awards - le incentivazioni regionali possono essere riconosciute solo alle imprese che dimostrano come "il rapporto tra la quantità e la qualità dei beni o servizi offerti e la quantità delle ore lavorate sia divenuto congruo [...] e abbiano migliorato di almeno il 25 per cento il rapporto registrato nell'anno precedente". Per un commento alla legge regionale e la sua attuazione si rinvia a V. PINTO, *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura*, in *Rivista di diritto agrario*, 2014, n. 3, 356 ss.

[195] Sul punto F. GORI, *op. cit.,* 59, rileva opportunamente, comunque, che l'indice di regolarità contributiva dev'essere "in grado di isolare l'effetto del lavoro fittizio da quello del lavoro sommerso, impedendo che due tipologie di irregolarità si compensino in un aberrante indice di regolarità".

[196] Su questo tema si tornerà diffusamente *infra* al par. 4.2.

particolare riguardo al Comune di Manfredonia[197]) l'art. 16, co. 1, d.l. 20 giugno 2017, n. 91 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 123/2017) ha previsto l'istituzione di un commissario straordinario al fine di superare la situazione di particolare degrado caratterizzata da una massiva concentrazione di cittadini stranieri.

L'obiettivo esplicitato dal legislatore è quello di affrontare situazioni di marginalità sociale e di favorire la graduale integrazione dei migranti presenti nei territori interessati, agevolando l'accesso ai servizi sociali e sanitari nonché alle misure di integrazione previste sul territorio, compreso l'inserimento scolastico dei minori. Non è un caso che, per raggiungere tali ambiziosi obiettivi, venga espressamente previsto che il commissario straordinario all'uopo nominato si debba coordinare con la Rete del lavoro agricolo di qualità e le sue sezioni territoriali.

## 5. La promozione di interventi a supporto dei lavoratori agricoli stagionali e di forme speciali di collocamento a livello territoriale.

Il caporalato, come noto, assolve anche a due rilevanti funzioni pratiche: intermediazione tra domanda e offerta di lavoro e trasporto del personale nei luoghi di lavoro.

Al fine di svuotare le prerogative dei caporali ed offrire ai datori di lavoro modalità alternative altrettanto efficienti, ma rispettose della legalità e dei diritti, la l. n. 199/2016 (art. 9) offre la possibilità ai vettori autorizzati al trasporto di persone di stipulare convenzioni con la Rete del lavoro agricolo di qualità.

In particolare, la l. n. 199/2016 introduce un nuovo comma 7 *bis* all'art. 6, d.l. n. 91/2014, il quale conferisce agli Enti Locali la possibilità di stabilire che la convenzione con la Rete sia condizione per l'accesso ai contributi istituiti per il trasporto dei lavoratori agricoli, rimettendo – di fatto – agli stessi Enti Locali tale scelta, che però deve tener conto di quanto previsto dai contratti collettivi (in particolare dai contratti provinciali) che, in agricoltura, si occupano sovente della quantificazione dei rimborsi per il trasporto e della ripartizione del relativo costo tra imprese e lavoratori[198].

La norma chiarisce anche che la violazione delle convenzioni stipulate con la Rete comporta la risoluzione delle medesime e la decadenza dagli eventuali contributi che gli Enti Locali dovessero stabilire in favore delle imprese di trasporto[199].

L'art. 9, l. n. 199/2016 ordina, poi, al fine di migliorare le condizioni di svolgimento dell'attività lavorativa stagionale di raccolta dei prodotti agricoli, la predisposizione di un piano di interventi che preveda misure per la sistemazione logistica e il supporto dei lavoratori, nonché idonee forme di collaborazione con le sezioni territoriali della Rete del lavoro agricolo di qualità, anche ai fini della realizzazione di modalità sperimentali di collocamento agricolo modulate a livello territoriale.

---

[197] Al Comune di Manfredonia appartiene, infatti, Borgo Mezzanone, dove è ospitato un Centro di Accoglienza Richiedenti Asilo e, contemporaneamente, un vasto insediamento irregolare.

[198] Si rileva, ad esempio, che il contratto provinciale di lavoro per gli operai agricoli della Provincia di Bari siglato il 20.5.2013 prevede un rimborso forfetario kilometrico a totale carico del datore di lavoro e considera lavorativo il tempo del trasporto oltre i 100 minuti complessivamente impiegati nel percorso di andata e ritorno dalla residenza al luogo di lavoro.

[199] A titolo esemplificativo, a questo riguardo, è possibile menzionare l'art. 37 della legge regionale della Puglia 15 febbraio 2016, n. 1, che, allo specifico fine di contribuire al contrasto ai fenomeni di caporalato e di lavoro nero in agricoltura, dispone un cospicuo finanziamento diretto alla promozione di progetti finalizzati alla predisposizione, da parte dei comuni, delle società dei trasporti locali, delle associazioni di volontariato e di cittadinanza attiva, di servizi di trasporto per i lavoratori agricoli stagionali.

Tale piano avrebbe dovuto essere predisposto congiuntamente dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali dal Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali e dal Ministero dell'interno e venire emanato entro sessanta giorni dalla entrata in vigore della nuova legge, previa intesa in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni.

Il termine di cui sopra è ampiamente scaduto e l'attuazione del piano di interventi – che secondo l'art. 9 dovrebbe formare oggetto di una relazione che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali e il Ministero dell'interno predispongono congiuntamente e trasmettono annualmente alle Commissioni parlamentari competenti – è ancora al di là da venire, posto che, al momento, non risulta essere stato deliberato alcun piano di tal guisa.

Attenta dottrina ha avuto modo di criticare la norma dal punto di vista semantico, posto che l'espressione "sistemazione logistica" degli operai, lascia «perdurare l'idea che la merce-lavoro debba essere sistemata dove e fin quando serve»[200]: meglio, invece, sarebbe stato utilizzare la locuzione "accoglienza abitativa". Si è, altresì, rilevato che il "laboratorio" delle politiche cui la norma si ispira è la Regione Basilicata[201], laddove l'attivazione di due centri di accoglienza, lo sgombero del c.d. "ghetto di Boreano" e l'istituzione di "liste di prenotazione"[202] dei braccianti nei centri per l'impiego, da cui le imprese agricole possono assumere[203], non avrebbero, in realtà, efficacemente contrastato il perdurante fenomeno del caporalato e dello sfruttamento[204].

La disposizione contenuta nell'art. 9, nel richiamare, infatti, modalità sperimentali di collocamento agricolo modulate a livello territoriale, sembra evocare l'esperienza delle c.d. liste di prenotazione, vale a dire elenchi speciali, redatti dai Centri per l'impiego, in cui sono iscritti coloro che abbiano lavorato a tempo determinato presso un'impresa agricola e che, entro un termine prefissato, manifestino la propria disponibilità a essere riassunti presso la medesima impresa, per la stessa ovvero per più fasi lavorative, nonché coloro che dichiarino la propria disponibilità ad una prima assunzione in agricoltura.

È stato rilevato che siffatte esperienze non hanno sortito il risultato sperato in termini di emersione del lavoro nero, in quanto il passaggio attraverso tali liste non è vincolante né incentivato[205]. Particolarmente significativa è l'esperienza della Regione Puglia[206], in cui, peraltro, per un certo periodo era stato effettivamente stanziato un incentivo economico per le aziende che

---

[200] D. PERROTTA, *Il caporalato come sistema, op. cit.*, 111 ss.

[201] La Basilicata è stata, infatti, la prima Regione che, con la partecipazione delle parti sociali e degli organismi istituzionali preposti, ha definito, il 25 luglio 2016, un accordo quadro regionale attuativo del Protocollo sperimentale contro il caporalato e lo sfruttamento lavorativo in agricoltura, nel quale, all'art. 3, "le organizzazioni sindacali e datoriali si impegnano a fornire ai lavoratori il supporto per la gestione delle pratiche connesse all'inserimento nel mercato del lavoro, nonché, d'intesa con i servizi competenti del lavoro, a rafforzare, attraverso intese e patti di responsabilità tra i soggetti coinvolti nella filiera, i flussi di comunicazione relativi all'impiego dei lavoratori agricoli stagionali, anche attraverso il potenziamento dell'utilizzo delle liste di prenotazione e il rafforzamento di precedenti intese concernenti detto strumento" e si prevede altresì "l'apertura di uno sportello dei centri per l'impiego nelle strutture di accoglienza, anche per favorire l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro ed agevolare le assunzioni regolari dei lavoratori".

[202] Con deliberazione della Giunta Regionale n. 690 del 10 giugno 2014.

[203] Si noti, peraltro, che l'iscrizione nelle liste di prenotazione era requisito per l'accesso dei migranti ai due centri di accoglienza.

[204] D. PERROTTA, *Il caporalato come sistema*, *op. cit.*

[205] Per la definizione e un'attenta disamina critica, v. V. PINTO, *Filiere*, 99 ss.

[206] Per una delle esperienze più significative v. la Deliberazione della Giunta Regionale Pugliese 13 settembre 2011, n. 2017.

assumessero dalle liste di prenotazione[207], ma nonostante ciò gli esiti raggiunti sono stati estremamente deludenti. È interessante notare che nella stessa Regione, oggi, in almeno un contratto territoriale, viene superata la volontarietà dell'iscrizione alle liste, attraverso la previsione di un obbligo contrattuale posto in capo ai lavoratori[208].

Com'è stato opportunamente rilevato[209], dunque, risulta ben più aderente alla realtà del mondo agricolo l'esperienza del Protocollo sperimentale contro il caporalato e lo sfruttamento lavorativo in agricoltura, sottoscritto da istituzioni nazionali e regionali e dalle parti sociali il 27 maggio 2016[210] e che ha in qualche modo ispirato il legislatore.

Il Protocollo, la cui validità è fissata sino al 31 dicembre 2017, si prefigge di consolidare una "rete" tra tutti i soggetti interessati, per mettere in atto iniziative volte alla realizzazione di progetti concreti contro il caporalato e per il miglioramento delle condizioni dei lavoratori, tra cui l'istituzione «del servizio di trasporto gratuito per le lavoratrici e i lavoratori agricoli che copra l'itinerario casa/lavoro» e «di presidi medico-sanitari mobili per assicurare interventi di prevenzione e di primo soccorso», nonché la «organizzazione di servizi di distribuzione gratuita di acqua potabile e/o viveri di prima necessità».

Il già citato art. 9 sembra in certa misura ricalcare i contenuti del Protocollo, tant'è che, anche in tale Protocollo, le parti si sono impegnate a sperimentare idonee «forme di intervento pubblico/privato nel collocamento della manodopera, anche per mezzo di agenzie autorizzate o tramite la bilateralità in collaborazione con i centri per l'impiego, con la possibilità di fornire anche l'attività di trasporto dei lavoratori nel tragitto casa/lavoro», ma analogamente deludenti sono stati i risultati, visto che, oltre all'avvio di tavoli istituzionali in alcune prefetture e la firma di un nuovo protocollo territoriale (come accaduto a Foggia, in Basilicata e a Reggio Calabria), le buone intenzioni riportate nel Protocollo sono sinora rimaste lettera morta[211].

## 6. L'incidenza di alcune semplificazioni amministrative sul sistema previdenziale agricolo e sul sistema ispettivo.

La legge del 2016 presenta un'altra novità giuslavoristica – passata abbastanza in sordina ma che invece potrebbe contribuire in misura significativa alla promozione della legalità – disposta dall'art. 8, co. 8, in riferimento a un profilo apparentemente di carattere solo procedurale.

---

[207] Il tentativo operato dalla Regione Puglia con il *social label* 'Equapulia – no lavoro nero' (Delibera della Giunta Regionale 24 luglio 2014, n. 1523, in *Boll. Uff. Regione Puglia n. 115 del 26 agosto 2014*) prevedeva l'apposizione del bollino ai prodotti realizzati senza il ricorso allo sfruttamento della manodopera dei migranti e all'intermediazione dei caporali. Tale meccanismo, tuttavia, si è rivelato inefficace, in ragione della mancata adesione da parte degli imprenditori agricoli. Sebbene, infatti, alcune imprese di trasformazione e catene di grande distribuzione avessero firmato il Protocollo d'Intesa della Regione Puglia per la certificazione etica del prodotto, le imprese agricole non hanno mai attinto dalle liste di prenotazione in cui si erano iscritti 800 operai extracomunitari. Per un'analisi, sia consentito rinviare a C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA, *op. cit.*, 322-323.

[208] Accordo integrativo del C.P.L. Foggia del 19 maggio 2017.

[209] V. PINTO, *Filiere*, 100.

[210] Sul Protocollo, v. M. R. CASOTTI, A. GHEIDO, *op. cit.*, 2815-2816.

[211] La denuncia proveniente da alcune delle organizzazioni stipulanti è consultabile in *https://www.osservatoriodiritti.it/2017/05/29/lotta-al-caporalato-ferma-al-palo-legge*.

Si prevede, da gennaio 2018 (da, ultimo, prorogato al 1° gennaio 2019[212]), l'entrata in vigore, anche per l'agricoltura, del modello Uniemens, già adottato in generale per gli altri settori produttivi[213], con obbligo di comunicare mensilmente all'Inps le giornate lavorate dai lavoratori dipendenti[214]. Questo sistema rappresenta una semplificazione degli oneri amministrativi ma soprattutto una procedura più efficiente di accertamento contributivo e di erogazione delle prestazioni previdenziali. La *ratio* ad esso sottesa è, dunque, quella di agevolare controlli più precisi e tempestivi[215]: la comunicazione mensile delle giornate lavorate può rappresentare uno strumento efficace per accertare eventuali irregolarità ed elusioni, oltre che per contrastare caporalato e lavoro nero. Con essa si potranno fornire all'Inps informazioni sui rapporti di lavoro in essere più aggiornate e tempestive di quelle comunicate attraverso il precedente sistema "Dmag", con cui le giornate lavorate in agricoltura venivano comunicate all'Inps nel mese successivo al trimestre di riferimento (ad es. le giornate lavorate a gennaio 2017 vanno comunicate entro l'aprile successivo).

Restano comunque delle specificità, in quanto il sistema mensile deve essere adattato al settore agricolo, attraverso il mantenimento della tariffazione dei contributi da pagare da parte dell'Inps (a differenza che negli altri settori, in cui i datori di lavoro auto-liquidano il *quantum* da corrispondere) e delle attuali scadenze di pagamento trimestrali differite di 6 mesi (negli altri settori invece si paga nel mese successivo a quello di riferimento).

In altri termini, la novella comporta un adattamento del sistema Uniemens al settore agricolo, tale da non modificare la procedura degli elenchi annuali e di variazione trimestrale dei lavoratori agricoli (che notificati al lavoratore, consentono allo stesso di fruire dei trattamenti previdenziali) e i termini di pagamento dei contributi agricoli (che rimane su base trimestrale). Ferma restando l'invarianza della periodicità dei pagamenti, il Ministro delle politiche agricole ha però fatto presente che per il monitoraggio dell'andamento del mercato del lavoro agricolo occorre una scansione temporale più ravvicinata, come avviene anche per gli altri settori produttivi, proprio per reprimere condotte di abusivismo, senza alcuna compromissione delle specificità dell'agricoltura. Il che lascia trasparire una qualche preoccupazione nel tenere assieme il pagamento trimestrale e la variazione trimestrale degli elenchi delle giornate lavorate con la nuova dichiarazione contributiva mensile, in termini soprattutto di appesantimento burocratico, rispetto all'obiettivo antielusivo[216].

---

[212] La proroga è stata disposta dalla legge di bilancio per il 2018 (*ex* art. 1, co. 1154, l. 27 dicembre 2017, n. 205).

[213] Sulle modalità di funzionamento si rinvia a F. GORI, *op. cit.*, 62 ss.

[214] Vale la pena sottolineare che la legge prevede il passaggio al sistema Uniemens nelle more dell'attuazione del libro unico del lavoro in modalità telematica quale documento unico per gli adempimenti in materia previdenziale e contributiva. Si ricorda che l'articolo 15, d.lgs. n. 151/2015, ha disposto, dal 1° gennaio 2017, la tenuta e la conservazione del Libro unico del lavoro in modalità telematica presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, demandando contestualmente ad un apposito decreto ministeriale (da emanarsi entro sei mesi dall'entrata in vigore del provvedimento) l'individuazione delle modalità tecniche ed organizzative per l'interoperabilità, la tenuta, l'aggiornamento e la conservazione dei dati contenuti nel citato Libro unico. Tale decreto però non è ancora stato emanato. Il termine di entrata in vigore della predetta norma è stato rimandato prima (dal Decreto Milleproroghe d.l. n. 244/2016, conv. in l. n. 19/2017) al 1° gennaio 2018 e, da ultimo, al 1° gennaio 2019 (*ex* art. 1, co. 1154, l. n. 205/2017).

[215] In tal senso v. anche M. MISCIONE, *op. cit.,* 117.

[216] Cfr. il resoconto dei lavori parlamentari nel fascicolo *Iter* DDL S. 2217 «Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero e dello sfruttamento del lavoro in agricoltura», all'indirizzo:
*http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/46433.pdf*.

Indubbiamente il nuovo sistema dovrebbe almeno "complicare" la messa in atto di quei deprecabili comportamenti che sfociano in ripetute truffe ai danni dell'Inps (di cui troppo spesso si ha notizia dalle pagine dei quotidiani), peraltro in qualche modo "agevolati" dalla specialità delle regole previdenziali per i lavoratori agricoli[217]. Basti pensare alla disciplina dell'indennità di disoccupazione agricola, che continua a presentare regole completamente diverse da quelle dei trattamenti ordinari (ora denominati Naspi).

Invero le ragioni di un regime speciale per il lavoro agricolo rinvengono, oltre che dalle già descritte peculiarità del settore (forte stagionalità e imprevedibilità dei c.d. fermi lavoro per cause atmosferiche o calamità naturali), anche dall'aver voluto attribuire all'indennità di disoccupazione, sin dalla sua prima regolamentazione, una funzione di governo di un mercato del lavoro nel quale ormai da decenni esistono forti spinte centrifughe. Essa, infatti, è stata sempre considerata quasi come una forma di incentivo ai lavoratori per farli rimanere nel settore primario[218]. Sicché a emergere è stata una finalità ulteriore rispetto al mero interesse alla protezione dei singoli lavoratori, individuabile nell'interesse generale a non disperdere le professionalità e le maestranze indispensabili per lo sviluppo del settore agricolo. Tuttavia l'ampio e articolato quadro normativo che regola la disoccupazione agricola[219] presenta alcune distorsioni che finiscono per facilitare comportamenti fraudolenti. Si pensi alla relativa facilità del meccanismo con cui è prevista l'erogazione delle prestazioni indennitarie da parte dell'Inps (in presenza di precisi requisiti assicurativi[220]): l'indennità è corrisposta (in un'unica soluzione) l'anno seguente a quello in cui si è verificato lo stato di disoccupazione, indipendentemente dalla condizione di occupazione o disoccupazione del lavoratore nel momento in cui il sussidio viene chiesto e liquidato (mentre, di regola, tutti gli altri tipi di indennità hanno a che fare con uno stato di disoccupazione futuro e successivo alla presentazione della domanda). La sua erogazione non è subordinata ad alcun onere: il lavoratore non è, cioè, condizionato, a differenza delle altre prestazioni ordinarie, alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione professionale, comunque denominato. In altri termini, mentre negli altri settori di produzione, il trattamento di

---

[217] Procedendo in estrema sintesi, il meccanismo può essere così riassunto. Qualsiasi prestazione previdenziale in ambito agricolo presuppone l'iscrizione del lavoratore in appositi elenchi nominativi che vengono pubblicati annualmente dall'Inps e che si distinguono per Comuni di residenza dei lavoratori elencati ed indicano per ognuno di loro le giornate di lavoro riconosciute ai fini previdenziali. La redazione di tali elenchi è demandata agli Uffici provinciali dell'Inps che però a loro volta almeno, nella prima fase di redazione, provvedono a tale iscrizione sulla base di una mera denuncia della prestazione di lavoro proveniente dal datore di lavoro, senza alcuna verifica preventiva dell'effettività della prestazione lavorativa. È sufficiente registrare l'apertura di una azienda agricola per potere poi ogni anno mandare un'autocertificazione nella quale si indicano i lavoratori assunti e le relative giornate di lavoro utilizzate per la coltivazione dei campi in uso presso la propria azienda. A seconda delle giornate effettivamente rese è possibile richiedere le prestazioni previdenziali (indennità di disoccupazione, assegni familiari, indennità di malattia, etc.). Di regola, solo dopo la pubblicazione dei predetti elenchi, l'Inps avvia la procedura di verifica e di controllo dei dati mediante gli accertamenti ispettivi. Se poi rinviene irregolarità di vario tipo, allora provvede alla relativa cancellazione o al riconoscimento solo parziale di alcune giornate di lavoro.

[218] F. LISO, *Sulla legge di riforma del trattamento ordinario di disoccupazione*, in *Lav. dir.*, 1991, 393.

[219] Cfr. art. 7, co. 1, l. n. 160/1988, art. 25, l. n. 457/1972, art. 7, l. n. 37/1977 e art. 1, l. n. 247/2007. Per una più ampia disamina, sia consentito rinviare a M. D'ONGHIA, *Tutele in caso di perdita dell'occupazione*, in AA.VV., *Previdenza e assistenza, Lavoro* diretto da P. CURZIO, L. DI PAOLA, R. ROMEI, Giuffrè, Milano, 2017, 161 ss.

[220] È sufficiente dimostrare di essere in possesso di una anzianità assicurativa di 2 anni (compreso quello per cui è richiesta l'indennità) come operaio agricolo a tempo determinato e di aver conseguito nell'anno per il quale è richiesta l'indennità e nell'anno precedente di un accredito complessivo di almeno 102 contributi giornalieri. Inoltre, per gli operai a tempo determinato deve essere stato accreditato almeno un contributo settimanale al 1° gennaio antecedente a quello per cui viene richiesta la prestazione o in qualsiasi altro anno precedente. La sussistenza del requisito assicurativo può essere dimostrata con l'iscrizione negli elenchi nominativi o con il certificato provvisorio di iscrizione di cui all'art. 4, d.lgs. n. 212/1946.

disoccupazione serve a garantire al lavoratore, divenuto disoccupato, la percezione di un reddito per un periodo che si ritiene impiegato nella ricerca di una nuova occupazione e che inizia a decorrere quasi subito dopo il prodursi dell'evento disoccupazione, in agricoltura la prestazione svolge la semplice funzione di integrazione del reddito del lavoratore, senza alcun collegamento con la ricerca di una nuova occupazione. Finisce, così, per configurarsi come una sorta di indennizzo (corrisposto a consuntivo, nell'anno successivo) riconosciuto al lavoratore per il suo trovarsi in un mercato del lavoro fisiologicamente fatto di occasioni lavorative stagionali o comunque precarie.

Tale meccanismo comporta non pochi problemi sul piano della rispondenza della prestazione previdenziale a un'effettiva situazione di bisogno del beneficiario della provvidenza economica, potendo benissimo il disoccupato non aver più bisogno di un sostegno economico nel momento in cui comincia a percepire la prestazione, perché ad esempio impiegato in una nuova attività lavorativa. Non solo. Proprio la relativa facilità del meccanismo con cui è prevista l'erogazione da parte dell'Inps fa sì che il sussidio finisca per assumere quel carattere (già prima anticipato) totalmente assistenzialistico – nella sua accezione più negativa, cioè quella del tutto avulsa da un sistema economico produttivo o da un comportamento positivo e attivo dell'assistito– e rischi di trasformarsi (specie in determinate aree del Paese, e in carenza di una capacità di controllo da parte delle strutture pubbliche) in un vero e proprio finanziamento – ai danni dell'Inps[221] – di pratiche di lavoro in nero o di compravendita di giornate di lavoro, veri e propri patti perversi di connivenza tra datori di lavoro e lavoratori[222].

È il noto fenomeno dei "falsi braccianti agricoli" che, nonostante una serie di controlli finalizzati non solo a contrastare ma anche a prevenire fenomeni elusivi della contribuzione e/o di vera e propria truffa[223], continua a essere fortemente radicato nel nostro paese. Accade, cioè, che titolari di aziende compiacenti "vendono le giornate" (ingaggiano il lavoratore per il tempo necessario per il raggiungimento del numero di giornate che dà diritto al contributo) per poi licenziare il lavoratore che, a questo punto, può inoltrare richiesta all'Inps. In ipotesi ancor più gravi si assiste alla proliferazione di aziende fantasma (esistenti solo sulla carta e non fisicamente), spesso gestite dalla criminalità organizzata che controlla il territorio e che – mediante l'assunzione e il successivo licenziamento di falsi braccianti agricoli – assicura un cospicuo guadagno sulle indennità percepite dai loro "dipendenti" (circa il 50%), a totale danno delle casse dell'Inps[224]. Peraltro il fittizio datore di lavoro non potrà mai essere costretto al versamento contributivo per strutturale insolvibilità.

---

[221] Cfr. E. MANCINI, *Il lavoro nero in agricoltura*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 luglio 2014, il quale pone in evidenza come il numero altissimo di prestazioni previdenziali collegate al riconoscimento di giornate di lavoro agricolo comporti, in termini di "bilancio" Inps, un *deficit* strutturale tra contributi versati e prestazioni erogate, queste ultime di gran lunga superiori alla contribuzione pagata, oltre a segnalare l'enorme contenzioso previdenziale che ne consegue (parla di un rapporto di 1000 a 1 con le cause di lavoro).

[222] Così li ha definiti C. LAGALA, *Contrattazione, lavoro e previdenza in agricoltura*, Franco Angeli, Milano, 1987, 172, che da tempo ha messo in evidenza come le regole del sistema previdenziale favoriscano prassi illegali («scambi di favore»).

[223] Cfr. il *XV rapporto annuale Inps 2016*, in *www.inps.it*. Si veda anche il *Rapporto annuale sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali* (presentato il 1° marzo 2017 e consultabile sul sito del Ministero *www.lavoro.gov.it*) che dà conto dei risultati dell'attività ispettiva posta in essere da apposite *task force* – istituite nei territori a maggior rischio di violazioni (Puglia, Campania, Calabria e Basilicata), particolare in concomitanza con i periodi di raccolta (luglio, agosto e nei mesi autunnali) – con la collaborazione tra soggetti istituzionali diversi (Arma dei Carabinieri, Asl, Corpo forestale dello Stato, Guardia di Finanza).

[224] Se si considera che l'indennità di disoccupazione oscilla tra un minimo di 3.000 a un massimo di 7.000 euro annui per ciascun beneficiario, ben si comprende il volume d'affari messo in piedi dalla criminalità organizzata.

Accade anche che il titolare effettivo di un'azienda attiva ed operativa, più per ragioni legate prevalentemente ai propri volumi di affari, piuttosto che seguire la strada dell'evasione contributiva, possa decidere di avvalersi di manodopera agricola straniera. Le giornate lavorate dagli stranieri (privi di permesso ma anche regolari) vengono denunciate e attribuite a lavoratori fittizi, i quali poi godranno senza alcun titolo della prestazione pubblica. Il tutto sembra essere, poi, agevolato dalla norma del Testo unico sull'immigrazione che esclude l'assegno per il nucleo familiare e l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria per il lavoratore extracomunitario stagionale[225]. Come opportunamente osservato da attenta dottrina[226], una tale previsione, già di per sé un po' problematica in termini di rispetto del principio di parità di trattamento, se riferita alle predette caratteristiche dell'assicurazione contro la disoccupazione involontaria in agricoltura, finisce per assumere un ruolo distorsivo. L'esclusione del lavoratore extracomunitario regolare dall'indennità di disoccupazione fa sì che lo stesso lavoratore non abbia un forte interesse a pretendere dal datore di lavoro la corretta denuncia dei giorni lavorati, proprio perché comunque non potrà beneficiare della prestazione.

Appare evidente, quindi, la necessità perlomeno di una riflessione su un possibile ripensamento delle regole, anche con riferimento ai caratteri strutturali essenziali dell'indennità di disoccupazione agricola, rendendo, ad esempio, più complesso il sistema iniziale di riconoscimento delle giornate lavorative, per colpire il problema a monte e prevenire lo sviluppo della catena di abusi.

In tutto questo, al di là della strumentazione giuridica, prioritaria rimane l'attività di vigilanza e, dunque, il ruolo dei servizi ispettivi, pur nella consapevolezza che la lotta allo sfruttamento del lavoro e al caporalato ha una sua propria complessità e, dunque, qui, i controlli si presentano particolarmente gravosi[227]. L'efficacia del diritto del lavoro dipende sempre, in modo preponderante, dal corretto funzionamento del sistema ispettivo del lavoro che, tuttavia, nel nostro paese continua a presentare diverse criticità (cronica scarsità di risorse, lungaggini nei tempi ispettivi, mancanza di una attenta programmazione delle ispezioni, etc.). La situazione italiana è unica nel panorama europeo, con la persistente insufficienza e inefficienza dei controlli di cui tutti pagano le conseguenze: imprese, lavoratori, ma anche lo stesso apparato pubblico di controllo[228]. E questo anche dopo la recente ridefinizione dell'intero sistema ispettivo che ha visto la nascita dell'Ispettorato nazionale del lavoro, nella direzione di un maggiore raccordo tra i vari soggetti ispettivi per una razionalizzazione funzionale delle istituzioni e degli strumenti[229]. Allo stato, il tutto sembrerebbe essersi risolto in una mera "semplificazione dell'attività ispettiva", la quale, non essendo stata accompagnata da un concreto potenziamento in termini di risorse umane e finanziare, ha prodotto un sostanziale arretramento del presidio di legalità sui luoghi e sui rapporti di lavoro. L'importanza dei controlli e delle ispezioni è peraltro testimoniata dai risultati delle

---

[225] Cfr. art. 25, d.lgs. n. 286/1998; in questo caso, i relativi contributi sono versati dal datore di lavoro all'Inps e devono essere destinati a interventi a favore degli immigrati.

[226] Vedi M. McBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari, 2017, 160.

[227] In tal senso v. anche M. FAIOLI, *Caporalato e ispezioni*, in M. ESPOSITO (a cura di), *Il nuovo sistema ispettivo e il contrasto al lavoro irregolare dopo il* Jobs Act, Giappichelli, Torino, 2017, 91 ss.

[228] La scarsità e l'inadeguatezza dei controlli, pur a fronte di un significativo aumento negli ultimissimi anni, è denunziata, tra gli altri, da R. IOVINO, *Le agromafie e il caporalato: liberiamoci dall'illegalità, restituiamo dignità al lavoro*, in *Agromafie e caporalato*, *op. cit.*, 22.

[229] Il riferimento è al d.lgs. n. 149/2015. Per un commento si rinvia a M. ESPOSITO (a cura di), *op. cit.* e a F. STOLFA, in AA.VV., *Previdenza e assistenza*, *op. cit.*, 697 ss.

poche visite che vengono effettuate. I dati riportati dall'ultimo Rapporto annuale sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale del Ministero del lavoro sono molto preoccupanti: nel 2017 il tasso di irregolarità è superiore al 50%[230].

In tale scenario l'adozione del sistema Uniemens di denuncia contributiva mensile dovrebbe quantomeno agevolare l'attività di prevenzione contro fenomeni contributivi elusivi ma certo non fa ben sperare il rinvio della sua concreta operatività al 1° gennaio 2019.

Nelle more l'Inps sta comunque cercando di potenziare l'attività di prevenzione, mettendo in atto nuove strumentazioni da affiancare alla tradizionale azione di controllo su base territoriale, relativa a condotte di irregolarità contributive già realizzate. Il riferimento è al Piano Operativo "*FROZEN*", che dopo la fase sperimentale riguardante tutti i datori di lavoro che già si avvalgono del sistema Uniemens, si estenderà anche alle aziende agricole[231]. L'obiettivo è contrastare *ex ante* la simulazione di rapporti di lavoro finalizzata alla indebita fruizione di prestazioni previdenziali (come i trattamenti di sostegno al reddito durante la disoccupazione) prima che si determinino i relativi effetti economici, intercettando i flussi informativi. La procedura dovrebbe seguire questo *iter*: identificate le denunce contributive che presentano profili di rischio, il sistema "congela" gli effetti assicurativi; l'Inps procede agli accertamenti e se verifica eventuali irregolarità, non rilascia all'impresa il Durc regolare; conseguentemente le prestazioni non saranno erogate.

## 7. L'interpretazione autentica della disciplina sul riallineamento retributivo a fini meramente deflattivi di un risalente contenzioso.

Un'altra novità della l. n. 199/2016 (art. 10), solo a prima vista di rilievo, attiene alla materia dei contratti di riallineamento retributivo.

Come noto, i contratti di riallineamento (o di gradualità) hanno rappresentato il primo intervento adottato in Italia per fronteggiare il lavoro sommerso. Tali contratti, regolati originariamente dalla l. n. 608/1996, sono stati uno strumento di origine sindacale-contrattuale volto, da un lato, a favorire l'emersione, ossia la regolarizzazione del lavoro sommerso, dall'altro, a consentire l'adeguamento di rapporti di lavoro regolari agli *standard* dei contratti collettivi nazionali, salvaguardando i livelli occupazionali[232].

Il meccanismo era basato su una sanzione di tipo promozionale volta a incentivare e stimolare, attraverso la concessione di un beneficio, la condotta del datore di lavoro, in modo da orientarla nella direzione indicata dal legislatore, ossia l'osservanza dei contratti collettivi e della disciplina legale del rapporto di lavoro, compresa la normativa previdenziale.

[230] Secondo il Rapporto relativo al 2017, presentato l'8 febbraio 2018 (consultabile sul sito del Ministero *www.ispettorato.gov.it*), le ispezioni in agricoltura nell'anno di riferimento sono state 7.265 (nel 2016 erano state 8.042); qui sono stati accertati 5.222 lavoratori irregolari (a fronte di n. 5.512 del 2016), di cui 3.549 sono risultati in "nero" (a fronte di 3.997 del precedente anno) e, tra questi, 203 cittadini extracomunitari privi di permesso di soggiorno (217 nell'anno 2016). Sono stati adottati 360 provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale (347 nel 2016) dei quali l'87% (312) revocati a seguito di intervenuta regolarizzazione. Particolarmente significativi sono i risultati concernenti l'attività di polizia giudiziaria, finalizzata all'individuazione del "reato di caporalato": si segnala il deferimento di 94 persone all'autorità giudiziaria, delle quali 31 in stato di arresto e con l'individuazione di 387 lavoratori vittime di sfruttamento.

[231] La circolare Inps n. 93 del 30 maggio 2017 illustra il nuovo sistema e le sue caratteristiche operative.

[232] Per una ricostruzione della disciplina e delle diverse questioni teoriche e pratiche a essa collegate, si rinvia, per tutti, a M. FAIOLI, *Il lavoro prestato irregolarmente*, Giuffrè, Milano, 2008 e G. GENTILE, *Lavoro sommerso: tecniche di emersione e regime sanzionatorio*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, 93 ss.

L'elemento cardine della disciplina legislativa dei contratti di riallineamento era rappresentato dal contratto collettivo provinciale al quale spettava in via esclusiva la determinazione del programma di graduale riallineamento. Solo a seguito di apposita adesione in sede aziendale, era possibile godere dei benefici contributivi previsti. Attraverso i contratti di riallineamento il datore di lavoro si impegnava ad attuare un programma di graduale riallineamento dei trattamenti retributivi dei propri dipendenti, previsti dai contratti collettivi di lavoro; come contropartita al datore di lavoro erano riconosciuti alcuni benefici, quali la fiscalizzazione degli sgravi contributivi pregressi.

Alla base vi era l'idea di favorire la riemersione delle imprese in nero attraverso uno scambio triangolare in cui aziende, sindacati e attori pubblici si impegnavano in un programma comune di graduale fuoriuscita dalla condizione d'illegalità fiscale e giuslavoristica.

Tuttavia, ai fini della regolarizzazione retributiva e contributiva, il contratto di riallineamento è risultato efficace solo nei confronti di quelle aziende che presentavano situazioni di semi-irregolarità, consistenti generalmente nel mancato rispetto del contratto collettivo nazionale o nella dichiarazione di un numero di giornate lavorative inferiore a quante effettivamente lavorate. Sono rimaste invece sostanzialmente escluse le forme più estreme di sommerso[233], laddove, cioè, l'attività imprenditoriale nei termini della produzione e uso del fattore lavoro era esercitata escludendo qualsivoglia evidenza e garanzia pubblica.

In ogni caso, l'esperienza dei contratti di riallineamento si è chiusa nell'ottobre del 2001 a seguito della decisione presa dalla Commissione Europea che ha consentito la proroga dello strumento per un solo ulteriore anno, sancendo, in tal modo, la definitiva cessazione. La motivazione di tale decisione risiedeva nel fatto che per la Commissione gli incentivi all'emersione erano aiuti di Stato finalizzati al mantenimento dell'occupazione già esistente e non a creare nuova occupazione; da qui il contrasto con l'art. 87 del Trattato CE e la loro illegittimità[234].

Ma allora come si spiega l'introduzione di una norma *ad hoc* nel 2016? Invero l'art. 10, l. n. 199/2016, viene introdotto, non certo per far rivivere l'esperienza dei contratti di riallineamento, ma per regolare un significativo contenzioso sviluppatosi in alcune realtà provinciali, in particolar modo della Sicilia. La norma pone fine, cioè, a un risalente contenzioso sorto tra Inps e aziende agricole sugli accordi provinciali di riallineamento retributivo, avente a oggetto l'applicazione dei benefici contributivi stabiliti nella l. n. 608/1996 per quelle aziende del Mezzogiorno che avessero recepito gli accordi provinciali di riallineamento.

Per comprendere l'esatta portata della norma, occorre ricordare che nel settore agricolo, caratterizzato da un forte decentramento dei livelli negoziali[235], alcuni accordi provinciali di riallineamento retributivo, specie in Sicilia, avevano a loro volta demandato al livello aziendale,

---

[233] Sulle diverse forme di lavoro sommerso e le varie declinazioni terminologiche, si veda, da ultimo, M. PERUZZI, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in *Diritti lavori mercati*, 2015, 115 ss. Cfr. pure E. ALES, *Del lavoro sommerso o, meglio, "non dichiarato": una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di "attività remunerata"*, in *Diritti lavori mercati*, 2014, 11 ss.

[234] Decisione 17 ottobre 2000 Aiuto di Stato n. 236/A/2000 – Italia. In proposito cfr. L. ZOPPOLI, *Unione europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni*, in *RGL*, 2008, I, 81 ss.

[235] Lo spiega efficacemente C. LAGALA, *Contrattazione, lavoro e previdenza nell'agricoltura degli anni '90,* ESI, Napoli, 2002, *passim;* v. anche C. SERRA, *La contrattazione collettiva in agricoltura: i problemi, le prospettive*, in *Bollettino Adapt*, n. 3, 2002.

nell'ambito della cornice provinciale, la definizione del programma di graduale riallineamento delle retribuzioni da corrispondere ai lavoratori[236]. L'Inps aveva contestato la validità dei verbali aziendali di recepimento degli accordi provinciali di riallineamento retributivo che, su delega del contratto provinciale di lavoro, modulavano a livello aziendale il programma di graduale riallineamento delle retribuzioni dei lavoratori. Rispetto a questa fattispecie erano sorti dubbi interpretativi in merito alla validità di verbali aziendali di recepimento che, sia pure su delega del contratto provinciale di lavoro, modulavano a livello aziendale (e non provinciale) il graduale riallineamento delle retribuzioni dei lavoratori. Certo è che a seguito di tali contestazioni, gli ispettori non si sono limitati a chiedere le differenze contributive sulle retribuzioni ritenute dovute e le relative sanzioni civili, ma hanno dichiarato la decadenza dalle agevolazioni contributive per zone montane e svantaggiate, con pesanti conseguenze economiche, fino al rischio di fallimento.

Da qui l'intervento del 2016: l'art. 10 prevede che gli accordi provinciali di riallineamento retributivo in agricoltura (di cui all'art. 5, l. n. 608/1996) possono demandare la definizione del programma di graduale riallineamento dei trattamenti economici agli accordi aziendali di recepimento, sempreché questi ultimi siano sottoscritti dalle stesse parti che hanno stipulato il contratto provinciale. Si tratta, dunque, di una norma di mera interpretazione autentica, che non apre una nuova stagione di contratti di riallineamento in agricoltura ma si limita solo a chiarire l'esatta portata di una previsione applicabile agli accordi già sottoscritti e depositati entro i termini originariamente previsti (e non ai nuovi accordi). Infatti, la norma consente agli accordi aziendali, purché stipulati dalle stesse parti che hanno stipulato l'accordo provinciale, di definire il programma di riallineamento retributivo in conformità a quanto prescritto negli accordi provinciali, come precisato dall'Inps[237]. Di conseguenza gli accordi aziendali che hanno definito le retribuzioni di riallineamento sulla base di una delega dell'accordo provinciale debbono ritenersi perfettamente validi, consentendo alle imprese interessate di poter accedere pienamente ai benefici normativi e contributivi legati al contratto di riallineamento retributivo, sempreché, ovviamente, abbiano rispettato tutti gli altri obblighi previsti dalla legge[238].

La medesima norma, nonostante la sua natura interpretativa e quindi la sua retroattività, precisa, inoltre, che non si dà luogo alla ripetizione di eventuali versamenti contributivi effettuati antecedentemente all'entrata in vigore della legge (4 novembre 2016), dando così luogo a una disparità di trattamento tra imprese, al limite della legittimità costituzionale[239].

V'è da dire che nel settore agricolo l'adesione ai contratti di riallineamento è stata utilizzata, quasi unicamente, come opportunità per superare la prassi del calcolo dei contributi sul salario convenzionale[240]. Si è, infatti, già ricordato come nel settore agricolo la dichiarazione di giornate lavorate è spesso fittizia, ossia meramente funzionale alla maturazione fraudolenta dei requisiti per

[236] La vicenda è puntualmente ricostruita, riproducendo anche il Resoconto dei lavori parlamentari, da F. GORI, *op. cit.*, 64 ss.
[237] Cfr. circolare Inps 12 ottobre 2017, n. 138.
[238] La circolare Inps n. 138/2017 precisa che il programma di riallineamento declinato nell'accordo aziendale dovrà rispettare e tenere conto di quanto a esso delegato; qualora l'accordo provinciale nulla dica in ordine ai valori di riallineamento, dovranno essere presi in considerazione quelli fissati dall'accordo aziendale. L'accordo aziendale, inoltre, potrà prevedere valori di retribuzione compresi tra i limiti minimi e massimi eventualmente fissati dall'accordo provinciale.
[239] In tal senso si veda anche D. GAROFALO, *op. cit.*
[240] Cfr. *Report* di ricerca nazionale dell'IRES, *Emersione e legalità per un lavoro sicuro - quali fattori di sviluppo per l'impresa*, Ediesse, Roma, 2009, 84.

i trattamenti di disoccupazione agricola e per altri trattamenti previdenziali. Il riallineamento retributivo è stato quindi spesso utilizzato come un'occasione per abbassare i costi di registrazione di una giornata di lavoro fittizio.

Resta il fatto, tuttavia, che in termini di *policy,* la normativa in tema di contratti di riallineamento possa ancora essere guardata con interesse, perlomeno sotto due profili. Per un verso, ha avuto il pregio di aver consentito ai sindacati e alle associazioni datoriali di discutere a livello locale e, dunque, non solo a livello nazionale, su come affrontare la questione dell'emersione del lavoro irregolare[241]. Per altro verso, ha affrontato con estremo realismo la piaga del lavoro sommerso, decidendo di non seguire la sola ottica repressiva, ma di agire sul piano delle convenienze, secondo lo schema tipico delle sanzioni promozionali (di tipo economico) c.d. positive[242]: senza ricorrere ai tipici strumenti del diritto prescrittivo-repressivo (divieti e comandi), si è utilizzata la leva economica per rendere più conveniente (o meno gravosa) l'osservanza degli obblighi prescritti, alterando così il calcolo delle convenienze dei datori di lavoro e inducendoli a comportamenti socialmente meritevoli.

## 8. A più di un anno dall'entrata in vigore della l. n. 199/2016, ancora troppi proclami e pochi risultati. Quali prospettive?

Nel 2016, nonostante l'andamento non positivo del settore agricolo, le unità di lavoro dipendenti in agricoltura sono cresciute del 2,3%[243], dato che, *prima facie*, può far pensare ad un "effetto regolarizzazione" dei rapporti di lavoro sommerso, derivante dall'inasprimento delle pene e dal timore delle verifiche ispettive.

Ma quanto è effettivamente cambiato il lavoro in agricoltura dopo l'entrata in vigore della l. n. 199/2016?

Il quadro è affatto incoraggiante. Recenti rapporti[244] e notizie di cronaca[245] segnalano che la patologia del caporalato continua a essere un fenomeno pervasivo: troppi lavoratori ricorrono

---

[241] Così M. AVOLA, *Lavoro irregolare e politiche pubbliche. La costruzione sociale del sommerso e le misure di contrasto e di emersione*, Bonanno Editore, Roma, 2007, 109. Per una più ampia riflessione sulle strategie di contrasto e i modelli di intervento contro il lavoro illegale, v. A. VISCOMI, *Lavoro e legalità: «settori a rischio» o «rischio di settore»? Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione*, *Riv. giur. lav.*, 2015, 603 ss. e M.D. FERRARA, L. MENGHINI, R. NUNIN, *Il lavoro sommerso tra incentivi e responsabilità nell'esperienza nazionale, regionale e transnazionale*, in D. GOTTARDI, Legal frame work. *Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Giappichelli, Torino, 2016, 39 ss.

[242] In proposito fondamentale resta E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1979, 305 ss. e, più in generale, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It*., 1976, 530 ss.

[243] Fonte Istat, in *https://www.istat.it/it/archivio/200091*. Invero nel 2016 si conferma un *trend* positivo già registrato nel 2015 (ancor prima della l. n. 199/2016), pari a un aumento del 3,8%, in particolare nel Mezzogiorno (+5,5%) e nel Nord-ovest (+8,5%): cfr. *Annuario dell'agricoltura italiana, op. cit.,* 153 e ss.

[244] Il riferimento è, in particolare, al *Rapporto Terraingiusta Basilicata e Puglia*, sulle condizioni di vita e di lavoro dei braccianti stranieri in agricoltura, realizzato da MEDU (Medici per i diritti umani), ottobre 2017, consultabile in *http://www.mediciperidirittiumani.org/wp-content/uploads/2017/10/Terragiusta-report-Basilicata-Puglia_ottobre-2017.pdf*.

[245] Solo per citare l'ultimo caso, in ordine di tempo (*http://www.lagazzettadelmezzogiorno.it/news/home/963026/preso-caporale-nel-foggiano-era-nel-ghetto-di-rignano.html*), lo scorso 20 dicembre 2017, è stato arrestato un "caporale", ritenuto responsabile di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, nonché di ricettazione. Dagli accertamenti effettuati è emerso che l'arrestato avesse soggiogato altri lavoratori, occupati nella raccolta delle olive, (in assoluto stato di bisogno dovuto al fatto che gli stessi vivono all'interno del "Ghetto di Rignano", a Foggia, in baracche prive di fornitura di acqua luce e gas, nonché di servizi igienici), i quali ricevevano il salario, non conforme ai contratti collettivi

ancora al caporale per trovare lavoro, per l'organizzazione della giornata lavorativa e per il trasporto sui luoghi di lavoro. Non stupisce se, in occasione del centenario della tutela obbligatoria del lavoro agricolo (introdotta nell'ordinamento italiano con il d.l. luogotenenziale 23 agosto 1917, n. 1450), si sia osservato come l'agricoltura italiana sia un comparto a due velocità: a una forte spinta verso l'innovazione, resa possibile dalla meccanizzazione dei processi produttivi e dalla digitalizzazione delle procedure di monitoraggio delle filiere, fa, infatti, da contraltare il perdurare di situazioni di irregolarità e sfruttamento dei lavoratori di un settore che resta fra quelli più a rischio anche dal punto di vista infortunistico e che deve anche fare i conti con rischi nuovi ed emergenti[246].

È pur vero che probabilmente poco più di un anno non basta per verificare gli effetti di una riforma così importante, più volte etichettata come legge di 'civiltà', soprattutto con riferimento all'introduzione della nozione allargata di "sfruttamento", ma è sicuramente abbastanza per valutare su quali aspetti la riforma avrebbe potuto incidere e non l'ha fatto.

Quello dello sfruttamento del lavoro in agricoltura è, infatti, un tema «multidimensionale»[247], che non è possibile pensare di aggredire unicamente con le sanzioni penali[248], data la sua sistematicità e la sua stretta interrelazione con le distorsioni delle filiere agricole che "strozzano" i piccoli produttori e soprattutto in una logica perennemente emergenziale.

Del resto, se la repressione penale non venisse affiancata da politiche economiche, sociali ed occupazionali idonee ad incidere profondamente sull'intero sistema produttivo agricolo, essa parrebbe servire soltanto a nascondere la realtà delle cose dietro il paravento di comodo della sua dichiarata criminalizzazione. Perché non parlare, infatti, anche degli altri componenti della "filiera dello sfruttamento", che comincia dal *racket* dell'immigrazione clandestina, passa per la gestione lacunosa di quella legittima, arriva ai caporali, ai trasportatori e, infine, agli imprenditori senza scrupoli?[249] Se non si affrontano tutti i passaggi, il problema non si risolve[250].

---

nazionali, dal "caporale" e non dal datore di lavoro; inoltre, erano costretti a dover fornire una percentuale giornaliera, sottratta direttamente dal caporale, per pagare il trasporto.

[246] Cfr. AA.VV., *Agricoltura: salute e sicurezza sul lavoro a 100 anni dall'introduzione della tutela assicurativa*, Quaderno della *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali, curato dall'Inail, 2017, consultabile in https://www.certifico.com/component/attachments/download/5340. Sul ruolo dell'Inail per prevenire lo sfruttamento del lavoro, cfr. E. MONDI, La nuova disciplina sul caporalato: misure di contrasto all'intermediazione illecita e allo sfruttamento del lavoro e attività di prevenzione dell'Inail*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2016, n. 2.

[247] Parlava di approccio "multiagenziale" già E. LO MONTE, *op. cit.*, 62 ss.

[248] Critica sull'abuso delle sanzioni penali è M. MCBRITTON, *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in *Questione Giustizia*, 2014, 3, 176, secondo la quale «disciplinare un fenomeno economico di ampia portata con lo strumento repressivo del diritto penale sa di per sé come scommettere sulla sconfitta. In effetti, più si inasprisce la pena, più la *chance* che essa sia applicata si riduce».

[249] Su *La Repubblica* del 6 ottobre 2016, nell'articolo *La nostra Africa in Italia. I medici del ghetto dei braccianti. «Il Sud del mondo è a Cerignola»*, è riportata una sintesi che rende efficacemente il coinvolgimento dell'intera filiera: «Ogni volta che apriamo un barattolo di "pummarola", sarebbe cosa buona pensare che in quel barattolo c'è la disidratazione di Ibra, l'ernia di Richmond, l'avitaminosi di Ahmed, lo sterno mezzo sfondato di George. Ci sono chilometri di spine dorsali lesionate, il fango, la pioggia, e il sole implacabile del Sud. E le mosche, i veleni, le zanzare, i cani, i materassi sfondati, le prostitute a seguito di un esercito di uomini stremati. Il naufragio dei barconi, i centri di raccolta e quelli che ci campano sopra, i carrozzoni della finta assistenza, e il nostro razzismo che cresce. I caporali, i trasportatori della Camorra, un sistema produttivo dove pochi campano sulle spalle di molti, una grande distribuzione che strangola il contadino. Per un barattolo di pomodoro».

[250] Ne sono consapevoli anche le associazioni dei datori di lavoro agricoli: cfr. F. PIACENTINI, *"Legge sul caporalato", relazioni sindacali e rappresentanza in agricoltura. A colloquio con Roberto Caponi, responsabile dell'Area sindacale di Confagricoltura*, in *www.bollettinoadapt.it*, 7 novembre 2016. Per un approfondimento, si veda, da ultimo, V. PINTO, *Filiere*, *passim*.

Autorevole dottrina ha rilevato che la legge «delinea uno schema che, in quanto semplicistico, rischia di sottovalutare, nella considerazione da parte del diritto, il ruolo sistemico degli altri attori di una filiera della produzione e della distribuzione che si presenta oggi sempre più complessa e frammentata» e, dunque, «una scelta che sembra consegnare ai lavoratori solo armi spuntate sul piano delle tutele del lavoro, sindacali e sociali, e che li riconosce come portatori di diritti solo qualora si prospettino come "vittime"»[251].

Peraltro, come già da altri sostenuto[252], la legge non si occupa di due questioni fondamentali per la lotta al caporalato e allo sfruttamento: la modifica della normativa in tema di immigrazione che contribuisce a generare la vulnerabilità dei lavoratori migranti sul mercato del lavoro[253] e, come già accennato, la struttura delle filiere agroalimentari, che spingono verso la compressione dei costi del lavoro e su cui il ruolo che potrebbe avere la Rete del lavoro agricolo di qualità resta fumoso.

Sotto il primo profilo, si condivide l'opinione di chi auspica l'abrogazione dell'inutile reato di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato (art. 10 *bis*, d.lgs. n. 286/1998), che incentiva gli extra-comunitari a sottostare allo sfruttamento dei caporali quale esclusivo canale di inserimento nel mercato del lavoro irregolare[254]. Ma, più in generale, urge una nuova disciplina (italiana ed europea) dell'immigrazione che, anziché produrre o favorire clandestinità, sottragga gli immigrati al ricatto dei datori di lavoro e ne faciliti (soprattutto nel caso dei rifugiati) la mobilità sul suolo europeo ai fini della ricerca di occupazione[255]. Utile sarebbe anche predisporre programmi di reclutamento di lavoratori stagionali direttamente nel loro Paese di origine, sull'esempio dei *contratos en origen* spagnoli o dei *contrats OFII* francesi e comunque a superamento dell'esperienza fallimentare dei decreti flussi[256].

Dall'altro punto di vista, in agricoltura sarebbe necessario incidere anzitutto sulle convenienze e sulle necessità di compressione dei costi, sicché molto più efficace della sanzione penale potrebbe essere la proposta di potenziare, nell'ambito della Politica Agricola Comunitaria (PAC)[257],

---

[251] A. DI MARTINO, E. RIGO, *Caporalato: effetti penali e limiti della legge*, in *https://www.rivistailmulino.it/item/3651*.

[252] D. PERROTTA, *Questa legge non basta*, in *https://www.rivistailmulino.it/item/3650*.

[253] Lo mette ben in evidenza M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche*, *op. cit*. Vedi anche W. CHIAROMONTE, *Le misure sanzionatorie di contrasto al lavoro sommerso e la regolamentazione del lavoro immigrato: due mondi lontanissimi*, in V. FERRANTE, (a cura di), *op. cit.,* 103 ss.

[254] D. PIVA, *op. cit*, 13. Sul reato di c.d. clandestinità si veda C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo,* in AA.VV., *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, 27 ss.

[255] In tal senso M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche*, *op. cit.*, *passim.* Sulla necessità di modificare l'attuale disciplina nazionale delle politiche migratorie v. anche V. PINTO, *Migrazioni economiche e rapporti di lavoro*, in S. D'ACUNTO, A. DE SIANO, V. NUZZO (a cura di), *op. cit.*, 243 ss.

[256] Cfr. D. PERROTTA, *Il caporalato come sistema*, *op. cit.*, 26.

[257] L'Europa ha da sempre riconosciuto il ruolo centrale che l'agricoltura riveste nell'economia generale di un paese ed è per questo che sin dagli anni '60, quando ancora era prevalentemente rurale e reduce dalle conseguenze economiche e finanziarie della seconda guerra mondiale, ha avvertito la necessità di un intervento economico pubblico, dapprima allo scopo di recuperare il potenziale produttivo distrutto dagli eventi bellici e, poi, per ampliare la produttività dell'agricoltura, garantire un tenore di vita equo agli agricoltori, stabilizzare i mercati, assicurare i rifornimenti e garantire prezzi ragionevoli ai consumatori. Per beneficiare del regime di sostegno economico l'agricoltore ha l'obbligo di rispettare una serie di vincoli; l'insieme delle norme e dei regolamenti ai quali è subordinata l'assegnazione del contributo prende il nome di "condizionalità". Vige il solo principio della condizionalità ambientale (o *cross compliance*), che prevede l'adozione di pratiche colturali e di allevamento a basso impatto ambientale ed eco-compatibili; il rispetto di requisiti per garantire la sicurezza delle materie prime e dei prodotti trasformati; l'attenzione al benessere degli animali incentivando l'adozione di strutture idonee e forme di allevamento meno intensive; il mantenimento del terreno in buone condizioni di fertilità. Si rinvia a I. CANFORA, *L'attuazione della PAC nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, tra governo del mercato e*

il meccanismo della condizionalità: l'erogazione dei contributi non deve essere subordinata – come è stato efficacemente rilevato – solo al rispetto delle regole in materia di ambiente e salute, ma anche a quelle del lavoro, attraverso l'introduzione di una sorta di «condizionalità sociale»[258].

Invero, la Commissione Europea è stata più volte sollecitata in tal senso e, di recente, è stata reiterata la richiesta di prevedere, in occasione dell'imminente revisione della PAC post-2020, l'introduzione di forme di condizionalità relative proprio al rispetto dei diritti contrattuali dei lavoratori e delle norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro[259]. Ma la Commissione ha sbrigativamente 'liquidato' la richiesta, rinviando alla competenza primaria degli Stati membri, in quanto, riprendendo le sue parole, «la prevenzione del lavoro non dichiarato esula dall'ambito di applicazione della politica agricola comune. In tale ambito si applicano le direttive dell'UE in materia di condizioni di salute e sicurezza sul lavoro, che devono essere attuate e fatte rispettare dalle autorità nazionali, tra cui gli ispettorati del lavoro e i tribunali. Gli Stati membri devono garantire che siano rispettati i diritti contrattuali dei lavoratori in ogni settore economico». Ha solo aggiunto che la piattaforma europea per il rafforzamento della cooperazione volta a contrastare il lavoro non dichiarato, istituita a norma della decisione (UE) 2016/344[260], potrà contribuire comunque a migliorare la cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri e l'applicazione della legge[261].

Appare evidente, quindi, che nell'ambito del dibattito sulla riforma della PAC, l'approccio prevalente, almeno a livello eurounitario[262], continua a essere orientato alla conservazione e/o

*autonomia privata*, in P. BORGHI, L. COSTATO, S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario, alimentare e ambientale*, Jovene, Napoli, 2011, 309 ss. e I. CANFORA, L. COSTANTINO, A. JANNARELLI (a cura di), *Il Trattato di Lisbona e la nuova PAC*, Cacucci, Bari, 2017.

[258] D. SCHIUMA, *op. cit.*, 108. L'A. precisa che ciò consentirebbe, peraltro, di dare piena attuazione all'art. 39 TFUE, secondo il quale tra le finalità della Politica agricola comune vi è anche quella di «*un impiego migliore dei fattori di produzione, in particolare della manodopera*», nonché quella di «*assicurare […] un tenore di vita equo alla popolazione agricola, grazie in particolare al miglioramento del reddito individuale di coloro che lavorano nell'agricoltura*». In termini, v. anche V. NUZZO, *Somministrazione di manodopera e fattispecie affini in agricoltura e in edilizia*, in L. CALCATERRA (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2018.

[259] Interrogazione parlamentare del 12 maggio 2017.

[260] Tale piattaforma, istituita al termine di una lunga analisi preliminare (si vedano già le comunicazioni della Commissione COM 98 (219) del 7 aprile 1998 e COM (2007) 628 del 24 ottobre 2007, nonché la Proposta COM (2014) 221 del 9 aprile 2014 della Commissione, sulla quale si sono poi espressi i parlamenti nazionali), intraprendere una specifica iniziativa diretta al contrasto del lavoro "non-dichiarato" mediante l'istituzione (decisione 2016/344 del PE e del Consiglio del 9 marzo 2016) , intende realizzare una forma di scambio e cooperazione fra le autorità nazionali di vigilanza, nella prospettiva di assicurare una maggiore collaborazione reciproca per la repressione del fenomeno e per la diffusione delle buone prassi, senza che siano state definite al momento politiche comuni o percorsi di emersione regolati centralmente. Per un commento cfr. M. GIACONI, *Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) "*soft law*" e (poco) "*hard law*"*, in *Lav. dir.*, 2016, 3, 439 ss.; S. VARVA, *"*Undeclared work*" e Unione europea, ultimo atto: una "piattaforma europea" per contrastare il lavoro sommerso*, in *Lav. dir.*, 2016, 3, 461 ss. e V. FERRANTE, *Economia "informale" e politiche del lavoro: un nuovo inizio?*, *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2017, n. 337, spec. 8 e ss.

[261] Risposta data da Phil Hogan a nome della Commissione europea il 6 luglio 2017, il quale aggiunge che «per quanto riguarda i cittadini di paesi terzi che lavorano in questo settore, l'*acquis* in materia di migrazione legale, in particolare la direttiva sui lavoratori stagionali, garantisce che i cittadini di paesi terzi beneficino della parità di trattamento con i cittadini nazionali in termini di retribuzione, accesso ai regimi di sicurezza sociale e altre condizioni di lavoro».

[262] A livello nazionale va segnalata qualche interessante esperienza di condizionalità sociale; si pensi, ad esempio, al *Protocollo sperimentale contro il caporalato e lo sfruttamento lavorativo in agricoltura*, siglato il 25 ottobre 2016 fra Regione Toscana, Direzione interregionale del lavoro di Roma del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Direzioni regionali toscane di Inps e Inail, Cgil, Cisl, Uil, Coldiretti, Cia, Confagricoltura e Alleanza delle Cooperative toscane, il quale, fra le altre cose, introduce – nel rispetto delle norme europee in materia di agricoltura – forme di condizionalità relative al rispetto dei diritti dei lavoratori e delle norme in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro per l'accesso ai fondi europei ed il mantenimento dei benefici ad essi collegati.

all'incremento della 'quantità' di occupazione presente in ambito rurale, mentre poco ci si preoccupa della 'qualità' ed 'equità' dei rapporti di lavoro in agricoltura e questo nonostante la consapevolezza che le attese dei consumatori e dei cittadini europei si sono estese dai temi della quantità e salubrità dei prodotti a quelli della sostenibilità ambientale e sociale dei processi produttivi[263]. Non a caso si comincia a parlare sempre più frequentemente di affiancare alla c.d. responsabilità sociale dell'impresa (che comporta per l'impresa non solo il compito di garantire ai propri lavoratori condizioni di lavoro dignitose, ma anche di vigilare, affinché forme di vero e proprio lavoro servile non alterino l'eticità del mercato e la corretta concorrenza) una 'responsabilità sociale del consumatore'. Ciò vuol dire che il consumo, prima che un atto economico in senso stretto, deve essere considerato un atto etico, che impegna l'intera personalità: il consumatore ha il diritto di essere informato, oltre che sulle qualità del prodotto, anche sulle modalità di produzione dello stesso, esigendo di essere messo in condizione di opporsi allo sfruttamento del lavoro servile, che ha la sua finale legittimazione a livello di distribuzione e di acquisto del prodotto[264].

Tornando sul piano nazionale, diverse potrebbero essere le politiche da attivare: dal rafforzamento degli strumenti di contrasto al lavoro sommerso (aumentando le sanzioni e includendovi l'esclusione da appalti pubblici o agevolazioni di qualsiasi natura) alla concreta individuazione di criteri di valutazione per misurare la regolarità dell'attività produttiva in relazione alla presenza di manodopera (come gli indici di congruità), condizionando a questi l'erogazione di eventuali finanziamenti pubblici. Del resto, da un punto di vista sia tecnico sia di politica del diritto, l'intervento di tipo coattivo/repressivo e l'intervento premiale possono convivere pacificamente e anzi l'utilizzo di incentivi, nella loro veste giuridica di sanzioni positive, configurano – come già anticipato – un mezzo per indurre i datori di lavoro verso condotte socialmente meritevoli, comunque funzionali a un esercizio della libertà d'impresa ma che non si svolga in contrasto con la utilità sociale e senza danneggiare la sicurezza, la libertà e la dignità umana (art. 41, co. 2, Cost.)[265].

In questa logica, diventa prioritario individuare e diffondere pratiche per la valorizzazione delle aziende impegnate nella attività di contrasto del caporalato, per promuovere la legalità e la sicurezza nei rapporti di lavoro nel settore agricolo (ad esempio, attraverso riduzione del "cuneo fiscale")[266]; così come maggiori sforzi vanno dedicati al rafforzamento delle predette liste di prenotazione, affinché possano diventare uno strumento reale di incontro trasparente tra domanda ed offerta di lavoro, insieme alla previsione di un sistema di trasporti ben strutturato, oppure sperimentare ulteriori formule innovative[267]. È oramai ineludibile e non più rinviabile il potenziamento di efficienti e regolari canali pubblici di intermediazione nel settore agricolo.

[263] In tal senso anche C. IEVOLI, M.C. MACRÌ, *Politica agricola, immigrazione e mercato del lavoro in agricoltura*, in *Agriregionieuropa*, 2009, n. 19.

[264] Su tali profili, in relazione allo sfruttamento del lavoro, si rinvia a G. TUCCI, *Nuove schiavitù e mercato globale*, in *Questione e Giustizia,* 21 luglio 2015 e F. BUCCELLATO, M. RESCIGNO (a cura di), *Impresa e "*forced labour*": strumenti di contrasto*, il Mulino, Bologna, 2015.

[265] È proprio questo il contesto assiologico in cui sono state analizzate le sanzioni positive da E. GHERA*, op. cit.*, 362.

[266] D. PIVA, *op. cit.*, 13.

[267] Un interessante esperimento è quello del c.d. "Collocamento pubblico contro l'illegalità", gestito dal Comune di Eboli: v., sul punto, A. BOTTE, *op. cit.*

Non va, poi, sottaciuto che il problema dello sfruttamento del lavoro, con il conseguente basso salario[268], si ricollega anche ad almeno due questioni – cui pure si è fatto già un breve cenno – che pesano sulle aziende: da un lato, l'alto costo del lavoro (specie se comparato ad altri Stati europei), per cui il datore di lavoro spende in previdenza sociale il 40% dello stipendio lordo; dall'altro lato, il problema del bassissimo prezzo del prodotto agricolo[269], che non è tarato su un costo del lavoro reale. Tali questioni certo non sono da considerarsi una giustificazione al lavoro irregolare – le condizioni del lavoratore non possono dipendere da fattori esterni, in quanto esse stesse devono essere un fattore imprescindibile del rapporto lavorativo – ma vanno comunque prese in considerazione se si vuole avviare per davvero un dialogo proficuo con le aziende agricole. Sarebbe, quindi, necessario intervenire con politiche pubbliche sui meccanismi di potere che regolano le filiere agroalimentari, con l'obiettivo di allentare la morsa stretta dalle catene di distribuzione al collo dei produttori. Si è opportunamente osservato che se «l'ordinamento non si cura di difendere le ragioni delle imprese produttrici, esposte alla forza soverchiante del sistema della grande distribuzione e dell'industria alimentare, se il prezzo del prodotto agricolo è sostanzialmente azzerato rispetto a equi valori di mercato, allora la manodopera ingaggiata non può determinare un costo corrispondente a una equa retribuzione, in quanto se così fosse l'impresa agricola non avrebbe margini apprezzabili di operatività»[270].

In altri termini, nell'ambito del lavoro agricolo, non si può ignorare che, sul piano fattuale, è la grande distribuzione a dettare le condizioni contrattuali ed economiche dell'industria agro-alimentare[271] ed è, pertanto, a essa che occorre rivolgersi per imporre un modello di relazioni economiche eque, in grado di marginalizzare il produttore che sfrutta manodopera. In questa prospettiva, si potrebbe cercare, ad esempio, di sensibilizzare proprio la grande distribuzione attraverso l'imposizione di un modello di relazioni commerciali ed economiche ispirate a un'etica di impresa. Su questi aspetti, peraltro, il diritto penale non può nulla, perché, come noto, nel nostro ordinamento esso è pensato per fronteggiare singole condotte di particolare disvalore[272], non

---

[268] Dal recente *Rapporto 2017 dell'Osservatorio nazionale sulle dinamiche retributive degli operai agricoli*, realizzato dalla Fondazione Metes, per conto della Flai-Cgil (consultabile in *http://www.fondazionemetes.it/osservatorio-cpl/*), emerge che circa il 90% degli operai che lavorano nei campi è pagato a ore e guadagna, in media, 10,96 euro l'ora. Il restante 10%, che ha contratti a tempo indeterminato, percepisce un salario medio di 1.362, 36 euro al mese. Tuttavia questo è quello che risulta formalmente, in quanto, di fatto, percepiscono molto meno (circa 4/5 euro all'ora) e sono costretti a lavorare mediamente 11/12 ore al giorno a fronte delle 8 ore indicate nel cedolino paga.

[269] In proposito segnaliamo una recente e interessante indagine - condotta dalla Flai-Cgil, insieme a #FILIERASPORCA e *Terra Onlus* (*#ASTEnetevi. Grande distribuzione organizzata. Dalle aste* on-line *all'inganno del sottocosto*, curato da F. PANIÈ e G. MININNI, novembre 2017) - sul fenomeno attraverso cui si costruisce il prezzo dei prodotti dall'origine al loro arrivo sugli scaffali dei supermercati. Il rapporto evidenzia la forte discrepanza tra prezzi alla fonte, corrisposti ai produttori, e prezzi al bancone con l'imposizione del prezzo da parte della Grande Distribuzione Organizzata (GDO), che attraverso il sistema delle aste elettroniche inverse, o al doppio ribasso, abbassa il prezzo a livelli quasi insostenibili per chi produce. In questo modo accade che ci si rifaccia sull'anello debole della catena, il lavoratore, risparmiando su colui di cui il produttore ha immediata disponibilità e, cioè, il costo del lavoro.

[270] F. DI MARZIO, *op. cit.*, 10.

[271] Sul punto D. PERROTTA, *Il caporalato come sistema*, *op. cit.*, 27. In tal senso anche L. PALMISANO, *Appunti per una sociologia*, *op. cit.*, 26, secondo il quale il caporalato potrà essere contenuto solo se si interviene sulla dipendenza dalla Grande distribuzione organizzata che rappresenta «la scaturigine vera del nuovo caporalato, perché gioca sull'imposizione dei prezzi all'ingrosso dei prodotti agricoli e dei tempi di raccolta».

[272] Cfr., sul punto, le condivisibili affermazioni di A. DI MARTINO, *op. cit.*, 122.

certo per gestire processi di globalizzazione del sistema produttivo e neppure per regolare flussi migratori e politiche del lavoro[273].

Essenziale, infine, si rivela, il rafforzamento delle relazioni sindacali e della contrattazione decentrata, attraverso uno sforzo congiunto dei sindacati[274], del governo centrale e delle istituzioni locali. Quest'ultime, peraltro, sono chiamate a svolgere un ruolo da protagoniste: è chiaro, infatti, che, se si vuole predisporre un sistema di reclutamento e smistamento efficiente della manodopera alternativo al caporalato, è necessaria una stretta collaborazione tra i vari soggetti coinvolti (agricoltori e braccianti, comuni e regioni, centri per l'impiego e agenzie per il lavoro, ecc.) a livello territoriale, anche sotto la tradizionale direzione sindacale[275], in modo che si possa tener conto delle peculiarità (e anche delle potenzialità) delle singole aree produttive[276].

Insomma, appare evidente, data la complessità del fenomeno, che la norma penale da sola sia del tutto insufficiente[277]. Serve, invece, necessariamente un approccio multilivello, con il coinvolgimento di tutti gli attori, con azioni contestuali e congiunte, che si propongano, valorizzando la prospettiva giuslavoristica[278], di intervenire sui molteplici fattori che continuano ad alimentare lo sfruttamento del lavoro agricolo.

Solo così, se si vuole davvero fornire una soluzione stabile e duratura al fenomeno, sarà possibile – parafrasando le parole di chi a questi problemi ha dedicato la sua breve vita anche per scuotere le coscienze – dipanare la matassa: nessuno può tirarsi fuori[279].

---

[273] Cfr. V. TORRE, *op. cit.*, che, sulla base di tali riflessioni, fornisce alcune indicazioni su come il sistema penale potrebbe contribuire a una filiera virtuosa.

[274] C'è chi suggerisce anche una ripresa dell'azione vertenziale da parte del sindacato: E. PUGLIESE, *Braccianti, caporali e imprese*, in E. RIGO (a cura di), *op. cit.*, 135.

[275] Come più volte è stato sottolineato dalla ricerca storica: «Nella storia della sindacalizzazione italiana del Lavoro e in particolare delle molteplici forme del lavoro nelle campagne, le questioni relative alla formazione e ai poteri dell'istituto del collocamento hanno avuto una rilevanza tale, da farli apparire tal volta preminenti anche nei confronti delle rivendicazioni salariali e dell'orario del lavoro» (A. PEPE, *Il collocamento in Italia in una dimensione storica*, Edizioni Lariser-Ediesse, Roma, 2012, n. 11, 71).

[276] M. MCBRITTON, *Lavoro in agricoltura e immigrazione*, in E. RIGO (a cura di), *op. cit.*, 111 ss.

[277] Sulla complessiva inefficacia dell'approccio *law enforcement* per combattere il grave sfruttamento dei lavoratori stranieri e non, si veda anche L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, in *Lav. dir.*, 2017, n. 1, 79-80, che peraltro sottolinea come questo approccio non sia conforme ai valori dei diritti fondamentali delle persone.

[278] In tal senso v. anche W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, 139, che parla della necessità di una nuova sinergia fra i due ambiti disciplinari (diritto penale e diritto del lavoro) per la lotta al lavoro sommerso.

[279] Così A. LEOGRANDE, *Uomini*, *op. cit.*, 28.

# Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. *Jobs Act*[*]

Barbara de Mozzi

Premessa. 86

1. Circa il preteso eccesso di delega. 86

2. L'applicazione dell'art.10 d.lgs. n. 23/2015 ai lavoratori già in forza prima del 7 marzo 2015. L'irragionevolezza della disciplina. 88

3. Ulteriori profili di irragionevolezza della disciplina di cui all'art. 10 d.lgs. n. 23/2015. 89

4. La mancata inclusione dei dirigenti. 92

5. Le ricadute indirette della dir. 2001/23/Ue in tema di trasferimento d'impresa. 93

6. Le ricadute nel nostro ordinamento delle recenti sentenze della Corte di Giustizia C-429/16 e C-422/14. 94

7. La c.d. efficacia "sanante" degli accordi sindacali. 97

8. I possibili esiti dell'azione di repressione della condotta antisindacale. 99

[*] Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 353/2018

## Premessa.

Molte e complesse sono le questioni che la recente disciplina dei licenziamenti collettivi intimati ai lavoratori assunti con "contratto a tutele crescenti" pone.

Ciò che, tuttavia, stupisce è come una così rilevante modifica normativa, di profondo impatto sociale e tale da generare un'ulteriore, assai significativa, frammentazione dei regimi di tutela rispetto a quella già introdotta dalla l. n. 92/2012, sia intervenuta in assenza di un complessivo e unitario disegno riformatore e "quasi di soppiatto" ([280]), generando addirittura significativi dubbi circa la sua effettiva copertura, o no, nella legge di delegazione.

Ed è, forse, proprio l'assenza di un unitario disegno riformatore, capace di armonizzare "vecchio e nuovo" in un sistema coerente, che fa emergere svariati profili di dubbia ragionevolezza e di difficile armonizzazione della disciplina in oggetto, oltre che con la cornice costituzionale, anche con quella comunitaria; oltre che difficili questioni di "raccordo" con altri frammenti normativi, di cui al nostro ordinamento. Di talune di tali questioni ci si intende occupare, nel presente lavoro.

## 1. Circa il preteso eccesso di delega.

Come noto, all'indomani dell'emanazione del d.lgs. n. 23/2015 si è da più parti dubitato della compatibilità della disciplina di cui all'art. 10 con la cornice costituzionale. Dubbi - alimentati dai lavori preparatori relativi alla legge di delegazione e dal parere della Commissione lavoro di Camera e Senato ([281]) - sono affiorati, innanzitutto, con riferimento al preteso eccesso di delega, posto che la nozione di "licenziamento economico" (di cui all'art. 1, co. 7, lett. c). della legge n. 183/2014) ([282]) non era stata mai utilizzata dal legislatore per designare il licenziamento collettivo. La locuzione, si è detto, designerebbe dunque solo i licenziamenti di cui all'art. 3 l. n. 604/66 ed in particolare solo quelli connotati da "ragioni d'impresa" e non quelli per giustificato motivo oggettivo "personale" ([283]); ed in tal senso deporrebbe anche una recente sentenza di Cassazione,

---

([280]) G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav*. 2015, 187 ss.

([281]) Cfr. G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 187 ss. Cfr. il parere della Camera, 17 febbraio 2015, sull'atto di Governo 134, in *https://www.lavoroediritti.com/wp-content/files/Parere_Camera_Tutele_Crescenti.pdf*. Detto parere, «tenuto conto che come emerge anche dall'esame parlamentare svolto in occasione dell'approvazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, l'esclusione, per i lavoratori assunti con il nuovo contratto a tutele crescenti, dell'applicazione di sanzioni di tipo conservativo, con la previsione di indennizzi economici certi e crescenti con l'anzianità di servizio, …deve intendersi riferita alle sole fattispecie relative a licenziamenti individuali, non essendo in discussione la disciplina dei licenziamenti collettivi di cui alla legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni» era stato favorevole, a condizione, tra l'altro, della sostituzione dell'art. 10, comma 1 con il seguente: «In caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, ai lavoratori di cui all'articolo 1 si applicano le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 3, della medesima legge». Quanto al parere del Senato, dell'11 febbraio 2015, si legge: «Con riferimento ai licenziamenti collettivi, il Governo valuti l'opportunità di rivedere il regime sanzionatorio dell'articolo 10, prevedendo la reintegrazione in caso di violazione dei criteri previsti dai contratti collettivi». Dal parere del Senato non emerge, dunque, una preclusione a che il legislatore delegato disciplini la materia dei licenziamenti collettivi. In ogni caso, v. Cass. 27 febbraio 1995, n. 2230, secondo cui «la volontà emergente dai lavori preparatori non può sovrapporsi a quella obiettivamente espressa dalla legge, quale emerge dal suo dato letterale e logico».

([282]) In tale senso, v. F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, Padova, 2015, 133.

([283]) Cfr. M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M. T. CARINCI, A. TURSI, *(a cura di), Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti,* Giappichelli, 2015,110, secondo cui la dizione "licenziamenti economici" sarebbe volta a «delimitare il campo in cui – all'interno del giustificato motivo oggettivo – si operi il passaggio a tutela puramente indennitaria».

che utilizzerebbe la locuzione "licenziamento economico" proprio in contrapposizione a quello collettivo ([284]).

Ora, da un lato, la locuzione "licenziamento economico" non era stata utilizzata, a quanto consta, dal legislatore prima d'ora neppure per designare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo; dall'altro, troppo debole pare l'argomento testuale ricavato dalla sentenza della Cassazione n. 28426/2013, la quale si limita a contrapporre licenziamento per giustificato motivo oggettivo "per ragioni d'impresa" (in tal senso, chiamato "economico") e licenziamento collettivo – da un lato - ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo "cd. personale" - dall'altro - onde escludere che, in tali ultimi casi (g.m.o. "personale"), trovi applicazione l'art. 10 l. n. 68/1999, relativo al rispetto delle quote di riserva per i disabili. Tanto è vero che in una successiva pronuncia dello stesso tenore (che si richiama a Cass. 28426/2013) la Cassazione – nel mettere, invece, in contrapposizione le suddette fattispecie con quella del licenziamento "per superamento del periodo di comporto" - torna a riferirsi al licenziamento "per giustificato motivo oggettivo" e al licenziamento collettivo omettendo di utilizzare, (solo) per il primo, la locuzione di licenziamento "c.d. economico" ([285]).

A fondamento della compatibilità dell'art. 10 con la legge delega si è poi notato, da un lato, che il licenziamento collettivo è pur sempre un licenziamento fondato su ragioni non inerenti la persona del lavoratore e dunque su ragioni "economiche" e che la *ratio* della delega induce a ricomprendere «tutti i licenziamenti *lato sensu* basati su ragioni legate all'esercizio della libertà economica» ([286]); dall'altro, che la l. n. 183/2014 delega il Governo a limitare il diritto alla reintegrazione «ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato». Dalla circostanza che la legge delega, tra le ipotesi di reintegrazione da conservare, non comprenda «ipotesi necessariamente legate alla violazione di norme in materia di licenziamenti collettivi» - si evince dunque che, necessariamente, la legge stessa «consente di riformulare le sanzioni in materia di licenziamenti per riduzione del personale» ([287]).

In senso critico, contro quest'argomentazione, è stato osservato che residuano, nel d.lg. n. 23/2015, talune fattispecie in cui viene disposta la reintegrazione anche per ipotesi di licenziamento per motivo oggettivo (art. 2, co. 4), attinente alla persona del lavoratore ([288]), cosicché sarebbe sbagliato ritenere che il legislatore delegante abbia inteso l'espressione "licenziamento economico" come riferita (tanto) all'intera area del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (quanto a quella dei licenziamenti collettivi) e non già ai soli licenziamenti "per motivi d'impresa".

---

([284]) Cfr. M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale,* cit., con riferimento a Cass. 19 dicembre 2013, n. 28246.
([285]) Cass. 24 ottobre 2016, n. 21377, a riprova che, nella precedente Cass. 28426/2013, la locuzione "licenziamento economico" era utilizzata solo per rimarcare la "sotto-distinzione" nell'ambito dei licenziamenti di cui all'art. 3 l. n. 604/66 tra licenziamento per "ragioni d'impresa" (c.d. economico) e licenziamento per giustificato motivo oggettivo "personale", ma non già in contrapposizione ai licenziamenti "collettivi".
([286]) C. CESTER, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015, ADAPT Labour studies e-book series* n. 46/2015, 102; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *wp C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 246/2015, 15.
([287]) A. TOPO, *Le sanzioni*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani,* cit., 198.
([288]) M. BARBIERI *Il licenziamento individuale*, cit. Sul punto, cfr. anche C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604/1966 al d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti», Quad. arg. dir. lav.,* Cedam, 2015, 89.

Ma, si potrebbe replicare, nella sistematica del decreto delegato tali ipotesi ([289]) di reintegrazione residuano in quanto attratte all'area dei licenziamenti discriminatori.

Vero è, peraltro, che proprio tale discussione, intorno alla nozione di licenziamento "economico", insieme a recenti prese di posizione della Corte di giustizia ([290]), ha in qualche modo rilanciato il dibattito, mai davvero sopito in dottrina, circa la sindacabilità o no da parte del giudice della "effettività" delle esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva (pur insindacabili nel merito) ([291]). Questione che, naturalmente, riverbera i suoi effetti anche sull'individuazione delle (eventuali) conseguenze sanzionatorie, ove si ritenesse sindacabile il difetto di effettività. Questioni, queste ultime, la cui analisi non rientra però nell'economia del presente contributo introduttivo.

## 2. L'applicazione dell'art.10 d.lgs. n. 23/2015 ai lavoratori già in forza prima del 7 marzo 2015. L'irragionevolezza della disciplina.

Molteplici dubbi suscita poi l'individuazione del campo di applicazione della disciplina in commento, in particolare per quanto riguarda il combinato disposto della legge di delegazione (art. 1, co. 7, lett. c), e degli artt. 1, co. 3 e 10 del d.lgs. n. 23/2015.

Come è stato notato, ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, illegittimamente licenziati collettivamente, trova applicazione il regime sanzionatorio di cui all'art. 5 l. n. 223/1991, come modificato dall'art. 1, co. 46 l. n. 92/2012. Se però, per effetto di nuove assunzioni a tempo indeterminato, intervenute a far data dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, il datore di lavoro superi la soglia prevista dall'art. 18, co. 8 e 9 (la quale non coincide affatto con la soglia numerica per l'applicazione della l. n. 223/91), anche ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 che transitano "in area 18" troverà applicazione, in caso di licenziamento collettivo, la disciplina sanzionatoria di cui all'art. 10 d.lgs. n. 23/2015 ([292]).

Ora, per meglio chiarire i possibili esiti di irragionevolezza cui tale disposizione può dare luogo, occorre ricordare, in via preliminare, che il lavoratore che, essendo stato assunto prima del 7 marzo 2015 da un datore di lavoro privo dei requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8, 9, venga proiettato, per effetto delle nuove assunzioni a tempo indeterminato, "in area 18" "passa" - nel caso di licenziamento individuale - dal regime di tutela previsto per le aziende di piccole dimensioni (che ha il suo fulcro, nel caso di licenziamento ingiustificato, nell'art. 8 l. n. 604/66) a quello

---

([289]) Si tratta delle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68.

([290]) Corte giust. Ue, 21 dicembre 2016, C-201/15. Cfr. P. CAMPANELLA, *Licenziamenti collettivi in Grecia al vaglio della Corte di Giustizia: quale modello sociale europeo?,* in *Lav. giur.*, 2017, 8, 9, 783.

([291]) Osserva F. CARINCI, *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti* ex *art. 18 Stat. lav. "versione Fornero",* in *Lav. giur.,* 2017, 741, che tanto il licenziamento di cui all'art. 3, quanto quello di cui all'art. 24 sono licenziamenti "economici", come oggi riconosciuto dallo stesso legislatore e che – secondo la stessa giurisprudenza – la nozione di cui all'art. 3 (che fa riferimento alle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa") trova riscontro in quella di cui all'art. 24 ("riduzione o trasformazione di attività o lavoro"). Anche se poi la stessa giurisprudenza si contraddice, laddove ritiene sindacabile l'esistenza delle ragioni sottese al licenziamento per g.m.o., ma «insindacabile l'esistenza della "riduzione o trasformazione" alla base del licenziamento collettivo».

([292]) In tal senso M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, 2 ss.

delle "tutele crescenti" (per i datori di medio grandi dimensioni) ([293]). *Ratio* della disposizione è dunque quella di consentire al datore di lavoro "sotto soglia" nuove assunzioni a tempo indeterminato senza che, per tale ragione, "scatti" il più gravoso regime sanzionatorio di cui all'art. 18 Stat. lav. (come modificato dalla legge Fornero), ma unicamente il regime sanzionatorio previsto, per i datori di medio grandi dimensioni, dal "*Jobs Act*"; regime che – dal punto di vista del lavoratore - è sostanzialmente più favorevole rispetto a quello precedentemente goduto. La disposizione "premia" dunque, sotto tale profilo, il datore di lavoro che assume a tempo indeterminato, senza penalizzare il lavoratore già in forza, nel caso di suo illegittimo (individuale) licenziamento.

Non così, invece, nel caso di licenziamento collettivo.

Può, cioè, capitare che due lavoratori – assunti prima del 7 marzo 2015 – siano dipendenti da un datore di lavoro che abbia raggiunto la soglia dei "più di quindici" ([294]) dipendenti riferiti all'intera organizzazione (rilevante per l'applicazione della l. n. 223/1991) e non quella di cui all'art. 18, co. 8, 9 (stante la distribuzione dei lavoratori su più unità produttive di diversi comuni) ([295]). E che – per effetto di nuove assunzioni a tempo indeterminato avvenute nell'unità produttiva, ma comunque tali da non superare la soglia complessiva dei sessanta lavoratori nel territorio nazionale - solo uno di essi (quello addetto all'unità produttiva che supera la soglia dei quindici dipendenti) perda le maggiori tutele previste dalla l. n. 223/91 in caso di licenziamento collettivo illegittimo; a differenza del collega, dipendente dal medesimo datore di lavoro, anch'egli assunto prima del 7 marzo 2015, ma addetto ad un'unità produttiva che resta "sotto soglia".

Le argomentazioni a suo tempo addotte dalla Corte costituzionale per negare l'irragionevolezza del regime differenziato di tutela (rispettivamente, art. 8 l. n. 604/66 e art. 18 Stat. lav.) tra lavoratori entrambi dipendenti dal medesimo datore di lavoro (con meno di sessanta dipendenti nel complesso), ma addetti rispettivamente ad unità "di piccole" e di "grandi dimensioni" ([296]) non sono spendibili nel caso di specie. Se non altro perché la "minor tutela" è, qui, paradossalmente, riservata al lavoratore (già in forza prima del 7 marzo 2015) inserito in unità produttiva di più grandi dimensioni.

Sicché – non essendovi spazio per un'interpretazione "correttiva" - pare di poter senz'altro concludere per l'irragionevolezza della disposizione, non trovando la differenza di tutela giustificazione nella diversa situazione di fatto tra i due lavoratori.

## 3. Ulteriori profili di irragionevolezza della disciplina di cui all'art. 10 d.lgs. n. 23/2015.

Tali considerazioni critiche vanno ad aggiungersi a quelle, già svolte dalla dottrina, che si è a più

([293]) G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, in F. BASENGHI, A. LEVI (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti,* Milano, Giuffrè, 2016, 174, il quale ritiene però che il regime delle tutele crescenti sia, rispetto alla tutela di cui all'art. 8 l. n. 604/66 «per taluni versi migliorativo e per altri peggiorativo».

([294]) Nel senso che il requisito dimensionale per l'applicazione della l. n. 223/1991 si perfeziona con il superamento della soglia di quindici dipendenti, senza necessità di raggiungere il numero di sedici lavoratori, cfr. Trib. Milano, 13 maggio 2014, est. Dossi, in *http://www.avvocatibgp.it/upload/sentenze%20lavoro/Ordinanza%20Fornero.pdf*. Nello stesso senso, con riferimento all'art. 18 Stat. lav., Cass. 21 ottobre 2013, n. 23771.

([295]) Cfr. M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit.

([296]) Corte cost. 23 febbraio 1996, n. 44. Cfr. Corte cost. 6 giugno 1975, n. 152; Corte cost. 8 luglio 1975, n. 189; Corte cost. 8 gennaio 186, n. 2. Cfr. sul punto G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, vol. II, *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti,* Giuffrè, 2006, 616.

voci interrogata sulla ragionevolezza ([297]) o no della scelta del d.lgs. n. 23/2015 di fondare una sì rilevante differenza di tutela – acuita dalla difformità del rito ([298]) - su di un dato del tutto estrinseco (ma capace di introdurre «un'ulteriore e grave divaricazione del mercato del lavoro») ([299]), quale quello della data di assunzione.

Ora, è vero che, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, non contrasta «di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche» ([300]). E tuttavia – come è stato osservato - tali considerazioni non paiono pertinenti, poiché, nell'impianto del *Jobs Act*, «la situazione dei lavoratori soggetti a diverse tutele è in tutto identica ed il fluire del tempo non riguarda la situazione posta a base del recesso (ma solo il momento genetico del rapporto, irrilevante ai fini della valutazione del fatto)» ([301]). Sicché l'irrazionalità sta, sostanzialmente, nell'operare contemporaneo e non scaglionato nel tempo, di due diverse discipline ([302]).

D'altro lato, in senso critico nei confronti dell'impianto complessivo del d.lgs. n. 23/2015, si è pure invocata l'efficacia diretta del principio di uguaglianza, di cui all'art. 20 della Carta di Nizza, destinato «ad operare al di là dei divieti discriminatori, ma limitatamente a violazioni che ridondino in ingiustificate differenze di trattamento di situazioni identiche delle persone coinvolte», come ad

---

([297]) Cfr. anche Trib. Roma 26 luglio 2017.

([298]) Essendo pacifico che a questi ultimi non trova applicazione il c.d. rito Fornero che invece – secondo la prevalente giurisprudenza - deve trovare applicazione anche ai licenziamenti collettivi dei lavoratori già in forza a tale data. Trib. Roma 21 gennaio 2014; Trib. Roma 12 novembre 2012; Trib. Bari 2 aprile 2013; Trib. Bari 13 novembre 2012; Trib. Venezia 26 aprile 2013; Trib. Caltagirone 1° luglio 2016, in *Riv. it. dir. lav*., 2017, 270, con nota di M. MILITELLO, *Licenziamento collettivo per riduzione del personale. La libertà dell'*an *e i vincoli del* quomodo; Trib. Roma 15 gennaio 2016, est. Armone, in *http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Bronzini23-Ordinanza_Trevisan_c._Alitali_-_Trib.Roma.pdf*. In dottrina, per l'applicabilità del rito Fornero all'impugnazione dei licenziamenti collettivi, v. D. DALFINO, *L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. «rito Fornero»: questioni interpretative,* in *Foro It.,* 2013, V, 6 ss. *Contra*, G. VIDIRI, *Nuovo rito sui licenziamenti: «giusto processo» ed «imparzialità» del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav*., f. 1, 2014, 17. Ritiene incostituzionale l'art. 11 per eccesso di delega e per violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza, F. SANTONI, *Il campo*, cit., 119.

([299]) G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit., 187 ss. Dubbi di costituzionalità sono sollevati anche da S. GIUBBONI, *Profili*, cit., 19 ss.; *Contra,* S.B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *wp C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 265, 2015* 13 ss.; P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. lav.* 2015, 210 ss.

([300]) Cfr. da ultimo Corte cost. 13 novembre 2014, n. 254.

([301]) F. BUFFA, *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione Giustizia* 3/2015, cit., 43.

([302]) Inoltre, a parere di chi scrive se – dati statistici alla mano (e cioè all'esito di una necessaria preventiva verifica sui dati relativi all'utilizzo del nuovo contratto a tutele crescenti) – emergesse che un numero molto maggiore di giovani (ad esempio con meno di venticinque anni di età) risultasse occupato con contratto a tutele crescenti, rispetto ai lavoratori di altre fasce di età, potrebbe ipotizzarsi sussistente nella vigente disciplina una discriminazione in base all'età. Ciò, richiamandosi a quella giurisprudenza comunitaria che, prima che la direttiva 97/81/CE sancisse espressamente il divieto di discriminazione dei lavoratori con contratto a tempo parziale rispetto ai lavoratori con contratto a tempo pieno, giungeva a sanzionare le differenziazioni di trattamento tra gli uni e gli altri per il tramite del divieto di discriminazione in base al sesso, in base alla considerazione che la manodopera impiegata con contratto a tempo parziale era prevalentemente femminile (cfr. Corte Giust. Ue, 31 marzo 1981, C-96/80, J.*P. Jenkins c. Kingsgate* (Clothing Productions) Ltd.). A scongiurare siffatta discriminazione (ove emergente dai dati statistici) non ci si potrebbe limitare a considerare come detta differenza di trattamento sia «oggettivamente e ragionevolmente» giustificata da obiettivi di politica del lavoro, quale, in particolare la necessità di favorire l'inserimento professionale dei giovani (art. 6, direttiva 2000/78/CE; art. 1, comma 7, l. n. 183/2014); ma occorrerebbe verificare anche se la stessa costituisca o no mezzo «appropriato e necessario» (art. 6, direttiva 2000/78/CE). La recente posizione, restrittiva, della Corte di giustizia in tema di discriminazioni per età (Corte Giust. Ue, 19 luglio 2017, C -143/16, *Abercrombie & Fitch*) pare, tuttavia, rendere alquanto remota la possibilità che un simile argomento possa fare breccia nella giurisprudenza.

esempio il caso di «due (gruppi di) dipendenti, assunti prima e dopo il *Jobs Act*, licenziati per motivo economico comune, con applicazione di tutele diverse» ([303]).

Detti profili di criticità sono resi ancora più evidenti, per i licenziamenti collettivi, dalla circostanza che "vecchi" e "nuovi" assunti sono "messi in comparazione" nell'ambito di una medesima procedura ([304]). In sostanza, ben può darsi il caso che un medesimo licenziamento collettivo coinvolga tanto lavoratori neo assunti (a far data dal 7 marzo 2015 ed equiparati) quanto lavoratori già in forza a tale data e al cui licenziamento il datore di lavoro potrebbe avere – proprio in ragione del diverso regime sanzionatorio – una diversa convenienza.

Sul punto, le opinioni degli interpreti non sono, peraltro, univoche. Parte degli autori ritiene infatti che, almeno nella prima fase di applicazione del *Jobs Act*, il datore di lavoro avrebbe maggiore convenienza al licenziamento dei lavoratori "anziani", sia in ragione degli incentivi normativi ed economici a mantenere in servizio per un triennio i "nuovi assunti" ([305]), sia per l'obiettivo di «depurare l'azienda di vincoli normativi e di riflesso anche sindacali» ([306]). Altri, tutto al contrario, ritengono che il più blando regime sanzionatorio, la possibilità di revoca ([307]) e di "conciliazione standard" ([308]) indurranno i datori di lavoro, fin da subito, a preferire il licenziamento dei "neo assunti".

Si tratta, in ogni caso, di differenze di regime assai significative, le quali sembrano rendere impraticabile una ragionevole comparazione tra i lavoratori, falsando i criteri di scelta ([309]).

Altrettanto acceso è il dibattito circa la congruità, o no della esigua indennità risarcitoria di cui all'art. 10 d.lgs. n. 23/2015 (eventualmente dimezzata ai sensi dell'art. 9) rispetto ai principi costituzionali e ai precetti del diritto europeo, che impone, in particolare, sanzioni effettive, proporzionate, dissuasive, per la violazione della direttiva 98/59/Ue ([310]); ciò, come si è accennato, anche alla luce dell'ulteriore possibilità del datore di lavoro di accedere all'istituto della "conciliazione standard" ([311]), oltre che di "revocare" tempestivamente il licenziamento collettivo intimato ai lavoratori con contratto a tutele crescenti, in caso di impugnazione.

---

([303]) F. BUFFA, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, in *Arg. dir. lav.,* 2015, 566.

([304]) Osserva G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act,* cit., 187 ss. che «l'aspetto più delicato attiene alla contestualità delle discriminazioni, e cioè al persistere nel tempo di una diversità di trattamento a parità di condizioni lavorative». Cfr. E. GRAGNOLI, *Il licenziamento individuale per riduzione di personale e le novità normative*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 1062.

([305]) Cfr. art. 1, co. 118, l. n. 190/2014. G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 187.

([306]) G. FERRARO*, I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, cit. 187 ss.

([307]) Ai sensi dell'art. 1, co. 47 l. n. 92/2012, solo le disposizioni di cui ai commi da 48 a 68 «trovano applicazione alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300». Laddove la possibilità di revoca del licenziamento è contenuta nel co. 42 del medesimo art. 1 (che modifica l'art. 18, co. 10 Stat. lav.). Inoltre l'art. 1, co. 46 l. n. 92/2012 non fa nessun esplicito richiamo al comma decimo, nel quale trova disciplina la revoca del licenziamento. Si deve, dunque, concludere per la irrevocabilità unilaterale del licenziamento collettivo intimato ai lavoratori già in forza prima del 7 marzo 2015. Ciò che, come si è accennato, potrebbe, ulteriormente, accentuare la convenienza del datore di lavoro a "rischiare" il licenziamento nei confronti dei lavoratori neo-assunti. *Contra*, A. GARILLI, *Nuova disciplina,* cit., secondo cui «nel regime vigente per i rapporti di lavoro costituiti in data anteriore al d.lgs., la revoca agevolata trova applicazione solo nell'ambito di riferimento dell'art. 18 St. lav. (che copre anche i licenziamenti collettivi)».

([308]) G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 187.

([309]) E. GRAGNOLI, *Il licenziamento individuale,* cit., 1062. Nel medesimo senso S. MAINARDI, *L'ordinamento italiano e le "tutele crescenti" contro i licenziamenti illegittimi*, in *Arg. dir. lav*., 2017, 4,5, 845.

([310]) Corte Giust. Ue, 8 giugno 1994, C- 383/92.

([311]) Ritiene che il meccanismo della conciliazione standard «possa ulteriormente (e cioè in aggiunta alla già ridotta tutela in giudizio) spingere i datori di lavoro a trasgredire la procedura sindacale» con la conseguenza di rendere il regime sanzionatorio nel suo

Si tratta di una questione che l'ordinanza del Tribunale di Roma 26 luglio 2017, pur (si potrebbe obiettare) promossa nell'ambito di un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117, comma 1, della Costituzione ([312]); ciò in quanto - «travolto l'art. 3, risultano contestabili quegli altri articoli del decreto legislativo che vi rinviano» ([313]), tra cui, appunto, l'art. 10 ([314]), pur se la dottrina ha rilevato come – fermo il possibile monito da parte della Consulta - spetti, in definitiva, al legislatore l'individuazione dell'entità della tutela risarcitoria ([315]).

Vero è, tuttavia, che dette disposizioni non esauriscono il novero delle misure sanzionatorie, posto che, nel nostro ordinamento, la violazione delle procedure sindacali è autonomamente sanzionabile ex art. 28 Stat. lav. Occorrerà dunque, verificare anche il possibile contenuto del decreto ex art. 28 Stat. lav., come di seguito si dirà.

## 4. La mancata inclusione dei dirigenti.

Perplessità ha, poi destato la mancata espressa considerazione dei dirigenti nell'ambito della disciplina relativa ai licenziamenti collettivi, di cui al d.lgs. n. 23/2015.

Sono note le vicende che hanno portato, dopo la condanna dell'Italia ([316]) alla previsione – in caso di licenziamento collettivo - di separate procedure di consultazione sindacale e all'introduzione di una tutela indennitaria (compresa tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto) per i dirigenti illegittimamente licenziati «fatte salve le diverse previsioni sulla misura dell'indennità contenute nei contratti e negli accordi collettivi applicati al rapporto di lavoro» (art. 24 l. n. 223/1991) ([317]). In tale contesto, la mancata previsione di un diverso regime sanzionatorio per i dirigenti assunti a far data dal 7 marzo 2015 porta, necessariamente,

---

complesso non rispondente ai requisiti (effettività, proporzionalità, dissuasività) imposti dalla direttiva comunitaria A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. it. dir. lav*., 2, 2015, 215 ss.

([312]) Tribunale Roma, 26 luglio 2017, est. Cosentino, in *www.dejure.it*

([313]) F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *Lav. giur*., 2017, 10, 897. Tra i primi commenti all'ordinanza, v. A. PERULLI, *Una questione di "valore": il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, in *Dir. rel. ind*. 2017, 1059; V. FERRANTE, *È costituzionalmente legittima la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo contenuta nel* Jobs Act?, in *Dir. rel. ind*., 2017, 1184; P. ICHINO, *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *http://www.pietroichino.it/?p=46087.*

([314]) Con riferimento alla disciplina del licenziamento individuale, si è notato in dottrina che «il problema del d.lgs. n. 23/2015 non è la riduzione del livello di protezione, perché è stato introdotto un sistema con il quale convive gran parte dei prestatori d'opere italiani …il tema è l'irrazionale contrapposizione tra i neoassunti e il personale in servizio». E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo,* in *Dir. rel. ind.,* 2017, 1208 ss. Vero è, peraltro, che tale argomento (debolezza della tutela, nelle aziende di medio piccole dimensioni, ex art. 8 l. n. 604/66) non è spendibile con riferimento al licenziamento collettivo. Così, ad esempio, in base al disposto dell'art. 10 d.lgs. n. 23/2015 il lavoratore neo-assunto addetto ad unità produttiva che non superi i quindici dipendenti, in caso di licenziamento illegittimo intimato in violazione dei criteri di scelta, avrà diritto ad un'indennità compresa tra le due e le sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, utile per il calcolo del trattamento di fine rapporto, in relazione all'anzianità di servizio; a differenza del collega, addetto alla medesima unità, ma assunto prima del 7 marzo 2015, il quale in caso di violazione dei criteri di scelta avrà sempre accesso alla tutela reintegratoria.

([315]) P. TOSI, F. LUNARDON, *Licenziamento individuale – regime sanzionatorio - cronaca di un'ordinanza … annunciata,* in *Giur. it*., 2017, 10, 2169.

([316]) Corte Giust. Ue 13 febbraio 2014, C-596/12.

([317]) La disposizione sembra riferirsi alla diversa misura dell'indennità eventualmente prevista dai contratti collettivi in caso di licenziamento collettivo. In ogni caso, l'art. 19 del c.c.n.l. Dirigenti Industria del 30 dicembre 2014 espressamente esclude che l'indennità "supplementare" trovi applicazione in caso di licenziamento collettivo.

a ritenere applicabile agli stessi la disciplina sanzionatoria di cui all'art. 24 l. n. 223/1991 e non "revocabile" ex art. 5 d.lgs. n. 23/2015 il licenziamento agli stessi intimato.

Si avrà, così, l'effetto – del tutto anomalo nella sistematica legale dei licenziamenti ([318]) – che, per un neo-assunto (a far data dal 7 marzo 2015), l'acquisizione della qualifica dirigenziale comporta il "passaggio" ad un regime di tutela ben più favorevole, in caso di licenziamento collettivo.

Con l'ulteriore effetto che, ad esempio, gli pseudodirigenti potranno assommare la maggior tutela loro garantita – da granitica giurisprudenza – in caso di licenziamento individuale illegittimo, con quella agli stessi spettante, per effetto dell'inquadramento "di maggior favore" nel caso di licenziamento collettivo illegittimo ([319]). Pur se desta indubbie perplessità l'idea che il dirigente possa invocare, a seconda della convenienza, l'inquadramento formale o la situazione sostanziale.

## 5. Le ricadute indirette della dir. 2001/23/Ue in tema di trasferimento d'impresa.

Indirette, ma importanti ricadute in ordine all'applicazione del d.lgs. n. 23/2015 derivano, poi, dalla disciplina di matrice comunitaria in tema di trasferimento d'azienda, in particolare nel caso di licenziamenti collettivi disposti all'esito di "cambi d'appalto" ([320]).

La giurisprudenza ([321]) ha posto in luce come, ove – secondo un'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 29 d.lgs. n. 276/03 (precedente la sua modifica, ad opera della l. n. 122/2016) – il "cambio d'appalto" configuri un vero e proprio trasferimento d'azienda, il criterio della "anzianità di servizio" debba essere applicato computando anche l'anzianità pregressa dei lavoratori, maturata alle dipendenze del cedente. In sostanza, ove – malgrado l'assenza di un rapporto contrattuale diretto tra i due appaltatori - abbia luogo il «passaggio di beni di non trascurabile entità e tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa» ([322]), secondo un'interpretazione comunitariamente orientata del "vecchio" art. 29 d.lgs. n. 276/03 (e, oggi, alla luce dell'espresso disposto della disposizione) ([323]), si configura un trasferimento d'azienda.

La palese violazione dei criteri di scelta (per non avere il datore di lavoro tenuto conto, nell'applicazione del criterio dell'"anzianità", di quella pregressa, già maturata dai lavoratori presso il cedente) comporta dunque per i lavoratori già in forza presso il "cedente" prima del 7 marzo 2015 l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata, secondo il regime previgente il c.d. *Jobs Act*.

La pronuncia ([324]) offre, forse, uno spunto per l'interpretazione dell'art. 7 d.lgs. n. 23/2015: ove il subentro nell'appalto si configuri quale vero e proprio trasferimento d'azienda, la disciplina applicabile, in caso di licenziamento collettivo, sarà quella derivante, appunto, dall'art. 2112 c.c.,

---

([318]) Cfr. anche S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, in *Questione Giustizia,* 3/2015, *http://www.questionegiustizia.it/rivista/2015/3/i-licenziamenti-collettivi-dopo-le-controriforme_272.php*.

([319]) Cfr. sul punto G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 176.

([320]) A di là di quanto disposto dall'art. 7 d.lgs. n. 23/2015. Cfr. A. SITZIA, *Computo dell'anzianità negli appalti*, in F. CARINCI, CESTER C. (a cura di), *Il licenziamento*, cit., 176 che rileva che la norma trova applicazione anche in caso di licenziamenti collettivi, stante il richiamo all'art. 3, co. 1 da parte dell'art. 10 d.lgs. n. 23/2015. M. M. MUTARELLI, *L'applicazione del nuovo regime di tutele per i licenziamenti ingiustificati ai lavoratori occupati negli appalti*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti*, cit., 137.

([321]) Trib. Torino, 12 agosto 2017, n. 15768.

([322]) Cfr. Cass. 16 maggio 2013, n. 11918.

([323]) Cfr. art. 30, co. 1, l. 122/2016. Sul punto V. A. SITZIA, *I licenziamenti collettivi,* in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, 329.

([324]) Trib. Torino, 12 agosto 2017, n. 15768.

appena tratteggiata. Al contrario, ove il lavoratore – pur in assenza di "trasferimento d'azienda", "passi" (per effetto di riassunzione) alle dipendenze del nuovo appaltatore, la disciplina sarà quella di cui all'art. 7 d.lgs. n. 23/2015, con computo della pregressa anzianità "nell'attività appaltata" esclusivamente ai fini del calcolo delle indennità spettanti in caso di licenziamento. Una recente pronuncia ([325]) di merito ha a tale proposito chiarito che, da un lato, l'art. 7 d.lgs. n. 23/2015 si applica anche in caso di licenziamento collettivo e che, dall'altro, va computata l'intera anzianità "nell'attività appaltata", anche se, in ipotesi, effettuata alle dipendenze di più appaltatori ([326]).

Ciò, fatta salva la eventuale presenza di una c.d. "clausola sociale" più favorevole al lavoratore la quale, tuttavia, non può tradursi in un obbligo di riassunzione automatica ed indiscriminata di tutti i lavoratori ([327]).

## 6. Le ricadute nel nostro ordinamento delle recenti sentenze della Corte di Giustizia C-429/16 e C-422/14.

Ulteriori spunti di riflessione, in ordine alla disciplina attuale del licenziamento collettivo (riferita tanto ai lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti, quanto ai lavoratori già in forza), derivano poi dalla più recente giurisprudenza comunitaria, relativa alla direttiva 98/58/Ue ([328]).

Come noto, ai sensi dell'art. 1 della direttiva 98/59/Ue, per il calcolo del numero dei licenziamenti previsti nel primo comma, lettera a), sono assimilate ai licenziamenti le cessazioni del contratto di lavoro verificatesi per iniziativa del datore di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore, purché i licenziamenti siano almeno cinque. La Corte di giustizia – con una "fuga in avanti" rispetto ai propri precedenti, che non può che destare perplessità - ha tuttavia recentemente chiarito che, ai sensi della direttiva, devono considerarsi veri e propri "licenziamenti" (cd. licenziamenti indiretti") - e non solo cessazioni del rapporto "assimilabili" al licenziamento - quelle modifiche sostanziali degli elementi essenziali del contratto per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore, disposte unilateralmente dal datore di lavoro a svantaggio del lavoratore il cui rifiuto dia luogo alla risoluzione del rapporto, trattandosi di fattispecie connotate, sostanzialmente, dalla "mancanza di consenso".

In tale senso deve essere letto il riferimento che la Corte fa (nella sentenza C-422/14) alla nozione di «licenziamento di cui all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a)», in contrapposizione alla nozione di "cessazioni assimilabili" di cui all'ultimo comma del paragrafo 1 dell'art. 1 ([329]). Ed

---

([325]) Trib. Torino 4 maggio 2017, n. 513, est. Mollo, in *Mass. Giur. lav.,* 2017, 794 con nota di A. VALLEBONA, *Licenziamento collettivo e tutele crescenti.*

([326]) Non va, invece, computata l'intera anzianità di servizio, se il lavoratore ha prestato la sua attività, nel periodo, nell'ambito di due diversi appalti.

([327]) Sul tema cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. III, 09 dicembre 2015 n. 5598. Sul tema cfr. da ultimo M. MONTINI, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, in *Lav. nelle p.a.*, 2015, 647.

([328]) Corte Giust. Ue, 21 settembre 2017, C-429/16; Corte Giust. Ue, 11 novembre 2015, C- 422/14.

([329]) Cfr. Corte Giust. Ue, 11 novembre 2015, C- 422/14, ove si legge: «con la terza questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la direttiva 98/59 debba essere interpretata nel senso che il fatto che un datore di lavoro proceda, unilateralmente e a svantaggio del lavoratore, ad una modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore stesso rientra nella nozione di «licenziamento» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), della medesima direttiva, oppure costituisce una cessazione del contratto di lavoro assimilabile a un siffatto licenziamento, a norma dell'articolo 1, paragrafo 1, secondo comma, di detta direttiva». La nozione di "licenziamento" di cui all'art. 1, paragrafo 1, primo comma,

in effetti, nella sentenza C-429/16 la Corte espressamente chiarisce che in tali casi devono essere esperite le consultazioni sindacali.

Né – per "neutralizzare" le ricadute delle pronunce nel nostro ordinamento - può obiettarsi che il *decisum* della Corte sia strettamente condizionato dallo specifico contesto normativo nazionale di riferimento: se è vero, infatti, che nel caso polacco la legislazione nazionale prevedeva espressamente la risoluzione del contratto quale conseguenza della mancata accettazione da parte del lavoratore delle modifiche "sostanziali" unilateralmente imposte dal datore di lavoro, non così, invece, nel caso spagnolo ([330]).

In sostanza, per dare corretta attuazione alla direttiva, gli stati membri devono prevedere (ove ricorrano i requisiti dimensionali e temporali di cui all'art. 1 della direttiva stessa) che il datore di lavoro che progetti di introdurre unilateralmente modifiche sostanziali degli elementi essenziali del contratto proceda, in tempo utile, alle consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori di cui alla direttiva 98/59/Ce, prevedendo sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive in caso di violazione del precetto.

E tuttavia, stante il chiaro tenore che il termine "licenziamento" assume nel nostro ordinamento ([331]), non sembra possibile dare alle disposizioni di cui all'art. 5, 24 l. n. 223/1991 un'interpretazione conforme alla direttiva.

Occorre, allora, interrogarsi, in particolare, se siffatta disciplina concerna anche le modifiche sostanziali delle condizioni di lavoro introdotte, per effetto di un trasferimento d'azienda, in forza di contrattazione collettiva di pari livello rispetto a quella precedentemente applicata dal cedente e in ipotesi peggiorativa, dalla quale possano conseguire le dimissioni di un rilevante numero di lavoratori, ove siano integrati i requisiti numerici prescritti dalla direttiva.

Ora, la risposta sembra negativa ove siffatta "sostituzione" sia gestita dai sindacati, tramite la stipulazione dei c.d. "contratti di ingresso". In tal caso, infatti, le predette modifiche sostanziali degli elementi essenziali del contratto non vengono disposte "unilateralmente" dal datore – come richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra richiamata – ma sono frutto di negoziazione collettiva.

---

lettera a) è, dunque, qui utilizzata in contrapposizione a quella di mera "cessazione assimilabile". La Corte – sulla scorta delle conclusioni dell'avv. generale Kokott del 3 settembre 2015 – afferma chiaramente che «la direttiva 98/59 deve essere interpretata nel senso che il fatto che un datore di lavoro proceda, unilateralmente e a svantaggio del lavoratore, ad una modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore stesso rientra nella nozione di «licenziamento» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), della medesima direttiva». Cfr. sul punto R. COSIO, *La nozione di "licenziamento" nella direttiva sui licenziamenti collettivi,* in *Lav. giur.*, 2016, 247. G. GAUDIO, *Licenziamenti collettivi: la nozione di "licenziamento" alla ricerca di una sua precisa identità,* in *Arg. dir. lav.*, 2016, 2, 401. Secondo l'avvocato generale Kokott – che richiama i precedenti della Corte, relativi alla necessità di fornire al giudice del rinvio una risposta utile (C-241/89) - malgrado la terza questione «sia unicamente volta ad acclarare se una cessazione del contratto, avvenuta nelle menzionate circostanze, possa essere qualificata come cessazione assimilabile a un licenziamento», è non di meno «necessario preventivamente esaminare se una modifica essenziale delle condizioni di lavoro da parte del datore di lavoro non debba essere già considerata quale licenziamento ai sensi della direttiva 98/59». Cfr. sul punto la posizione di M. RICCI, in M. RICCI, A. OLIVIERI, C. CORBO, *Nozione e procedura*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2017, 1192 ss.

([330]) G. GAUDIO, *Licenziamenti collettivi,* cit. sottolinea, peraltro, le peculiarità anche del caso spagnolo e osserva che «sarebbe stato più coerente se, in linea con i suoi precedenti giurisprudenziali, la Corte di Giustizia avesse precisato, nella declinazione del principio di diritto enucleato nelle sue conclusioni, la necessità dell'intervento di una effettiva cessazione del rapporto (anche solo a livello previsionale) a valle della modifica sostanziale delle condizioni di lavoro disposta unilateralmente dal datore di lavoro».

([331]) Cfr. Cass. 29 marzo 2010, n. 7519.

Più dubbia pare la questione là dove manchi siffatto accordo di ingresso e la modifica consegua alla scelta (unilaterale) del cessionario di applicare il contratto collettivo (di pari livello) vigente in azienda, in sostituzione di quello applicato dal cedente; ed infatti, sia pure "mediata" a valle dalla contrattazione collettiva, la modifica peggiorativa parrebbe, qui, frutto di determinazione unilaterale del datore di lavoro.

Ove, poi, la modifica della posizione sostanziale dei lavoratori per effetto del trasferimento d'azienda – modifica da cui possano derivare suddette risoluzioni contrattuali "di massa" ([332]) (tali da integrare i requisiti numerici prescritti dalla direttiva) - non trovi alcuna "copertura", neppure indiretta, nella contrattazione collettiva, sembra che, alle tutele sostanziali e procedimentali di cui alla direttiva 2001/23/Ue (art. 4, co. 2), debbano "sommarsi" - secondo il legislatore comunitario - quelle di cui alla direttiva 98/59/Ue. Si cadrebbe, qui, in sostanza, nell'ambito delle risoluzioni "non consensuali".

Poiché, tuttavia, le disposizioni di una direttiva non correttamente attuate non sono direttamente invocabili in giudizio dai lavoratori, nei confronti dei datori di lavoro privati, nelle fattispecie in cui ricorrano i requisiti numerici prescritti dalla direttiva 98/59/Ue - più stringenti, invero, rispetto a quelli previsti dal legislatore nazionale - (nelle more di un'eventuale sentenza di condanna della Corte di giustizia), non essendo praticabile un'interpretazione conforme del diritto nazionale, sembrerebbe aperta la strada della denuncia di illegittimità costituzionale della disciplina nazionale per violazione degli articoli 11, 117 Cost. ([333]).

Analoghi interrogativi valgono, come già evidenziato dalla dottrina, con riferimento alla recente disciplina di cui all'art. 2103 c.c.

Così, ad esempio, si dovrebbero "computare" - secondo il legislatore comunitario ([334]), ricorrendo i requisiti numerici di cui alla direttiva - nel novero dei "licenziamenti indiretti" anche le modifiche delle condizioni essenziali di lavoro, conseguenti al (legittimo) esercizio dello *ius variandi*, ex art. 2103 c.c. ([335]); quantomeno ove si ritenesse che la conservazione dell'inquadramento e della retribuzione precedentemente goduti, di cui al co. 2 del medesimo articolo non siano, di per sé, garanzie sufficienti a scongiurare il carattere "sostanziale" delle modifiche alle condizioni "essenziali" del contratto.

Non così, parrebbe, ove dette modifiche siano disposte in applicazione del quarto comma del medesimo articolo, stante la mediazione "sindacale" e dunque il carattere non unilaterale delle modifiche stesse, o in applicazione del comma sei: la stipulazione di "patti in deroga"([336]), in sede "protetta", a tutela di individuati "interessi" del lavoratore sembra, infatti, riconducibile piuttosto

---

([332]) Cfr. art. 2112, co. 4, e art. 4, co. 2 della direttiva 2001/23/Ue.

([333]) Ovvero la richiesta di danni nei confronti dello Stato, inadempiente all'obbligo di trasporre correttamente la direttiva, laddove siano integrati i requisiti previsti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte Giust. Ue, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, Francovich).

([334]) Con conseguente necessità di denunciare la illegittimità costituzionale della disciplina in oggetto, per violazione degli articoli 11, 117 Cost.

([335]) Cfr. A. RIEFOLI, *I presupposti di applicabilità della disciplina sui licenziamenti collettivi al vaglio della Corte di Giustizia,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2016, 699. M. RICCI, in M. RICCI, A. OLIVIERI, C. CORBO, *Nozione*, cit. Ritiene invece G. GAUDIO, *Licenziamenti collettivi*, cit., che sia «necessario … per poter considerare tali modifiche rilevanti ai fini della disciplina in tema di licenziamenti collettivi, che tale potere di assegnazione a mansioni inferiori sia esercitato, perlomeno nelle intenzioni del datore di lavoro, come alternativa ad un esubero».

([336]) Cfr. in generale M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.,* 2015, 1156 ss.

alle modifiche "consensuali" del contratto, per le quali non è imposto il rispetto delle procedure sindacali.

Due sentenze, dunque, che sembrano capaci di produrre un importante impatto nel nostro ordinamento, senza che un così significativo "*revirement*" sia stato convincentemente motivato ([337]) e davvero soppesato dai giudici della Corte.

## 7. La c.d. efficacia "sanante" degli accordi sindacali.

Ulteriore questione, comune ai vecchi e ai nuovi assunti, sulla quale esplica la sua efficacia la direttiva 98/59/Ue, riguarda poi la c.d. efficacia "sanante" degli accordi sindacali.

Ora, secondo l'interpretazione che pare preferibile, il co. 12 dell'art. 4 della l. n. 223/91 – ai sensi del quale gli eventuali vizi della comunicazione di apertura possono essere sanati «nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo» - trova applicazione anche ai licenziamenti collettivi intimati ai lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti, poiché le specificità del c.d. "*Jobs Act*" attengono unicamente alla disciplina sanzionatoria ([338]).

Ai sensi dell'art. 2, co. 3 della direttiva 59/98/Ce, «affinché i rappresentanti dei lavoratori possano formulare proposte costruttive, il datore di lavoro deve in tempo utile e nel corso delle consultazioni fornire loro tutte le informazioni utili», comunicando per iscritto le "ragioni del progetto di licenziamento" e le ulteriori informazioni di cui al medesimo art. 2.

Ai sensi dell'art. 6 della direttiva, gli stati membri provvedono «affinché i rappresentanti dei lavoratori e/o i lavoratori dispongano di procedure amministrative e/o giurisdizionali per far rispettare gli obblighi» previsti dalla direttiva stessa.

Inoltre, secondo i principi del diritto comunitario (ed in particolare secondo il principio di leale cooperazione all'attuazione del diritto comunitario e di efficace trasposizione delle direttive) occorre che le sanzioni per il mancato rispetto degli obblighi imposti dalla direttiva siano "effettive, proporzionate e dissuasive" ([339]).

La direttiva comunitaria impone dunque – senza possibilità di eccezioni, riserve, o sanatorie – che i rappresentanti dei lavoratori ricevano un'informazione completa e trasparente in ordine alle ragioni "del progetto di licenziamento", il numero e le categorie dei lavoratori da licenziare e di quelli abitualmente occupati, nonché tutte le "informazioni utili" al fine di poter esercitare la loro funzione di controllo, in particolare al fine di attenuare le conseguenze derivanti dai licenziamenti

([337]) La Corte (C-422/12) ricorda bensì che «dalla giurisprudenza della Corte emerge che i licenziamenti si distinguono dalle cessazioni del contratto di lavoro le quali, in presenza dei presupposti di cui all'articolo 1, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 98/59, sono assimilate ai licenziamenti per la mancanza di consenso da parte del lavoratore» (Corte Giust. Ue, 12 ottobre 2004, C-55/02) ed ammette che «essendo stata la lavoratrice a chiedere la cessazione del contratto di lavoro sulla base dell'articolo 50 dell'ET, si potrebbe ritenere, *prima facie*, che essa vi abbia acconsentito». Tuttavia, afferma poi - a superamento della propria precedente giurisprudenza – che «resta il fatto che, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 54 e 55 delle conclusioni, la cessazione di detto rapporto di lavoro è imputabile alla modifica unilaterale apportata dal datore di lavoro a un elemento sostanziale del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona della lavoratrice stessa».

([338]) Nel medesimo senso G. PELLACANI, *Il licenziamento collettivo*, cit., 181.

([339]) Corte Giust. Ue, 8 giugno 1994, C-383/92.

collettivi (considerando 3 e 7 della direttiva 98/59/Ue). Ed il mancato rispetto di tali precetti non pare suscettibile di sanatoria, ad iniziativa dei sindacati, in quanto sottratto alla loro disponibilità.

Sarebbero, altrimenti, frustrati gli obiettivi stessi della direttiva, i quali, come noto, consistono nel perseguire il ravvicinamento delle diverse normative nazionali applicabili ai licenziamenti collettivi, onde garantire una «protezione di analoga natura dei diritti dei lavoratori nei vari Stati membri e promuovere il ravvicinamento degli oneri che le dette norme di tutela comportano per le imprese della Comunità» ([340]). Ciò, anche al fine di evitare l'effetto di "*dumping*" conseguente ai troppo diversi standard di protezione del lavoro tra Stato e Stato; non a caso, la base giuridica è costituita dall'art. 100 TCE (oggi art. 115 TFUE), diretto a consentire il ravvicinamento delle disposizioni che abbiano un'incidenza diretta sul funzionamento del mercato comune.

Non può, dunque, essere rimessa dalla legge di attuazione alla disponibilità delle parti sociali dei singoli stati membri la scelta di "sollevare" l'imprenditore dal necessario rispetto di quelle procedure, consentendo la "sanatoria" delle omissioni stesse.

Del resto, la stessa Corte di Giustizia ha riconosciuto che «la ragion d'essere e l'efficacia di consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori presuppongono la determinazione dei fattori da prendere in considerazione durante le medesime, dato che è impossibile condurre consultazioni in modo adeguato e in conformità ai loro obiettivi se non vengono determinati gli elementi pertinenti relativi ai licenziamenti collettivi previsti» ([341]).

Ora, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia e di legittimità, il principio secondo il quale il giudice nazionale deve interpretare l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo del diritto comunitario (qui della direttiva 59/98/CE), onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultimo (c.d. interpretazione conforme) trova un limite soltanto nei principi generali del diritto, in particolare in quello della certezza del diritto, nel senso che non può fungere da fondamento per un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale ([342]).

Occorre dunque interpretare l'art. 1, c. 45 l. n. 92/2012 in modo tale da garantire l'effetto utile della direttiva 98/59, onde evitare che gli obblighi incombenti sul datore di lavoro che intende procedere a licenziamenti collettivi siano ridotti rispetto a quelli dettati dall'art. 2 della direttiva: cosicché non possono essere ipotizzate sanatorie, qualora la comunicazione iniziale sia insufficiente e non vi sia una successiva comunicazione scritta che dia prova che il sindacato ha potuto partecipare alla trattativa con piena consapevolezza di ogni rilevante dato fattuale. Un'interpretazione conforme alla direttiva è quindi possibile, ma deve essere limitata alla riconosciuta possibilità di un'integrazione scritta delle informazioni stesse (richieste dall'art. 2, co. 3 dir.) nel corso della procedura, che colmi in tempo utile la lacuna e dia ai sindacati la consapevolezza di quali erano le iniziali carenze informative sulla base delle quali si è aperto il confronto ([343]).

---

([340]) Corte Giust. Ue 11 ottobre 2004, C-55/02.
([341]) Corte Giust. Ue 10 settembre 2009, C-44/08.
([342]) V., in tal senso, Corte Giust. Ue 4 luglio 2006, C-212/04, Corte Giust. Ue 23 aprile 2009, C-378/07.
([343]) Cfr. sul punto anche G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2015, 525, il quale – pur senza fare riferimento alla direttiva – ritiene che la norma vada intesa come riferita «ai difetti della comunicazione che non solo "si ritengono" sanati, ma che sono stati realmente sanati con le eventuali integrazioni in sede di esame congiunto». Secondo C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni,* in *Arg.*

## 8. I possibili esiti dell'azione di repressione della condotta antisindacale.

Prima delle recenti riforme del 2012-2015, erano state tutto sommato marginali le ipotesi in cui il sindacato aveva fatto ricorso allo speciale provvedimento ex art. 28 Stat. lav. al fine di ottenere – mercé l'ordine di "cessazione del comportamento e rimozione degli effetti" - il ripristino del rapporto di lavoro dei prestatori illegittimamente licenziati in violazione delle procedure sindacali, avendo i lavoratori stessi accesso alla reintegrazione ex art. 18 Stat. lav., tramite l'impugnazione del licenziamento collettivo.

Ora, con riferimento alle ipotesi di licenziamento individuale discriminatorio (per ragioni sindacali) la giurisprudenza prevalente ritiene che, ex art. 28 Stat. lav., sia possibile ordinare il ripristino ("di diritto comune") del rapporto e il pagamento delle retribuzioni, dalla messa in mora. E ciò, malgrado il lavoratore non abbia individualmente impugnato il licenziamento ([344]).

Anche con riferimento alle ipotesi di licenziamento collettivo viziato nelle procedure qualche pronuncia di merito (in fattispecie precedenti la cd. riforma Fornero) era arrivata a ritenere che il giudice, adito ex art. 28 Stat. lav., potesse ordinare il ripristino del rapporto ([345]) (ma non in base alla speciale disciplina di cui all'art. 18 Stat. lav., appannaggio esclusivo del lavoratore), malgrado il rispetto delle procedure non si configurasse quale requisito di validità del recesso ([346]).

In altre pronunce si muove dalla considerazione che l'esperimento delle procedure sindacali costituisca, piuttosto, requisito di efficacia del recesso, posto nell'interesse tanto del lavoratore, nella cui sfera giuridica l'atto di esercizio del potere (licenziamento) è destinato a produrre effetti (legittimato dunque all'azione individuale), quanto del sindacato, legittimato alla speciale azione di repressione della condotta antisindacale (plurioffensiva), per poi limitarsi a dichiarare "l'illegittimità" della procedura stessa con conseguente ordine di astenersi per il futuro dall'indicata condotta e - sotto il profilo della rimozione degli effetti – a ordinare l'affissione di copia del decreto nelle bacheche aziendali ([347]).

---

*dir. lav.,* 2012, 583, «il vizio può essere escluso da una conoscenza tardiva di alcuni dati, non dalla perdurante ignoranza a riguardo»; cfr. A. SITZIA*, I licenziamenti collettivi,* cit.; M. RICCI, in M. RICCI, A. OLIVIERI, C. CORBO, *Nozione*, cit.; F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, in *Giur. it.*, 2014, 452; P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92, in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.,* 2013, 242; M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, Roma, 2017.

([344]) Pret. Milano 20 giugno 1994, in *Riv. crit. dir. l*av., 1995, 110; Cass. 27 febbraio 2017, n. 48. Cass. 18 giugno 2008, n. 16517 (relativa ad una fattispecie di licenziamento individuale) secondo cui «la pronuncia emanata ai sensi dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori può interferire anche sulla regolazione dei contratti di lavoro, in quanto l'ordine di cessazione del comportamento antisindacale può comportare la rimozione e la cessazione degli effetti di determinati assetti, che interferiscono nei rapporti con i singoli lavoratori, pur se inerti nel far valere i loro diritti». Con ciò, sostanzialmente, parzialmente sterilizzando – in ragione della tutela dell'interesse sindacale – la portata del termine di decadenza, previsto per l'azione individuale di impugnazione del recesso.

([345]) Pret. Milano, 20 novembre 1995, in *Riv crit. dir. lav.* 1996, 401.

([346]) Cfr. P. LAMBERTUCCI, *La disciplina*, cit., 242 secondo cui, prima delle riforme, l'ordine giudiziale di cessare il comportamento illecito comporterà la necessità di rinnovare la procedura sindacale, ma la rimozione degli effetti - al fine di "ristabilire" la situazione preesistente all'illecito - non potrà che riguardare tutti gli atti di gestione del rapporto di lavoro, i quali potevano essere posti in essere solo a seguito del corretto svolgimento della procedura sindacale (nello specifico l'invalidità dei licenziamenti intervenuti)».

([347]) Cfr., con riferimento ad un'ipotesi di individuazione dei lavoratori da collocare in CIGS, Trib. Ivrea, 23 novembre 2005, est. Morlini, in *www.dejure.it*, secondo cui «l'organizzazione sindacale può tutelare esclusivamente l'interesse collettivo di cui è portatrice, ma non può certo agire per tutelare i diritti individuali dei lavoratori, quali certamente sono la riassunzione ed il pagamento dell'intera retribuzione».

La questione è stata, naturalmente, rivitalizzata per effetto della c.d. riforma Fornero (ed oggi del *Jobs Act*) essendosi dottrina e giurisprudenza interrogate sulla possibilità, per il sindacato, di ricorrere, o no all'art. 28 Stat. lav. per ottenere il ripristino del rapporto nel caso di violazione delle procedure sindacali, malgrado tale violazione venga oggi sanzionata, sul piano del rapporto di lavoro, unicamente con la tutela indennitaria. Ed è stata affrontata, dalla prima giurisprudenza di merito, con esiti contrastanti ([348]).

Una prima pronuncia – relativa a fattispecie successiva all'entrata in vigore della riforma Fornero - pur senza affrontare specificamente il tema della mutata cornice normativa di riferimento, considera inefficace il licenziamento intimato in violazione delle procedure ed ordina al datore di lavoro la riammissione in servizio dei lavoratori, nonché di dare corso alla procedura sindacale ([349]). Al contrario, una più recente pronuncia del Tribunale di Roma – relativa ai lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti - esclude che il sindacato possa ottenere ex art. 28 Stat. lav. un risultato (reintegrazione) precluso allo stesso lavoratore ([350]).

In merito si può forse affermare che, dalla speciale disciplina sanzionatoria conseguente la tempestiva impugnazione del licenziamento ad opera del lavoratore, di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015, traspare che l'esperimento delle procedure sindacali non si configura più quale requisito di efficacia del recesso, posto tanto a tutela dell'interesse del lavoratore, quanto a tutela del sindacato ([351]). Il corretto espletamento delle procedure sindacali di cui all'art. 4 è, bensì, diretto «sia a consentire una proficua partecipazione alla cogestione della crisi da parte del sindacato, sia a rendere trasparente il processo decisionale datoriale, in funzione della tutela dell'interesse del lavoratore potenzialmente destinato ad essere estromesso dall'azienda» ([352]) e, tuttavia, non essendo dette procedure configurate positivamente dal legislatore quale necessario presupposto per l'efficacia del recesso - non sembra esservi spazio (non solo per una tutela ripristinatoria, strumentale alla tutela degli interessi "sindacali" ([353]), azionabile ex art. 28 Stat. lav. ma neppure) per una pronuncia che ne attesti l'inefficacia, fino all'esperimento delle procedure.

In sostanza, ove l'azione per la repressione della condotta antisindacale sia esercitata prima dell'intimazione del licenziamento, il giudice ben potrà ordinare, ex art. 28 Stat. lav., l'esperimento (ancorché tardivo) di dette procedure; ove al contrario l'azione sia esercitata solo in un momento successivo, il giudice dovrà limitarsi ad ordinare al datore di lavoro l'astensione, per il

([348]) Con riferimento al regime di cui alla riforma Fornero, ritengono che il giudice, *ex* art. 28 Stat. lav. possa ordinare il ripristino del rapporto F. SCARPELLI, I *licenziamenti collettivi per riduzione di personale,* in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla riforma Fornero, 2012*, in *htp://www.wikilabour.it*; A. SITZIA, *I licenziamenti collettivi*, cit. Cfr. C. ZOLI, *I licenziamenti*, cit.

([349]) Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2015, est. Molinari, in *http://www.avvocatibgp.it/upload/sentenze%20lavoro/condottaantisindacale.pdf*. Cfr. A. TOPO, *Le sanzioni*, cit., 204, secondo cui, poiché la legge determina in modo esaustivo la sanzione nel caso di estromissione dei lavoratori senza osservanza dell'obbligo di comunicazione, «il giudice non sembrerebbe potere … imporre una sanzione atipica in presenza di una norma che, in relazione alla violazione, individua espressamente la sanzione applicabile».

([350]) Trib. Roma, 11 febbraio 2015, in *www.dejure.it,* la quale si limita ad ordinare la pubblicazione del decreto sulle bacheche aziendali per un periodo di un mese.

([351]) Peraltro, in linea generale, la dottrina ha sottolineato che portato della riforma è proprio quello di «far saltare il collegamento fra presupposti di legittimità e sanzioni»: nel senso che «è la concreta disciplina posta a valle dal legislatore a stabilire quando il rapporto deve considerarsi ancora in vita, in assenza dei presupposti sostanziali, e quando invece, pur sempre a fronte di tale assenza, il rapporto debba considerarsi cessato». C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione*, cit., 767.

([352]) Cass. 2 marzo 2009, n. 5034; Cass. 8 novembre 2003 n. 16805.

([353]) Essendo ammessa la tutela individuale dei diritti del lavoratore, *ex* art. 28 Stat. lav., solo nella misura in cui la stessa sia strumentale alla tutela dei diritti sindacali. Cfr., in linea generale, V. DI CERBO, Art. 28 Stat. lav., in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, vol. II, cit., 971.

futuro, dall'indicata condotta, accompagnata da adeguata pubblicità (ad esempio pubblicazione del decreto nelle bacheche aziendali) della condanna per condotta antisindacale.

Infine un cenno merita l'ulteriore questione – che nasce dall'intreccio tra disciplina statutaria e *Jobs Act* – relativa alla sorte dell'eventuale ricorso ex art. 28 Stat. lav. promosso dal sindacato avverso un licenziamento collettivo, laddove lo stesso venga poi unilateralmente revocato, nei confronti di tutti i lavoratori coinvolti; e cioè, se l'azione ex art. 28 Stat. lav. possa essere esercitata, o proseguire, nonostante l'intervenuta revoca.

Da un lato, infatti, l'art. 5 del d.lgs. n. 23/2015 espressamente esclude che – in caso di revoca – possano trovare applicazione "i regimi sanzionatori previsti" dal decreto stesso. Ma nulla dice circa i regimi sanzionatori previsti da fonti diverse (quali, in specie, l'art. 28 Stat. lav.). D'altro lato, secondo la costante giurisprudenza di legittimità – cui si può fare riferimento, per identità di *ratio* – l'eventuale transazione da parte del lavoratore della controversia individuale non preclude la proposizione o la prosecuzione dell'azione ex art. 28 Stat. lav., stante la diversità di soggetti, *petitum* e *causa petendi* che connota le due azioni; pur essendo preclusa – secondo detta giurisprudenza – una pronuncia "ripristinatoria". In definitiva, malgrado l'intervenuta revoca dei licenziamenti, il sindacato potrà proseguire nell'azione ex art. 28 Stat. lav., al fine di ottenere l'accertamento del carattere antisindacale della condotta e l'ordine di astensione per il futuro da condotte analoghe.

Così brevemente richiamate talune delle questioni attuali, in tema di licenziamenti collettivi, resta sottinteso che la questione centrale resta quella dell'individuazione del regime sanzionatorio, la cui disamina non rientra tuttavia nell'ambito del presente contributo introduttivo.

# I licenziamenti e le procedure concorsuali*

Andrea Lassandari

1. La protezione dei lavoratori nelle imprese sottoposte a procedure concorsuali: vecchi e nuovi problemi nell'ordinamento indifferente. 103

2. Il fallimento: i licenziamenti tra l'art. 2119 c.c. e l'art. 72. Le questioni aperte. 106

3. Sulla inapplicabilità dell'art. 72 legge fallimentare ai rapporti di lavoro subordinato. 108

4. Brevi rilievi sui licenziamenti posti in essere dal curatore e sulla tutela dei crediti dei prestatori. 112

5. Le altre procedure concorsuali. 118

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 354/2018

## 1. La protezione dei lavoratori nelle imprese sottoposte a procedure concorsuali: vecchi e nuovi problemi nell'ordinamento indifferente.

In un saggio risalente alla metà degli anni settanta, dedicato alla tutela dei lavoratori in caso di fallimento del datore, dopo una attenta analisi delle questioni esistenti si concludeva sottolineando la necessità, *de iure condendo*, di «sottrarre i lavoratori alla giugulante alternativa …tra difesa del posto di lavoro e difesa delle ragioni di credito per indennità di anzianità»[354].

In seguito, nello spazio di pochi anni, il contesto giuridico mutava radicalmente. Intanto per quel che concerneva i licenziamenti: divenuti, secondo una fortunata descrizione dottrinale, «impossibili»[355]. Anche in caso di fallimento[356].

Poi perché l'introduzione del "trattamento di fine rapporto", in luogo dell'"indennità di anzianità", e soprattutto la previsione dell'intervento del "fondo di garanzia" sdrammatizzarono in buona parte la questione della tutela dei crediti retributivi dei prestatori subordinati. Contemporaneamente d'altra parte a tali crediti veniva pure riservata protezione più elevata, al cospetto degli altri[357].

Gli anni ottanta videro progressivamente superare i vincoli al licenziamento, emersi con il "diritto del lavoro dell'emergenza"[358]. Tuttavia nell'importante riforma realizzata con la legge n. 223 del 1991 fu inserita una previsione che per lungo tempo ha poi rappresentato un imprescindibile riferimento, quanto alla gestione dei rapporti di lavoro, a fronte di procedure concorsuali: l'articolo 3.

Qui infatti, come noto, si individuava una specifica fattispecie di intervento straordinario di integrazione salariale, «per un periodo non superiore a dodici mesi»: operante qualora «la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata». Prevedendosi altresì la possibilità di una proroga, per un intervallo temporale «non superiore a sei mesi», laddove fossero invece ora emerse «fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività».

Ai sensi del comma 3 dell'articolo, si stabiliva infine che il «curatore, … liquidatore o … commissario» avessero «facoltà di collocare in mobilità, ai sensi dell'articolo 4, ovvero dell'articolo 24, i

---

[354] Cfr. P. G. Alleva, *Fallimento e tutela dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1975, 256.

[355] Così L. Mariucci, *I licenziamenti «impossibili»: crisi aziendale e mobilità del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1979, 1405. Vedi pure M. D'Antona, *L'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni nelle crisi aziendali: interessi pubblici, collettivi, individuali*, in *Riv. giur. lav*., 1983, I, p. 15 ss.; G. Ferraro, *Cassa integrazione guadagni e crisi aziendale nelle leggi sulla riconversione industriale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1979, p. 1000; M. Magnani, *Garanzia del salario e stabilità del rapporto di lavoro*, in *Riv. giur. lav*., 1978, I, p. 635.

[356] Infatti secondo l'art. 2, legge n. 301 del 1979, «all'articolo 25 della legge 12 agosto 1977, n. 675, dopo il sesto comma è aggiunto il seguente: "Con effetto dal 1 gennaio 1979, nel caso di fallimento di aziende industriali, oltre ad applicarsi le disposizioni di cui al comma precedente, ove siano intervenuti licenziamenti, l'efficacia degli stessi è sospesa e i rapporti di lavoro proseguono ai soli fini dell'intervento straordinario della Cassa integrazione per crisi aziendale dichiarata ai sensi dell'articolo 2 della presente legge, il cui trattamento può essere concesso per un periodo massimo di ventiquattro mesi, e del conseguente disposto del precedente articolo 21, secondo comma"». Cfr. G. Ferraro, *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav*., 1985, I, p. 163 e M. Cinelli, *Dissesto dell'impresa e tutela sociale dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav*., 1986, III, 193 ss.

[357] L'evoluzione della disciplina dei privilegi sui crediti di lavoro è parallela a quella concernente gli altri istituti. Cfr. G. Ferraro, *op. ult. cit*., p. 146 ss. Vedi più recentemente M. Marazza, V. Aniballi, *Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di M. Marazza, vol. IV, tomo 2, del *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Cedam, Padova, 2012, p. 2254 ss.

[358] Si veda il volume *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, a cura di R. De Luca Tamajo e L. Ventura, Jovene, Napoli, 1979, cui si deve la fortunatissima definizione dei provvedimenti legislativi giuslavoristici risalenti alla fine degli anni settanta.

lavoratori eccedenti», nei casi in cui non risultasse possibile la «continuazione dell'attività, anche tramite cessione dell'azienda o di sue parti» ovvero i livelli occupazionali potessero «essere salvaguardati solo parzialmente».

La norma ha suscitato dibattiti in dottrina: in particolare sulla esistenza o meno di un obbligo di presentare la domanda di intervento della cassa integrazione[359]. Sono state inoltre discusse le peculiari caratteristiche di quest'ultimo, apparendo in tal caso significativamente ridotta (se non eliminata) la discrezionalità della pubblica amministrazione sulla concessione[360].

Nei fatti comunque la richiesta di intervento della cassa integrazione straordinaria è stata sistematicamente presentata (e sempre concessa, per quel che si conosce): perché garantiva nella sostanza tutti gli interessi in gioco. Senz'altro quelli dei prestatori. Anche però dei creditori dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: considerati i maggiori oneri derivanti dal mancato intervento della cassa[361]; inoltre il possibile incremento di entrate conseguenti alla vendita od all'affitto del complesso aziendale o di sue parti autonome: operazioni indubbiamente favorite, dandosi al curatore il tempo necessario per tentarne la realizzazione, sempre dall'intervento in oggetto.

Ebbene nel 2012 la legge n. 92, all'art. 2, comma 70, ha abrogato proprio questo articolo, «a decorrere dal 1° gennaio 2016». Nell'immediato peraltro modificandone radicalmente caratteri e funzione: posto che il presupposto dell'intervento veniva ora legato alla sussistenza di «prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di

---

[359] Hanno manifestato dubbi sulla esistenza dell'obbligo o lo escludono senz'altro D. Garofalo, *Insolvenza dell'impresa e tutela previdenziale del reddito*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di M. Marazza, *op. cit*., 2431; G. Ferraro, *Le integrazioni salariali*, in G. Ferraro, F. Mazziotti, F. Santoni, *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Jovene, Napoli, p. 19 ss.; S. Liebman, *Il rapporto di lavoro nell'amministrazione straordinaria della grande impresa in crisi e nel fallimento a confronto*, in *Mass. giur. lav*., 1998, 972; F. Liso, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge 223/1991*, in *Riv. giur. lav*., 1993, I, 29; G. Pera, *Fallimento e rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav*., 1999, I, 239 ss.; A. Perulli, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav. rel. ind*., 1992, 563; P. Tosi, *Riforma fallimentare e rapporti di lavoro*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, 1229; M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi di impresa*, Angeli, Milano, 2013, 74; C. Zoli, L. Ratti, *La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizi provvisorio nel fallimento*, in *Mass. giur. lav*., 2017, n. 4, 202. Così pure la giurisprudenza prevalente. Si sono invece pronunciati per la sussistenza dell'obbligo P. G. Alleva, *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciale*, 2001, I, 685; A. Caiafa, *Procedure concorsuali: gestione del personale nelle ristrutturazioni e riorganizzazioni aziendali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2009, n. 5, p. 681 ss.; P. Chieco, *La disciplina delle eccedenze di personale nelle procedure concorsuali*, in *Riv. giur. lav*., I, 183 ss.; B. Meoli, S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Gli organi, gli effetti, la disciplina penalistica. Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore e A. Bassi, coordinato da G. Capo, F. De Santis, B. Meoli, vol. II, Cedam, Padova, 2010, 491 ss.; M. Miscione, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di B. Caruso, Jovene, Napoli, 1991, 317; G. Santoro Passarelli, *Commento all'art. 3* in *Legge 23 luglio 1991, n. 223. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1994, 907; F. Scarpelli, *La nozione e il controllo del giudice*, in *Quad. dir. lav. rel. ind*., 1997, n. 19, *I licenziamenti collettivi*, 65; G. Villani, *Relazioni industriale e procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 1996, 176 ss.. Sottolineano peraltro come l'obbligo derivi dalla considerazione delle ragioni e convenienze dei creditori M. Marazza, V. Aniballi, *op. ult. cit*., p. 2251 e A. Topo, *La gestione dei rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. merc. lav.*, 2005, 93.

[360] Parla di «sostanziale automaticità nella concessione», considerato che non devono «essere addotte particolari giustificazioni», S. Liebman, *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali: insolvenza dell'imprenditore e strumenti di tutela del lavoro subordinato*, in *Dir. rel. ind*., 1995, n. 1, 33 ss.. Vedi pure P. G. Alleva, *op. ult. cit.*,686; A, Caiafa, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Cedam, Padova, 2004, 37 ss.; P. Chieco, *op. cit*., 186; G. Ferraro, *op. ult. cit*., 19 ss.; M. Miscione, *op. cit*., 317; G. Santoro Passarelli, *op. cit*., 906; A. Topo, *op. cit*., 92 ss.; P. Tosi, *op. cit*., 1229; C. Zoli, L. Ratti, *op. cit*., 202.

[361] Cfr. P. G. Alleva, *op. ult. cit.,* 685, ove viene così descritta la funzione dell'art. 3, l. n. 223 del 1991: «non onerare la procedura di oneri finanziari; incoraggiare i lavoratori a restare uniti e a non disperdersi, così da salvaguardare il capitale umano dell'impresa; incentivare, favorire e privilegiare le intenzioni e i tentativi di subentro di nuovi soggetti economici». Vedi pure M. Marazza, V. Aniballi, *op. cit*., 2251, P. Chieco, *op. cit*., 188 nonché A. Topo, *op. cit*.

occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali»[362].

È seguito allora un breve "interregno" in cui si è cercato, non senza difficoltà alla luce del nuovo testo, di conciliare le esigenze dei prestatori e dei creditori. Mentre a partire dal 2016 - oramai assente qualunque specifico dispositivo giuslavoristico, funzionale a gestire le situazioni analizzate – le scelte degli operatori coinvolti, giudici compresi, hanno mostrato notevole incertezza e confusione.

La sensazione è che il dibattito illustrato nel saggio di metà anni settanta, di cui si diceva, sia in effetti ritornato attuale, quanto innanzitutto alle intricate relazioni tra diritto del lavoro e diritto delle procedure concorsuali: sistemi storicamente "incomunicanti", posti di nuovo semplicemente uno di fronte all'altro.

In definitiva oggi la principale differenza, nell'ottica dei lavoratori, rispetto a quanto allora osservato, concerne la garanzia della tutela dei crediti, per quel che riguarda il "trattamento di fine rapporto" nonché le ultime tre mensilità.

Non si tratta certo di elemento irrilevante. Anche se in un mercato del lavoro oramai del tutto frammentato, con presenze massicce di lavoratori precari, anche non subordinati[363], pure l'articolo 3 della legge n. 223 del 1991, quale unico strumento esistente, mostrava profondi limiti. Mentre lo stesso "trattamento di fine rapporto" finisce oggi con il perdere, per numeri crescenti di lavoratori dipendenti, il significato storicamente assunto: non infrequentemente in effetti garantendo, considerata la breve durata dei rapporti, somme tutt'altro che elevate (anche non superiori all'"indennità di mancato preavviso").

Emergono pertanto allo stato molteplici problemi, alcuni dei quali noti, anche se in parte dimenticati o rimossi; altri invece del tutto nuovi, strettamente legati alle contemporanee dinamiche di mercato.

Nel frattempo alla fine della legislatura, con legge n. 155 del 2017, è stata approvata "delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza". Qui tra i «principi generali» assume rilievo, ai sensi della lettera p) dell'art. 2, quello di «armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori» disposte in ambito sovranazionale[364]; mentre a proposito della «procedura di liquidazione giudiziale», l'art. 7, co. 7, specifica che «la disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato è coordinata con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione

---

[362] Cfr P. Tullini, *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 205 ss. e M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi d'impresa*, *op. cit*., 76 ss.

[363] Alle problematiche specificamente riferite a questi prestatori dedicano attenzione P. G. Alleva, *op. ult. cit.,* 679 e L. De Angelis, *Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006*, in *Foro it.*, 2007, V, 89.

[364] Il testo indica esattamente: «armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta sociale europea, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata ai sensi della legge 9 febbraio 1999, n. 30, e nella direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2008, nonché nella direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea». Le direttive menzionate concernono rispettivamente la tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro nonché il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in casi di trasferimento di imprese.

salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione al passivo»[365]. Segue tuttavia anche questa volta, trattandosi di un costante compagno di viaggio della legislazione dell'ultimo decennio (almeno), la previsione dell'art. 16 per cui «dall'attuazione della presente legge e dei decreti legislativi da essa previsti … non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»: la qual cosa, solo che si pensi alle connessioni appena richiamate con «le forme assicurative e di integrazione salariale», assume a sua volta non irrilevante importanza.

Non è chiaro se, oramai in piena campagna elettorale, si riuscirà ad affrontare in modo adeguato problematiche così delicate. Certo è tuttavia che nella diciassettesima legislatura, in presenza di una crisi economica senza precedenti nella storia repubblicana ed a fronte di un intervento normativo sul lavoro di cui l'unica cosa non discutibile è l'imponenza, ci si sia limitati ad assistere, piuttosto distrattamente, al progressivo accantonamento dell'unico strumento esistente, rappresentato appunto dall'articolo 3, legge n. 223 del 1991: in attesa della eliminazione, programmata nel 2012 e regolarmente avvenuta il 31 dicembre 2015.

Nelle pagine che seguono si approfondirà – nel più ampio ambito problematico brevemente richiamato - la specifica questione, pur evidentemente centrale, del raccordo tra procedure concorsuali e licenziamenti: la quale impone di ritornare su interpretazioni ed acquisizioni anche risalenti, in un dibattito per la verità mai giunto ad esiti del tutto assestati e soddisfacenti.

Si precisa inoltre che, considerata l'esistenza di distinte discipline delle procedure concorsuali, verranno inizialmente analizzate le più complesse questioni connesse al fallimento. Quindi, a partire dalle conclusioni in tal caso raggiunte, ci si confronterà con le restanti fattispecie.

## 2. Il fallimento: i licenziamenti tra l'art. 2119 c.c. e l'art. 72. Le questioni aperte.

A proposito dei licenziamenti, una volta eliminato l'art. 3 della legge n. 223 del 1991, torna ad assumere rilievo, come unico riferimento normativo esistente nell'ordinamento giuslavoristico, il co. 2 dell'art. 2119 c.c.: qui si dispone che «non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda».

Su questa esclusiva, esile base si deve allora tornare ad affrontare all'incirca le medesime questioni analizzate nel saggio citato di Nanni Alleva, alla metà degli anni settanta. E cioè se gli effetti sul rapporto di lavoro subordinato generati dal fallimento consistano, secondo tre opzioni alternative: «a) nello scioglimento *de iure* del contratto; b) nel suo 'arresto', che diviene definitivo, trasformandosi in estinzione se gli organi fallimentari non decidono di subentrare nel contratto; c) nella sua continuazione pura e semplice con la curatela»[366].

Se la prima ipotesi appariva «inaccettabile» già allora, per palese contrasto proprio con l'art. 2119 c.c. – da cui è sempre stato dedotto che fosse il licenziamento a determinare la risoluzione del rapporto, anche in presenza di fallimento e liquidazione coatta amministrativa; e che restasse nel contempo comunque fermo, in tali casi, il diritto al preavviso da parte del lavoratore[367] - erano la seconda e la terza a dividere gli interpreti: la seconda tuttavia, basata sull'art. 72 del r.d. 16 marzo

[365] Cfr. M. Magnani, *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*-348/2017, 6.
[366] Così P. G. Alleva, *Fallimento e tutela dei lavoratori*, *op. cit*., 213 ss.
[367] Cfr. M. De Luca, *I diritti dei lavoratori nel fallimento*, in *Riv. it. dir. lav*., 1984, I, 628 ss., ed ora M. Marazza, V. Aniballi, *op. cit*., 2244 nonché M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi d'impresa*, *op. cit*., 68 ss.

1942, n. 267 (d'ora in poi legge fallimentare), risultando in definitiva preferita, soprattutto in giurisprudenza, anche perché apparentemente in grado di realizzare una composizione proprio con la norma codicistica. Infatti «da una parte l'art. 72 … non comporta l'estinzione automatica del rapporto, e dall'altra l'art. 2119, comma 2°, non dispone la continuazione automatica di quello di lavoro: nulla quindi si opporrebbe a ritenere che anch'esso entri nella fase di 'arresto', salve poi le diverse possibilità conseguenti alle determinazioni del curatore»[368].

Nella originaria formulazione l'art. 72 si riferiva però esclusivamente al contratto di compravendita: l'applicazione della disposizione ai rapporti di lavoro derivando da indirizzo che la riteneva operante per la generalità dei contratti sinallagmatici. Oggi, a seguito delle modificazioni intervenute nel 2006, il medesimo concerne invece l'insieme dei «rapporti pendenti»[369]: ciò rafforzando ulteriormente la tesi della "felice coabitazione" (se così la si può definire) tra l'art. 2119 c.c. e l'art. 72, riproposta in effetti da diversi autori anche di recente[370].

Quando l'art. 72 legge fallimentare – venuto meno l'art. 3, legge n. 223 del 1991, che ne aveva di fatto (prima che diritto) bloccato l'utilizzo – ha cominciato tuttavia ad essere diffusamente impiegato, sono apparsi non pochi profili problematici, innanzitutto considerando gli interessi dei prestatori. Perché in conseguenza di ciò si presenta di fronte a questi ultimi, il cui rapporto di lavoro viene sospeso a tempo indeterminato senza retribuzione, la non splendida alternativa tra «mettere in mora» il curatore, ai sensi dell'art. 72, co. 2 (in tal modo giungendosi *ex lege* allo scioglimento del contratto, in assenza di determinazioni di quest'ultimo)[371] e dimettersi (con l'articolo 2119 c.c. che tuttavia impedisce ciò avvenga per giusta causa!)[372]. In entrambi i casi risultando peraltro incerto il diritto a percepire la Naspi, una volta risolto il rapporto.

---

[368] Così P. G. Alleva, *op. ult. cit*., 214 e 215.

[369] La modifica si deve all'art. 57, d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Sui generali caratteri della nuova regolamentazione, quanto in particolare alle connessioni con il diritto del lavoro, cfr. F. Alleva, *Prime note critiche in tema di riforma fallimentare*, in *Riv. giur. lav*., 2006, I, 103 ss. e P. Tosi, *op. cit*., 1223 ss. Vedi pure A. Corrado, *La riforma della legge fallimentare: implicazioni giuslavoristiche del d. lgs. n. 5/06; parte prima: aspetti generali ed effetti del fallimento sui rapporti di lavoro pendenti*; *parte seconda: l'esercizio provvisorio e l'affitto dell'azienda*; *parte terza: l'accertamento dello stato passivo e giudizi di impugnazione*, in *Riv. crit. dir. lav*., 2006, 19 ss., 357 ss., 693 ss. Ai sensi del comma primo del nuovo testo dell'art. 72, «Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto». Risultano rilevanti, nell'economia delle questioni qui approfondite, pure i commi 2 e 4 dell'articolo, secondo cui, rispettivamente «Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto»; inoltre «In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno».

[370] Cfr. pure Cass., 14 maggio 2012, in *Foro it*., 2012, I, c. 2357 nonché da ultimo Cass., 4 ottobre 2017, inedita. Si vedano in dottrina A. Corrado, *op. ult. cit*., 27; L. De Angelis, *op. cit.,* 88; M. Magnani, *Crisi dell'impresa*, *op. cit*., 20 ss.; A. M. Perrino, *Contratto di lavoro in corso e fallimento: strumenti antichi e questioni nuove*, in *Foro it*., 2012, I, c 2363; R. Pessi, *Profili giuslavoristici nelle procedure concorsuali*, in *Lav. prev. oggi*, 2010, 336 ss.; C. Zoli, L. Ratti, *op. cit*., 201. *Contra* invece L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2017, 132; N. De Marinis, *Fallimento dell'impresa e rapporti di lavoro subordinati*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Ipsoa, Milano, 2007, 329; P. Tosi, *op. cit*., 1229; P. Tullini, *op. cit.,* 217 ss.; M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi di impresa*, *op. cit*., 64 ss. nonché *"Non guardarmi: non ti sento: diritto del lavoro e diritto fallimentare a confronto*, in *Lav. dir*., 2016, 859 ss.. Cfr. inoltre, in vigenza del precedente testo dell'art. 72 ma secondo argomentazioni riproponibili in buona parte pure oggi, P. G. Alleva *Fallimento e tutela dei lavoratori, op. cit*, nonché *La sorte del rapporto di lavoro …*, *op. cit.,* 673 ss.; M. De Luca, *op cit.,* 619 ss., P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 2003, 462; S. Liebman, *Il rapporto di lavoro …*, *op. cit*., 970; G. Pera, *Fallimento e rapporto di lavoro*, *op. cit*.

[371] Vedi il testo nella nota 16.

[372] Vedi *infra* il paragrafo successivo.

Mentre si affermano prassi ed indirizzi giurisprudenziali secondo cui, qualificata l'"indennità di mancato preavviso" (in cui si converte necessariamente il diritto al preavviso, una volta che il licenziamento retroagisca al momento della dichiarazione di fallimento) quale *species* di «risarcimento del danno», viene negato pure il diritto a «far valere … nel passivo» tale credito, ai sensi ora del quarto comma dell'art. 72[373].

Al di là di questi non secondari aspetti, è d'altra parte il contesto generato dall'applicazione dell'art. 72 – il quale suscita reazioni individuali volte a lasciare l'impresa, divenuta una sorta di "trappola": in particolare tra i lavoratori più qualificati - a ridurre fortemente nei fatti il rilievo di qualunque mediazione collettiva; inoltre e soprattutto ostacolare in modo significativo il tentativo di mantenere e recuperare almeno parte dell'attività produttiva: anche al fine di tentarne l'affitto o la vendita. Perché una impresa – o parte di impresa - senza prestatori qualificati diviene evidentemente ancora meno appetibile[374].

In tal modo però potendo essere penalizzate le ragioni di tutti i soggetti coinvolti: creditori dell'impresa fallita compresi, considerata la possibile perdita di valore del patrimonio in ipotesi liquidabile, a fronte di tali dinamiche[375].

Non si esclude che talora la sospensione dei rapporti di lavoro, pur senza retribuzione, possa costituire soluzione accettabile per i prestatori: evidentemente in attesa e nella speranza di soluzioni meno traumatiche della definitiva cessazione di attività. Tuttavia un conto è condizionare tale esito al positivo, esplicito consenso espresso dai prestatori stessi, come peraltro risulta possibile fare in applicazione delle regole concernenti il rapporto di lavoro; altra cosa invece è imporlo per legge, in relazione ad interessi ritenuti prevalenti (e sempre sussistenti, talora con prospettiva miope come si diceva) dei creditori.

Insomma la scoperta del fatto che l'art. 72, una volta concretamente operante, non si sposi poi così bene con l'ordinamento giuslavoristico (e previdenzialistico), ostacolando per inciso in alcuni casi pure una adeguata considerazione degli interessi dei creditori, impone intanto di verificare con attenzione se la tesi in oggetto risulti fondata.

## 3. Sulla inapplicabilità dell'art. 72 legge fallimentare ai rapporti di lavoro subordinato.

Alcune delle questioni segnalate sembrano per il vero risolvibili, alla luce di una corretta considerazione degli istituti come della loro funzione, anche ritenendo applicabile ai rapporti di lavoro subordinato l'art. 72 della legge fallimentare.

Ecco quindi che l'esclusione del diritto del prestatore di «far valere nel passivo» il credito alla "indennità di mancato preavviso" appare sotto più profili errata. Intanto perché a quest'ultima deve essere riconosciuta natura retributiva e non risarcitoria. Ciò emergendo alla luce di

[373] Su tali riferimenti normativi vedi nota 16. Questo ad es. pare l'orientamento assunto dai giudici della sezione fallimentare del Tribunale di Reggio Emilia.
[374] Cfr. pure M. Magnani, *Crisi dell'impresa*, *op. cit*., 3 ss.
[375] Osserva giustamente M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi di impresa*, *op. cit*., 201, che «la conservazione dei complessi produttivi e la prosecuzione (anche prospettica) dell'attività d'impresa rappresenta, infatti, per i lavoratori, la via per salvaguardare il posto di lavoro, mentre per i creditori può rappresentare, se ben gestita, la strada per massimizzare il ricavo dalla procedura». Cfr. B. Libonati, *La crisi dell'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Giuffrè, Milano, 1985, 206; M. Magnani, *Crisi dell'impresa*, *op. cit*., 3 ss.; L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007, 67 ss.; P. Tullini, *op. cit*., 200.

molteplici consolidati elementi: senz'altro l'incontestata considerazione di tale indennità nella nozione di retribuzione, ai fini del calcolo del "trattamento di fine rapporto" (nonché di numerose ulteriori voci) come degli obblighi contributivi[376]. Anche però il riconoscimento della medesima, in termini cumulativi rispetto alla indennità - questa invece senz'altro risarcitoria - di cui all'art. 18, co. 5, legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012: sul presupposto appunto di una differente natura come funzione[377].

D'altra parte nell'economia del testo dell'art. 72, co. 4, legge fallimentare, è ben più plausibile considerare l'"indennità di mancato preavviso" quale credito «conseguente al mancato adempimento» piuttosto che integrante un «risarcimento del danno». Una differente opzione per inciso comportando la diretta violazione dell'art. 2119 c.c., co. 2: posto che in tal modo verrebbe meno il principale effetto, a tutela dei prestatori, derivante dalla norma codicistica.

Più complesso sembra invece giungere ad un esito positivo per i lavoratori, a proposito del diritto alla Naspi: perché l'ipotetica (e ragionevole) equiparazione del recesso del lavoratore alle dimissioni per giusta causa … sembra proprio frontalmente contraddetta dall'art. 2119 c.c., co. 2; mentre la messa «in mora» del curatore, ai sensi dell'art. 72, co. 2, può gettare ombre sulla sussistenza del requisito della involontarietà della perdita dell'occupazione.

Non si esclude neanche ora la possibilità di giungere ad interpretazioni idonee ad affrontare i problemi sociali emergenti[378], le quali sarebbero peraltro senz'altro conformi ai principi informatori del sistema di sostegno del reddito: perché non vi è chi non veda come nella generalità dei casi tutto i lavoratori desiderino meno che interrompere la propria attività. Le norme specifiche però indubbiamente non aiutano.

Ebbene a giudizio di chi scrive risulta tuttavia errata l'interpretazione e prassi, che vuole l'art. 72 operare anche per i rapporti di lavoro subordinati, in relazione a molteplici ragioni ed elementi di seguito brevemente precisati. Mentre la formulazione del testo di questa disposizione - non più limitata come si diceva alla compravendita ma concernente l'insieme dei contratti - continua anche oggi a non impedire che si impongano in alternativa sistemi regolativi autonomi, in virtù dei profili generali di configurazione come delle disposizioni esistenti.

Ora non è dubbio che il diritto del lavoro si faccia (anche) portatore e garante di interessi, così come risulti sede di attenzione a bisogni, quelli dei prestatori, che hanno innanzitutto nel testo costituzionale il proprio fondamento: risultando necessario tornare a sottolineare, in un momento storico che l'ha dimenticato, il rilievo degli articoli 1, 2, 3, 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40 e 41 (in prima battuta) nella stessa dogmatica costituzionale. Con precisi e rilevanti effetti sugli stessi canoni interpretativi della disciplina positiva legislativa. Ciò generando appunto un ordinamento che si distacca in modo netto da tutti gli altri.

---

[376] Cfr. R. Diamanti, *Commento all'articolo 2118 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di R. De Luca Tamajo e O. Mazzotta, Cedam, Padova, 590.

[377] Cfr. Cass. 21 settembre 2016, n. 18508, inedita per quel che consta.

[378] L. De Angelis, *op. cit.*, 88, cita ad es. Cass. 26 gennaio 1988, n. 648, in *Foro it.*, Rep., 1988, voce Lavoro (rapporto), n. 1886, secondo cui «le dimissioni del lavoratore che adduca a giusta causa l'inadempimento della controparte, soggetta poi a procedura concorsuale (nella specie di amministrazione controllata), in ordine alla principale obbligazione di corrispondere la retribuzione pattuita, non possono considerarsi comprese nel divieto di cui all'art. 2119, comma 2, c.c. non trovando la loro causa nella procedura stessa, ma nella precedente inadempienza». Vedi pure G. Pera, *Fallimento …*, *op cit*., 239 e M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi d'impresa*, *op. cit*., 93.

Contemporaneamente d'altra parte è pure ben noto che, a partire dai limitati riferimenti contenuti negli artt. 2118 e 2119 c.c., sia stato sviluppato, in armonia (nel secolo scorso) proprio con i menzionati principi costituzionali, un articolato e complesso insieme di norme sui licenziamenti. All'interno del quale sono stati individuati presupposti di validità sostanziali e formali di questi ultimi.

Il punto è che tale sistema di regole risulta *in toto* contraddetto, dietro una apparenza superficiale di armonia, dall'applicazione dell'art. 72. Si consideri in effetti come, secondo quest'ultimo, non ci sia alcuna necessità di individuazione di una giustificazione, perché il rapporto si risolva: risultando allo scopo sufficiente la mera intenzione e dichiarazione di «sciogliersi» dal medesimo. Tantomeno siano previsti vincoli di forma e motivazione (e previo esperimento del tentativo di conciliazione, per i rapporti costituiti prima del 7 marzo 2015), ai sensi della legge n. 604 del 1966, ovvero di informazione e trattativa, come invece impone la disciplina della legge n. 223 del 1991.

Mentre nell'ipotesi in cui il curatore sia stato messo «in mora» dal lavoratore, il rapporto può addirittura risolversi senza alcun atto di recesso: sul mero presupposto cioè della decorrenza del termine fissato dal giudice delegato.

Emerge insomma in tal modo una evidentissima deroga rispetto alla specifica disciplina concernente il rapporto di lavoro subordinato, a sua volta ben ancorata al disegno costituzionale: la quale si ritiene possa essere considerata introdotta solo in presenza di esplicita precisazione del legislatore. Non certo di fronte ad un articolo di legge che si limita a prevedere regole diverse ed anzi incompatibili: aventi portata generale ma non per questo esclusiva ed esaustiva[379].

Senza dimenticare peraltro che della ipotetica, esplicita deroga in questione andrebbe verificata la conformità ai principi di diritto emergenti in sede costituzionale, sovranazionale ed internazionale: tra i quali assume rilievo quello della necessaria giustificazione del licenziamento nonché, a fronte di licenziamenti collettivi, della previa consultazione delle organizzazioni sindacali[380].

Di fronte tuttavia ad una regolamentazione in cui la dichiarazione di fallimento sospende indefinitamente il rapporto di lavoro, escludendo il diritto del prestatore alla retribuzione (se non addirittura alla "indennità di mancato preavviso", secondo l'orientamento già considerato), si evidenziano anche ulteriori rilevanti questioni di compatibilità con l'art. 36 della Costituzione, quanto in particolare alla garanzia di una retribuzione sufficiente ad assicurare una «esistenza libera e dignitosa» al lavoratore ed alla sua famiglia.

In effetti è vero che, in applicazione dell'art. 72 legge fallimentare, la decisione del curatore di risolvere il rapporto opererebbe retroattivamente: risalendo cioè al momento della dichiarazione di fallimento. Questo elemento, su cui si tornerà, oltre ad essere eventuale (perché il curatore potrebbe anche invece decidere per la prosecuzione) è tuttavia ovviamente ben lungi dal risolvere il problema concretissimo della garanzia di una (qualunque, in tal caso, più che idonea) retribuzione, a fronte di un rapporto *medio tempore* ancora esistente.

Mentre l'eventuale esclusione del diritto alla Naspi solleva analoghi forti dubbi di violazione dell'art. 38 del testo costituzionale, quanto al comma 2: intendendo il parametro di involontarietà

[379] Così P. Tullini, *op. cit*., 222. Cfr, pure P. G, Alleva, *Fallimento e tutela dei lavoratori .., op. cit*., 221.
[380] Cfr. M. Ferraresi, *Il giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2016, 3 ss. nonché E. Gragnoli, *La riduzione del personale*, Cedam, Padova, 2006, 141.

della disoccupazione in termini (doverosamente) non formalistici. Se non addirittura dell'art. 38, co. 1: reinterpretando ora - fino a quando almeno non sarà stato garantito a tutti i cittadini il diritto al lavoro, ai sensi dell'art. 4 della Costituzione …! - la nozione di inabilità al lavoro.

D'altra parte anche ulteriori aspetti della regolamentazione mostrano contraddizioni o comunque incongruenze.

Risulta intanto evidente che l'applicazione della norma fallimentare, secondo cui «la determinazione negativa» del curatore appunto «retroagisce … al momento della dichiarazione di fallimento», sia palesemente incompatibile con la «natura reale del preavviso»[381].

Ma anche optando, come da ultimo un indirizzo giurisprudenziale prevalente fa, per il rilievo obbligatorio del medesimo[382], resta la sicura anomalia di un atto di licenziamento, i cui effetti retroagirebbero ad un momento anteriore, anche tutt'altro che vicino[383].

Da ultimo sono state individuate fattispecie, ai sensi dell'art. 1, co. 41, legge n. 92 del 2012, ove ciò è stato esplicitamente previsto: si tratta del «licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare» nonché «del procedimento» di conciliazione obbligatoria regolamentato dall'art. 7, legge n. 604 del 1966, come modificato sempre dalla medesima legge del 2012. Ma l'espressa deroga – comunque non assoluta, facendosi salvo «l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico … in materia di tutela della maternità e della paternità» nonché connesso ad «impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro» - rende palese la sua eccezionalità: rafforzando altresì i dubbi di violazione di (differenti) norme costituzionali, in presenza di un meccanismo, come quello dell'articolo 72, che invece opererebbe sempre e comunque (e quindi pure durante la gravidanza e la malattia)[384].

Poi merita tornare sul rilievo, già formulato, secondo cui l'art. 2119 c.c., co. 2, «pone il divieto di licenziamento in tronco ad ambedue le parti contrattuali»[385]. Se si ritiene tuttavia che l'art. 72 determini la sospensione automatica del rapporto di lavoro, senza retribuzione, emerge una situazione che vede i vincoli contrattuali continuare ad operare solo per il prestatore. Questi infatti sarebbe tenuto a restare comunque «a disposizione», con «un atteggiamento che, se pure … non … coincidente con la prestazione, è ad essa equivalente, se non altro sotto l'aspetto dell'utile impiego delle energie lavorative». Tale «obbligatorio sacrificio» risultando inoltre «remunerato in moneta fallimentare, in caso di successiva determinazione negativa del curatore», attraverso l'"indennità di mancato preavviso"[386] (o non remunerato affatto, ove la medesima, come alcuni ritengono, sia addirittura perduta).

Ebbene questa asimmetria di obblighi, tutta paradossalmente a svantaggio della parte ritenuta invece nel diritto del lavoro (e nel disegno costituzionale) bisognosa di sostegno, penalizza i

---

[381] Cfr. P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 215 e 217.
[382] Cfr. R. Diamanti, *op. cit.*, 589.
[383] Cfr. M. De Luca, *op. cit.*, 621 nonché P. Tullini, *op. cit.*, 219.
[384] In tal caso è alla violazione degli artt. 3, 32, 35, 37 e 38 della Costituzione che sembra possibile fare riferimento. Cfr. in materia pure P. Tullini, *op. cit.*, 220.
[385] Così P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 218.
[386] Cfr. P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 219 e 220. L'autore precisa alla nota 16 che l'espressione «pagato in moneta fallimentare indica, nell'uso corrente, il soddisfacimento del credito attraverso le regole e la falcidia del concorso». In contrapposizione quindi al «pagamento in prededuzione dei crediti sorti direttamente verso la massa». Vedi su tali profili *infra* il paragrafo successivo.

lavoratori subordinati pure a confronto con gli ulteriori diversi contraenti dell'imprenditore fallito: perché negli altri rapporti giuridici la sospensione ex art. 72 legge fallimentare non si accompagna ad un contemporaneo blocco delle possibilità di reazione offerte al creditore danneggiato dall'ordinamento, come appunto invece avviene ai sensi dell'art. 2119 c.c.[387].

Insomma le incoerenze ed antinomie tra ordinamenti, lungi dall'essere occasionali, sembrano invece del tutto diffuse ed anzi sistematiche.

Ciò impedendo di accogliere le ricostruzioni favorevoli alla operatività dell'art. 72 legge fallimentare per i rapporti di lavoro subordinato: con riferimento pure a versioni più sofisticate, come quella di recente sviluppata in connessione al criterio di specialità. Da ciò deducendosi ad es., in modo opinabile, che «la motivazione del licenziamento individuale intimato dal curatore fallimentare al di fuori del campo di applicazione degli articoli 4 e 24 della legge 223/1991 può esaurirsi anche nel semplice fatto dell'avvenuta attivazione della procedura concorsuale e della volontà di non continuare nell'esecuzione del rapporto»; mentre si suppone, al contrario, operi il «requisito della forma scritta di comunicazione del recesso … in quanto la legge fallimentare nulla dice in merito alle modalità formali cui il curatore si deve attenere ove intenda sciogliersi dai rapporti contrattuali pendenti»[388].

Escluse allora soluzioni "pragmatiche" (che poco in verità allo stato risolvono: così perdendo la principale delle virtù normalmente possedute) ed "eclettiche" (le quali, fondate su basi discutibili, fanno sorgere pure notevoli incertezze di disciplina), sono la necessità di individuare una interpretazione di sistema costituzionalmente orientata nonché la chiara definizione ed autonomia della regolamentazione giuslavoristica, la quale risulta palesemente incompatibile con le norme contenute nell'art. 72 della legge fallimentare, ad imporre di escludere l'applicazione di queste ultime ai rapporti di lavoro subordinato.

## 4. Brevi rilievi sui licenziamenti posti in essere dal curatore e sulla tutela dei crediti dei prestatori.

Deve allora dedursi da quanto precisato che, per tornare alle tre ipotetiche alternative di cui si diceva, gli effetti generati dal fallimento sul rapporto di lavoro subordinato non possano che consistere «nella sua continuazione pura e semplice con la curatela»[389]: questa apparendo l'unica

[387] Quindi è vero che risulta oggi venuta meno la specifica disposizione, già contenuta sempre nell'art. 72, che permetteva al venditore di «scegliere di non dar esecuzione alla vendita», se remunerato appunto con «moneta fallimentare»: a differenza di quanto invece stabilito per il lavoratore. Così De Angelis, *op. cit*., 87. Cfr. sulla normativa precedente P. G. Alleva, *op. ult. cit.*, 220. Questo tuttavia non sembra permetta di dire che sia oggi venuta meno la condizione di svantaggio in cui il prestatore subordinato si trovava, rispetto agli altri contraenti. Cfr. pure P. Tullini, *op. cit*., 222, che rileva come «ai rapporti di lavoro sia riservato un trattamento peggiorativo rispetto ad altri rapporti parimenti onerosi (ad es. locazione, *leasing*) per i quali la legge fallimentare detta regole improntate alla tendenziale prosecuzione».

[388] Così Marazza, Aniballi, *op. cit*., 2248. Gli autori seguono il metodo per cui «si può sostenere che la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle imprese *in bonis* cede il passo alla legislazione fallimentare, fatta però salva l'ipotesi in cui non esistano disposizioni giuslavoristiche speciali che disciplinano alcuni aspetti del rapporto di lavoro proprio nell'ambito delle procedure concorsuali (art. 2119 c.c., 2° comma; art. 3, legge n. 223/1991; art. 47, legge n. 428/1990) e che proprio per questo prevalgono sul diritto fallimentare in quanto rispetto ad essi speciali» (2244). In effetti è contestabile quanto sostenuto descrivendo il metodo seguito, a proposito della generale prevalenza riconosciuta alla legge fallimentare. Cfr. pure P. Tullini, *op. cit*., 204 ss. Anche però ciò che da esso si deduce: intanto perché in relazione al rilievo attribuito all'art. 2119 c.c. potrebbe essere sostenuta la piena applicazione della legge n. 604 del 1966; inoltre perché non si comprende come si giunga a conclusioni distinte, a proposito della giustificazione e della forma dei licenziamenti. Tra l'altro il fatto che «la legge fallimentare nulla dice in merito alle modalità formali» pare interpretabile, esattamente al contrario di quanto sostenuto, come scelta per la libertà di forma e non come opzione agnostica.

[389] Così P. G. Alleva, *op. ult. cit*., 213 ss.

soluzione compatibile con quanto da sempre rilevato, ai sensi dell'art. 2119 c.c., co. 2 (a proposito – si ripete - della configurazione dell'atto risolutivo del curatore quale licenziamento nonché del conseguente diritto del prestatore al preavviso)[390]; soprattutto con il dettato costituzionale.

In conseguenza il curatore sarà vincolato dalle regole generali sui licenziamenti, pur con le correzioni di ordine interpretativo connesse allo specifico contesto in cui si opera[391]. Le quali tuttavia non pare proprio consentano di prescindere dalla dimostrazione della «sussistenza di ragioni organizzative aziendali» nonché del «loro rapporto di adeguatezza con i licenziamenti emanati», in caso di licenziamenti individuali; inoltre dal rispetto delle previsioni stabilite dalla legge n. 223 del 1991, a proposito del licenziamento collettivo[392].

L'abrogazione dell'art. 3 di quest'ultima legislazione tuttavia, oltre a produrre non secondari inconvenienti proprio in caso di licenziamenti collettivi, come si dirà, rende estremamente problematica l'individuazione di soluzioni adeguate, in relazione ai problemi in più occasioni menzionati.

In effetti può in conseguenza tornare a manifestarsi il più antico e noto dei "corti circuiti" creati dalle procedure concorsuali: quello della concorrenza, per i dipendenti delle imprese coinvolte, tra la veste di lavoratore e quella di creditore, posto che l'attenzione alla prima può andare a detrimento della seconda (e viceversa)[393]. Mentre non è neanche possibile dire, nell'ordinamento vigente, che in tal modo emergano molte maggiori possibilità, rispetto a quelle prospettabili a fronte di applicazione dell'art. 72, di realizzare l'unica operazione vantaggiosa per tutti i soggetti coinvolti (e tale da ricomporre la schizofrenica cesura, per i dipendenti, di cui si diceva): il salvataggio e la circolazione di almeno parte dell'impresa insolvente. Perché in carenza appunto di uno strumento come quello rappresentato dall'art. 3, legge n. 223 del 1991, ovvero di altro analogo, risulta estremamente complesso per il curatore attendere il tempo, normalmente non breve, necessario per procedere ad un affitto o vendita: tenuto conto del fatto che in tal modo si assottiglia il patrimonio residuo da distribuire e che non vi è in ogni caso certezza sull'esito positivo dell'operazione.

Ciò rendendo insomma di tutta evidenza come l'"indifferenza" del legislatore generi notevolissimi effetti negativi, qualunque sia la disciplina ritenuta operante.

Come che sia, fino all'abrogazione dell'art. 3, co. 3, legge n. 223 del 1991, la regolamentazione giuslavoristica disponeva con chiarezza, nei casi che vedono operare la disciplina sui licenziamenti collettivi, la collocazione «in mobilità, ai sensi dell'articolo 4 ovvero dell'articolo 24», dei lavoratori «eccedenti». Prevedendosi tuttavia pure una (opportuna) riduzione a trenta giorni del

---

[390] Salvo non si intenda sostenere che con le modificazioni dell'art. 72, introdotte nel 2006, si sia prodotta proprio una implicita abrogazione dell'art. 2119 c.c., comma 2. Unica conclusione per la verità coerente, rispetto all'indirizzo che oggi sostiene l'applicabilità dell'art. 72 ai rapporti di lavoro subordinato: la quale però è assai difficilmente sostenibile, applicando i canonici parametri interpretavi della legge. Infatti, al di là dei problemi di compatibilità costituzionale già richiamati, non risulta che nessuno si sia spinto fino a tanto: od abbia anche solo avanzato l'ipotesi.

[391] Cfr. su queste M. L. Vallauri, *Il lavoro …*, *op. cit*., 83 ss.

[392] Cfr. P. G. Alleva, *op. ult. cit*., 222. Vedi da ultimo, tra molti autori, R. Pessi, *op. cit*.., e M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 83 ss.. Si consideri però anche Marazza, Aniballi, *op. cit*.

[393] Pure altri lavoratori d'altra parte sono coinvolti. Si fa riferimento ai prestatori autonomi operanti presso l'impresa sottoposta a procedure concorsuali. Anche ai dipendenti delle imprese creditrici: i quali tuttavia, in quanto indirettamente beneficiari della (modesta) protezione riconosciuta ai creditori che godono di privilegio secondo ordine che li penalizza o sono addirittura chirografari, risultano per la verità pressoché sistematicamente sacrificati. Potendo tuttavia contare sull'intervento del fondo di garanzia, nei confronti evidentemente del proprio datore, ove emergano i presupposti.

termine di trattativa obbligatoria con le organizzazioni sindacali nonché l'(opportuna) eliminazione del «contributo a carico dell'impresa».

Al di là dei dubbi sollevati, quanto al significato dell'alternativo riferimento ai due distinti articoli[394], in presenza di un sistematico, previo utilizzo della cassa integrazione guadagni i licenziamenti sono comunque stati per lungo tempo quasi sempre effettuati in applicazione dell'articolo art. 4, l. n. 223 del 1991: sul presupposto però, come pure stabiliva la legge, della «non possibile continuazione dell'attività, anche tramite cessione dell'azienda o di sue parti» ovvero della impossibile integrale salvaguardia dei «livelli occupazionali». In tal modo individuandosi pertanto distinzioni, letterali come concettuali, rispetto a quanto invece richiesto per la validità dei licenziamenti, sempre negli articoli 4 e 24[395].

Oggi che l'art. 3 non esiste più il primo problema da affrontare è allora proprio quello della riconduzione dei licenziamenti decisi dal curatore nell'ambito delle fattispecie individuate dalla legge n. 223 del 1991 ovvero dalla legge n. 604 del 1966: tenuto pure conto di "tentazioni" emerse in giurisprudenza, anche quando era ancora presente l'art. 3, a preferire configurazioni individuali nonché ad applicare solo in parte la disciplina del 1991[396].

Ebbene sembra innanzitutto sostenibile che, laddove sussistano i presupposti di applicazione individuati dall'art. 24, legge n. 223 del 1991, quanto cioè alla dimensione dell'impresa coinvolta come al numero minimo di licenziamenti programmati, si continui pure oggi a restare in tale ambito: ricadendosi, a seconda delle concrete fenomenologie emergenti, nella fattispecie della cessazione di «attività», in relazione al comma 2, ovvero della «riduzione» (più che trasformazione) «dell'attività o del lavoro»[397]. Una diversa interpretazione sembrando per inciso contrastare con la stessa regolamentazione dell'Unione europea[398].

Ciò pertanto significa che con il nuovo assetto normativo, a differenza di quanto avvenuto in precedenza, i licenziamenti collettivi saranno normalmente effettuati ai sensi dell'art. 24.

Non però forse nella totalità delle vicende. Perché non può nel contempo essere a priori escluso che i licenziamenti avvengano ai sensi dell'art. 4, legge n. 223 del 1991: occorrendo a tal fine verificare con attenzione se, in caso di fallimento, possano emergere i presupposti per il previo intervento della cassa integrazione guadagni straordinaria per crisi aziendale, ai sensi oggi dell'art.

[394] In effetti questo elemento è stato utilizzato al fine di argomentare sulla inesistenza di un obbligo, per il curatore, di presentare domanda di trattamento straordinario di integrazione: vedi nota 6. Altri invece ha individuato (differenti) ragioni giustificatrici del riferimento all'art. 24, ritenuto ora compatibile con la esistenza di un obbligo di presentazione della domanda: vedi P. G. Alleva, *La sorte del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 688 (ove si sottolinea il fatto che dopo la «dichiarazione di fallimento» possa essere disposta la «continuazione dell'attività», senza ricorso alla cassa straordinaria) e P. Chieco, *op. cit*., 189 ss. (secondo cui invece ciò riflette il fatto che imprese con più di quindici dipendenti risultino escluse dal «campo di applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria»: di nuovo in conseguenza imponendosi il ricorso ai licenziamenti ex art. 24).

[395] Cfr. M. Marazza, V. Anibali, *op. cit*., 2245 ss.; A. Topo. *op. cit*., 96.

[396] Cfr. Cass. 12 maggio 1997, n. 4146, a fronte di ipotesi ove era stata rilevata l'impossibilità di prosecuzione, anche parziale e temporanea, dei rapporti di lavoro. Vedi tuttavia su questa le critiche di S. Liebman, *Il rapporto di lavoro ….*, *op. cit*. 971. Cfr. pure P. G. Alleva, *La sorte del rapporto … op. cit*., 689 ed E. Gragnoli, *op. cit.,* 197. Si veda inoltre la recente Cass. 28 dicembre 2016, n. 27211, a quel che pare inedita, ove «in un caso di liquidazione di società» è ritenuto solo parzialmente applicabile l'art. 4, legge n. 223 del 1991: cfr. ora M. Magnani, *Crisi d'impresa …*, *op. cit*., 19. Vedi ancora A. Riva, *Licenziamenti collettivi e obblighi del curatore: ancora una pronuncia della Cassazione*, in *Il fallimentarista*, 1° febbraio 2012, in http://ilfallimentarista.it/printpage/5516.

[397] Cfr. pure S. Liebman, *op. ult. cit*. nonché R. Pessi, *op. cit*., 347 ss.

[398] Vedi M. Magnani, *Crisi d'impresa …*, *op. cit*., 19.

21, d. lgs. n. 148 del 2015[399]. Se è vero in effetti che vengono in quest'ultima disposizione esplicitamente esclusi i «casi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa», gli obiettivi dell'intervento individuati nel co. 3 dell'articolo, ove si parla di «continuazione dell'attività aziendale» e «salvaguardia occupazionale», non sembrano poi così lontani da quanto già da sempre richiesto nell'art. 3, legge n. 223 del 1991, per poter fruire della proroga; nonché, dopo le modificazioni intervenute nel 1992, al fine di vedersi riconosciuto lo stesso accesso[400].

Si tratta però di un'area di casi in larga parte (se non totalmente) sovrapposta a quella che vede disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa, su cui si tornerà. Mentre occorre pure ricordare come il procedimento per la concessione dell'intervento (peraltro solo eventuale) risulti tutt'altro che breve; come il fallimento sarebbe (oggi) inoltre gravato degli oneri di contribuzione ordinaria ed addizionale stabiliti dagli articoli 23 e 5 del d. lgs. n. 148 del 2015. L'insieme di questi elementi rendendo pressoché accademica, salvo non sia stato disposto appunto l'esercizio provvisorio, l'ipotesi descritta.

D'altra parte anche i licenziamenti, oggi collettivi come individuali, impongono di versare il contributo di cui all'art. 2, co. 31, legge n. 92 del 2012 (già invece escluso dall'art. 3, legge n. 223 del 1991).

In carenza di specifiche regolamentazioni derogatorie l'art. 4, legge n. 223 del 1991, opera comunque integralmente, quanto alla procedura di licenziamento collettivo: ciò valendo innanzitutto per gli obblighi di informazione e consultazione sindacale. Le opinioni espresse in dottrina sul rilievo di queste, a fronte di licenziamenti realizzati da una impresa fallita, non sono identiche: il contesto specifico ed estremamente problematico modificandone comunque i caratteri, se non la stessa funzione[401]. Molti però ragionevolmente hanno convenuto sulla opportunità di una regolamentazione anche solo in parte differenziata: attenta innanzitutto a garantire una maggiore celerità. Ciò di nuovo risultando disposto ai sensi della previgente disciplina e non più oggi.

Nei casi invece in cui non operano gli articoli 4 e 24, il curatore dovrà licenziare i prestatori, nel rispetto della legge n. 604 del 1966: e quindi a fronte di una giustificazione che, nell'economia delle vicende analizzate, integrerà un giustificato motivo oggettivo[402].

---

[399] Cfr. già P. Chieco, *op. cit*., 190 ss. V. pure G. Ferraro, *Le integrazioni salariali …*, *op. cit*., 22; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2000, 710; G. Santoro Passarelli, *op. cit*., 905 ss.; F. Scarpelli, *op. cit*., 65 e A. Topo, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Cedam, Padova, 1996, 127. Da ultimo si vedano M. Magnani, *op. ult. cit*. 17, nota 31, e M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 81. Cfr. la circolare ministeriale n. 24 del 5 maggio 2015, secondo cui «nel caso in cui l'impresa sia sottoposta a procedura concorsuale con continuazione dell'esercizio d'impresa, ove sussistano i presupposti, la fattispecie potrà rientrare nell'ambito delle altre causali previste dal decreto legislativo 148/2015». Si vedano pure le circolari n. 1 del 22 gennaio 2016 e n. 24 del 26 luglio 2016.

[400] La proroga dell'intervento, per sei mesi, era infatti prevista, ai sensi dell'art. 3, co. 2, «quando sussistano fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione tramite la cessione, a qualunque titolo, dell'azienda o di sue parti». D'altra parte l'accesso all'intervento, dal 2012, è in modo simile subordinato al fatto che «sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggetti definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali».

[401] Cfr. E. Gragnoli, *op. cit*., 198 ss.; S. Liebman, *Liquidazione o conservazione dell'impresa …*, *op. cit*., 31; A. Topo, *La gestione dei rapporti di lavoro …*, *op. cit*., 96; P. Tullini, *Tutela del lavoro …*, *op. cit*., 213, M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 87 ss.

[402] Cfr. M. Marazza, V. Aniballi, *op. cit*., 2247; G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995, 317; R. Pessi, *op. cit*., 338 ss.

In giurisprudenza è sorto al riguardo un indirizzo, secondo cui sarebbe una non meglio definita «dissoluzione della realtà aziendale» a consentire il licenziamento[403]. A prescindere da questo tuttavia risulta indubbio che in presenza di procedure concorsuali l'esercizio del potere del datore di lavoro, quanto ai licenziamenti come alla stessa decisione di attivare la cassa integrazione guadagni, comporti «la valutazione di interessi diversi rispetto a quelli che normalmente hanno rilievo nell'amministrazione del rapporto di lavoro»: il «bilanciamento dei quali è imposto dalla legge»[404].

A proposito della tutela dei crediti retributivi dei lavoratori dipendenti da imprese sottoposte al fallimento, normalmente generati in caso di risoluzione del rapporto, è stato a suo tempo oggetto di un vivace dibattito se l'"indennità di anzianità" dovesse essere considerata debito della massa, potendo pertanto conseguentemente fruire del regime di prededuzione, ovvero del fallimento. Considerata la normale importanza dei crediti in oggetto e l'assenza di adeguati strumenti di protezione degli interessi dei prestatori, a fronte di insolvenza dell'impresa, le ragioni di ciò risultano ben comprensibili.

Fin dalla metà degli anni sessanta si era tuttavia assestato in materia il punto di vista secondo cui occorre suddividere il credito, distinguendo cioè tra importi maturati prima e dopo la dichiarazione di fallimento: solo per la parte successiva a quest'ultima dovendo essere appunto stabilita la prededuzione[405].

Ebbene l'indirizzo, non privo di profili opinabili per "l'indennità di anzianità", è in seguito rimasto fermo – con maggiore coerenza, considerata ora la qualificazione della voce retributiva come accantonata, piuttosto che differita[406] - anche per il "trattamento di fine rapporto"[407]. Con la fondamentale ulteriore differenza evidentemente però rappresentata, come più volte detto, dall'esistenza del "fondo di garanzia": in conseguenza riducendosi considerevolmente l'importanza concreta della discussione.

A proposito invece dell'"indennità di mancato preavviso" si giungeva in passato *de plano* a considerare il credito come del fallimento ovvero della massa, in relazione alla opzione generale sulla operatività o meno per i rapporti di lavoro dell'art. 72 legge fallimentare: solo nel secondo caso il licenziamento perfezionandosi in effetti oltre la dichiarazione di fallimento.

Modificatasi però la disciplina sui crediti prededucibili, è stato sottolineato come non sia più oggi esclusivamente il «criterio cronologico», rispetto alla dichiarazione di fallimento, ad assumere rilievo in materia: piuttosto dovendo comprendersi il significato della formulazione «in occasione o in funzione delle procedure concorsuali»[408]. Da ciò deducendosi in particolare che, a fronte di rapporto sciolto successivamente «alla instaurazione della procedura concorsuale senza che però

---

[403] Cfr. Cass. 23 giugno 2001, n. 8617, in *Not. giur. lav*., 2002, 116, su cui E. Gragnoli, *op. cit*., 195 ss. nonché R. Pessi, *op. cit*., 339.
[404] Così A. Topo, *op. ult. cit*., 94 e 95. Vedi pure E. Gragnoli, *op. cit*., e M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 88.
[405]Cfr. P. G. Alleva, *Fallimento e tutela …*, *op. cit*., 234 ss.; M. De Luca, *op. cit*., 680 ss.; S. Liebman, *Liquidazione o conservazione dell'impresa ….*, *op. cit*., 36 ss.
[406] Così G. Ghezzi, U. Romagnoli, *op. cit*., 274.
[407] Cfr. M. Marazza, V. Aniballi, *op. cit*., 2273; M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 94; C. Zoli, L. Ratti, *op cit*., 212.
[408] Il vigente testo dell'art. 111, legge fallimentare così dispone: «sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge».

il lavoratore abbia reso la sua prestazione in funzione della procedura», «in applicazione del criterio della funzionalità» il credito in oggetto non andrebbe qualificato come prededucibile[409].

L'orientamento – astrattamente suscettibile peraltro di modificare pure le acquisizioni tradizionalmente raggiunte a proposito del "trattamento di fine rapporto" - non sembra tuttavia accoglibile per due ragioni. Sul piano dell'interpretazione letterale del testo intanto, la norma individua oggi due alternative condizioni per la realizzazione della prededuzione (la genesi del credito appunto «in occasione o in funzione delle procedure concorsuali»): non un unico presupposto che richieda la compresenza di entrambi i profili. Il criterio della funzionalità non sembra pertanto affatto assumere nella disposizione rilevo esclusivo o decisivo: mentre il profilo della «occasione» consente in definitiva di recuperare il criterio temporale.

Cosicché la nuova disposizione andrebbe letta come allargamento e non restrizione della portata della precedente: permettendo cioè di considerare come prededucibili – oltre ai crediti maturati dopo la dichiarazione di fallimento – pure quelli sorti prima ma funzionalmente connessi a quest'ultima.

Secondo interpretazione sistematica inoltre, una volta esclusa l'applicazione dell'art. 72 legge fallimentare, sembra difficile non considerare prededucibile il credito retributivo, a fronte della permanenza del vincolo ricadente sul lavoratore: anche se questo si manifesta nel mero restare a disposizione della controparte (nel frattempo fallita). Senza dimenticare inoltre come il credito in oggetto trovi diretta protezione nell'articolo 36 della Costituzione.

Le conclusioni ora raggiunte restano ferme, pur con alcune integrazioni di carattere soprattutto interpretativo, laddove sia disposto, in applicazione dell'articolo 104 della legge fallimentare, «l'esercizio provvisorio dell'impresa». In tal caso anzi, ai sensi del comma settimo della disposizione, opera la regola generale, speculare ed opposta rispetto a quanto stabilito dall'art. 72, della automatica prosecuzione «dei contratti pendenti, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli».

La prassi vede quindi ora per lo più assicurata la prosecuzione dei rapporti di lavoro: anche se le ipotesi della sospensione unilaterale nonché addirittura del libero scioglimento sollevano dubbi di compatibilità con l'ordinamento giuslavoristico, a proposito dell'art. 104, in definitiva analoghi a quelli già evidenziati per l'art. 72. Cosicché - pur risultando assai meno problematica la convivenza del primo articolo con il diritto del lavoro e comunque del tutto diffusa la tesi che ritiene in tal caso integralmente operante la disciplina sui licenziamenti[410] - sembra corretto sostenere che neanche l'art. 104, co. settimo, della legge fallimentare operi per i rapporti di lavoro subordinati: giungendosi alla conclusione, in analogia con quanto già precisato a proposito sempre dell'art. 72, a partire dall'art. 2119 c.c., come interpretato secondo le norme costituzionali.

La modificazione principale, in presenza di esercizio provvisorio, sembra comunque senz'altro concernere la possibilità di accesso alla cassa integrazione straordinaria, nelle ipotesi oggi stabilite

---

[409] Così M. Marazza, V. Aniballi, *op. cit*., 2273. Ivi riferimenti a numerose pronunce giurisprudenziali, le quali sembrano al momento individuare un indirizzo maggioritario. Così pure M. L. Vallauri, *op ult. cit*., 91 e C. Zoli, L. Ratti, *op. cit*., 211. Cfr. pure M. Magnani, *op. ult. cit*., 22, nota 46.

[410] Cfr. A. Caiafa, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro*, in *Dir. prat. lav*., 2008, 1572 ss.; M. L. Vallauri, *Il lavoro nella crisi*, *op. cit*., 109; C. Zoli, L. Ratti, *op. cit*., 203 ss.

dall'art. 21 del d. lgs. n. 148 del 2015: questa infatti, del tutto ipotetica nel caso di fallimento, diviene ora più concreta[411]. Si riducono inoltre, in tale evenienza, quelle peculiarità di contesto che possono incidere sulla individuazione dei presupposti di validità dei licenziamenti[412]: tornandosi cioè ad una applicazione pressoché integrale dei normali indirizzi.

Se invece il curatore opta per l'affitto o la vendita endo-concorsuale dell'azienda (o di parte di essa), ai sensi ora degli artt. 104 bis e 105 della legge fallimentare, si pongono complesse questioni concernenti i rapporti di lavoro, in relazione però soprattutto ora agli artt. 2112 c.c. e 47, legge n. 428 del 1990, cui qui non viene dedicata attenzione. Vero è comunque che pure in questi casi, al fine di preservare la qualità ed efficienza della forza lavoro, così facilitando le programmate operazioni, potrebbe porsi il tema dell'accesso agli strumenti di integrazione salariale al momento esistenti: con i notevoli problemi però di cui già si diceva.

Si segnala ancora che ai sensi dell'art. 3, co. 4, della legge n. 223 del 1991, all'affittuario, selezionato anche «avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali»[413], era riconosciuto «il diritto di prelazione nell'acquisto»: oggi quest'ultimo potendo essere stabilito solo «in via convenzionale»[414].

Nell'economia invece dell'art. 105 la vendita non è condizionata alla scelta di un acquirente che garantisca, anche solo in parte, il mantenimento dei posti di lavoro[415]. Risulta ora però significativa la norma del comma 3, secondo cui «nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti»[416].

## 5. Le altre procedure concorsuali.

L'art. 2119 c.c., co. 2, come già indicato, si riferisce pure alla liquidazione coatta amministrativa. La disposizione d'altra parte è stata ritenuta applicabile, «in via di analogia, per comunanza di *ratio*», anche alla «procedura di concordato preventivo»[417]: in questa logica tuttavia potendo essere ritenuta operante per la serie intera delle procedure concorsuali.

Nello stesso tempo l'art. 3, legge n. 223 del 1991, prendeva in considerazione i «casi di dichiarazione di fallimento, di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria»; anche però l'ipotesi di «ammissione al concordato preventivo consistente nella cessione dei beni».

Ebbene sembra possibile dire che quanto fino ad ora sostenuto valga per l'insieme delle procedure concorsuali: specifiche disposizioni rendendo anzi più agevole e meno controverso, in relazione ad alcune di queste, l'esito indicato.

---

[411] Vedi pure le circolari ministeriali menzionate nella nota 46.
[412] Si veda la nota 38.
[413] Così il co. 2 dell'art. 104 bis. Cfr. M. Marazza, V, Aniballi, *op. cit*., 2291 e P. Tullini, *op. cit*., 202 e 227.
[414] Così M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 125. Vedi pure M. Marazza, V. Aniballi, *op. cit*.
[415] Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 126. Cfr. pure P. Tullini, *op. cit*., 230 ss.
[416] Così P. Tosi, *op. cit*., 1232 e P. Tullini, *op. cit*., 202.
[417] Così M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 171.

A proposito innanzitutto della liquidazione coatta - «procedura concorsuale con finalità liquidatoria», la quale «non si atteggia a procedimento a carattere giurisdizionale, bensì si caratterizza per essere una procedura amministrativa» - è in effetti possibile replicare esattamente quanto precisato per il fallimento: la funzione dell'istituto così come le norme coinvolte, cioè l'art. 2119 c.c. e l'art. 72 legge fallimentare (ai sensi dell'art. 201 della medesima legge), risultando le medesime[418].

Mutano invece sia le disposizioni, soggette ad evoluzioni continue ed in più momenti convulse, che soprattutto la funzione, prendendo in considerazione l'amministrazione straordinaria.

L'art. 3 della legge n. 223 del 1991 faceva in particolare riferimento alla "amministrazione straordinaria della grande impresa in crisi", già disciplinata dalla l. n. 95 del 1979[419]: cui sono però seguiti il d. lgs. n. 270 del 1999, a proposito ora della "amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza"[420]; subito dopo inoltre numerosi ulteriori provvedimenti, introdotti quasi sempre per gestire specifiche vicende di crisi ed insolvenza di importanti imprese (da Volareweb a Parmalat ad Alitalia ecc.)[421]. Mentre la procedura, affidata come già visto per la liquidazione coatta all'autorità amministrativa, risponde ora alla finalità diametralmente opposta «di conservazione dei complessi produttivi»[422].

Ai sensi dell'art. 27 del d. lgs. n. 270 del 1999, sono in effetti contemplati due programmi, attraverso cui realizzare l'obiettivo di «recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali»: quello della «cessione dei complessi aziendali» e della «ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa».

Ebbene nel sistema normativo concernente l'istituto assume centrale rilievo, ai fini qui investigati, l'art. 50 del d. lgs. n. 270 del 1999: ove viene stabilito che la regola generale del primo comma - secondo cui «il commissario straordinario può sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria» - non si applichi proprio «ai contratti di lavoro subordinato, in rapporto ai quali restano ferme le disposizioni vigenti»[423].

D'altra parte, in relazione al primo programma (di cessione dei beni), occorre pure menzionare l'art. 63. Nella disposizione viene stabilito, ai sensi del co. 2, che ai fini della vendita di aziende o di rami di azienda in esercizio, «l'acquirente deve obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti

---

[418] Cfr. M. L. Vallauri, *op. cit.*, 142 e 143.

[419] Su cui vedi S. Liebman, *Il rapporto di lavoro nell'amministrazione straordinaria …*, *op. cit.*, 968 ss.

[420] Cfr. A. Caiafa, *La regolamentazione dei rapporti di lavoro nella legge di riforma dell'amministrazione straordinaria*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 296 ss.

[421] La disciplina dell'istituto è comunque allo stato assai articolata, posto che «si trovano … a convivere due tipi di procedura, assoggettati in parte ad una differente disciplina: quella regolata esclusivamente dal d. lgs. n. 270 del 1999 e quella regolata – non in via esclusiva, stante l'applicabilità per quanto non diversamente disposto, delle norme del d. lgs. n. 270/1999 in quanto compatibili – da una accozzaglia di norme innestate sul d.l. n. 347/2003; procedura la cui disciplina è poi in parte differenziata per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali». In tale complesso articolato di norme l'art. 50, rilevante come si vedrà ai fini di questo approfondimento, opera però per tutte le distinte procedure. Cfr. L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, *op. cit.*, 421.

[422] Così L. Guglielmucci, *op. cit.*, 419.

[423] Cfr. P. G. Alleva, *La sorte del rapporto …*, *op. cit.*, 690 nonché M. Marazza, V. Aniballi, *op. cit.*, 2245. La disposizione opera per tutte le distinte procedure: cfr. L. Guglielmucci, *op. cit.*, 434.

all'atto della vendita»; in applicazione del co. 4 invece (come già visto accadere nell'ipotesi di vendita regolamentata dall'art. 105 legge fallimentare), che sia effettuata la consultazione delle organizzazioni sindacali pure quanto al «trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente» nonché ad «ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia»[424].

A proposito del programma di ristrutturazione, nello stesso tempo, come pure è stato sottolineato, «la continuità occupazionale è addirittura scontata»[425].

Questi elementi per un verso allora rendono incontestabile che i rapporti di lavoro proseguano senza soluzione di continuità, dopo la sottoposizione dell'impresa ad amministrazione straordinaria. Sotto altro profilo consentono inoltre di affrontare le questioni sull'accesso agli interventi di integrazione salariale straordinaria, di «crisi aziendale», «riorganizzazione aziendale» e finanche «contratto di solidarietà», ai sensi dell'art. 21, d. lgs. n. 148 del 2015, in modo sensibilmente diverso ed evidentemente più semplice, rispetto a quanto indicato per il fallimento, anche ove sia stato disposto l'esercizio provvisorio. Nel contempo la normale continuità dell'attività pone problemi molto minori, quanto alla applicazione del regime di prededuzione dei crediti retributivi: in tal caso disciplinato ai sensi dell'art. 52 del d. lgs. n. 270[426].

Si tratta di osservazioni riferibili anche al concordato preventivo, che invece rientra tra «le soluzioni concordate della crisi d'impresa», oggetto da ultimo di «un evidente *favor*»[427].

In tale ambito assume rilievo, per inciso, pure il concordato fallimentare: proposto eventualmente anche da lavoratori/creditori; nel quale può essere pure stabilita la prosecuzione dell'attività. Restando però in tal caso ovviamente fermo l'«unico scopo della procedura» e cioè «quello della soddisfazione dei creditori»[428].

Inoltre vanno considerati gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i piani di risanamento, ove invece viene eminentemente valorizzata l'autonomia dei privati, al fine della gestione della crisi di impresa: il ruolo pubblico nel primo caso limitandosi in particolare alla omologazione, da parte dell'organo giudiziario, dell'accordo già raggiunto; mentre nel secondo è assente qualunque «avallo di un organismo terzo, sia esso amministrativo o giudiziario»[429]. Ciò che per inciso impone di distinguere tra i due istituti: come peraltro ha fatto l'ordinamento, nel momento in cui ha assimilato i soli accordi di ristrutturazione al concordato preventivo, nell'economia dell'art. 47, legge n. 428 del 1990[430].

---

[424] Secondo tale norma «Nell'ambito delle consultazioni relative al trasferimento d'azienda previste dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, il commissario straordinario, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia».

[425] Così P. G. Alleva, *op. ult. cit*., 690.

[426] Viene qui stabilito che «I crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore sono soddisfatti in prededuzione a norma dell'articolo 111, primo comma, numero 1), della legge fallimentare, anche nel fallimento successivo alla procedura di amministrazione straordinaria».

[427] Così M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 155 ss. Vedi pure P. Tullini, *op. cit*., 201.

[428] Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 133 e 135.

[429] Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 188.

[430] Si veda in particolare il co. 4 bis, lettera b-ter. Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit*., 187 ss. nonché M. Marazza, V. Aniballi, *op. cit*., 2274 ss.

Sia gli accordi di ristrutturazione dei debiti che i piani di risanamento vedono comunque l'imprenditore continuare ad operare: non emergendo modificazioni di sorta, rispetto alla regolamentazione giuslavoristica normalmente operante (salvo quanto precisato appunto dall'art. 47).

Ebbene per quel che riguarda il concordato preventivo, vera e propria procedura concorsuale, il legislatore privilegia - come già visto per l'amministrazione straordinaria - «strumenti che consentano la conservazione della funzionalità del complesso produttivo»[431]: contemplandosi anzi specificatamente, all'art. 186 bis, l'ipotesi della «prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore», della «cessione dell'azienda in esercizio» ovvero del «conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione».

Pure in presenza di concordato preventivo l'imprenditore continua in effetti ad esercitare i propri poteri: anche se lo può fare solamente sotto il controllo degli organi della procedura[432].

Mentre a proposito dei rapporti pendenti assume per un verso ora significato il «mancato espresso richiamo dell'art. 72 legge fallimentare (a differenza del rinvio operato ad altre disposizioni relative alla procedura fallimentare)»[433]. Sotto altro profilo occorre invece considerare l'art. 169 bis, legge fallimentare, secondo cui il debitore può chiedere all'organo giudiziario l'autorizzazione a sciogliersi «dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso» ovvero a sospenderli «per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta».

Tuttavia questa regolamentazione generale, ai sensi del co. 4 dell'articolo, non opera per i rapporti di lavoro subordinato[434]. Ciò permettendo appunto di dire che pure a seguito di omologazione del concordato preventivo, esattamente come precisato a proposito dell'amministrazione straordinaria, i medesimi proseguano senza soluzione di continuità.

[431] Cfr. M.L. Vallauri, *op. ult. cit*., 160 e M. Marazza, V. Aniballi, *op. cit*., 2238 ss.
[432] Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 168.
[433] Cfr. M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 169.
[434] Vedi P. Tullini, *op. cit*., 220 ss. e M. L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 171.

# L'applicazione delle clausole di *clawback* nei contratti di lavoro: un primo tentativo di approccio al problema*

Caterina Timellini

1. Le clausole di clawback: introduzione al tema. 123

2. Cenni alla retribuzione variabile nel panorama normativo italiano. 125

3. In particolare, la ricostruzione della retribuzione variabile in termini di condizione sospensiva e le problematiche derivanti dalla mancata individuazione degli obiettivi da parte del datore di lavoro. 130

4. La direttiva 2013/36/UE e il recepimento di essa da parte della Banca d'Italia, nonché l'ulteriore regolamentazione della materia da parte della CONSOB. 134

5. La casistica delle clausole di clawback attualmente disponibile. 138

6. Le teorie sul fondamento giuridico del rimedio de quo. 142

7. La rilevanza disciplinare delle condotte dei lavoratori che legittimano l'esercizio del clawback. 145

8. Osservazioni conclusive. 147

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 355/2018

## 1. Le clausole di clawback: introduzione al tema.

"Un buon manager consegue profitti annuali, un grande manager realizza risultati di lungo termine"([435]). È in tale contesto che traggono origine le clausole di *clawback*.

Si tratta di clausole proprie dei sistemi di *common law* - particolarmente del mondo finanziario - che costituiscono un meccanismo correttivo tipico del sistema di retribuzione variabile anglosassone.

Pur senza la pretesa di voler compiere un'analisi dettagliata e approfondita dell'istituto della retribuzione nei paesi di *common law*, ci si limita a ricordare che la regolamentazione della retribuzione, in Gran Bretagna, risente di molteplici aspetti, che possono essere riassunti in una perdita di potere del sindacato e del ruolo della contrattazione collettiva, a fronte di una politica prevalentemente antisindacale dei governi conservatori ([436]).

In Gran Bretagna avviene allora che la legge fissi soltanto i minimi salariali, al pari di quanto in Italia fanno invece i contratti collettivi nazionali di lavoro, mentre la parte restante della retribuzione viene gestita liberamente dalle parti contraenti, ossia dalle aziende e dai lavoratori.

In sostanza, è il *management* aziendale che gestisce autonomamente la retribuzione variabile e ciò fa senza alcun confronto con il sindacato.

Le aziende anglosassoni, pertanto, possono erogare la retribuzione in misura variabile, la c.d. *variable pay*, ancorando la parte variabile di essa al conseguimento, da parte del lavoratore, di obiettivi strategici predeterminati dal *management* aziendale stesso, oppure ad una valutazione positiva delle prestazioni di lavoro o, ancora, al conseguimento di risultati positivi da parte dell'impresa sul mercato ([437]). Nelle prime due accezioni la retribuzione acquisisce una finalità incentivante, venendo a svolgere una funzione strategica, in quanto incentiva appunto i prestatori di

---

([435]) La citazione è di Jack Welch, ex presidente e CEO di General Electric, il quale è considerato uno dei *manager* di maggior successo nella storia del business americano, in quanto sotto la sua direzione la citata società ha aumentato la capitalizzazione di 400 milioni di dollari. Nominato nel 2000 "*Manager* del secolo" dalla rivista *Fortune*, è consulente e *speaker* e nel 2010 ha fondato il *Jack Welch Management Institute*, un *MBA* online accreditato con 900 studenti in tutto in mondo. È coautore del *bestseller* internazionale *Vincere!* del 2005, edito da BUR Biblioteca Universitaria Rizzoli e tradotto in 35 lingue.

([436]) In passato anche in Gran Bretagna, così come avviene ancora oggi in Italia, i sindacati determinavano il trattamento economico dei dipendenti applicando aumenti retributivi uguali per tutti, mentre la retribuzione variabile rappresentava una parte marginale del trattamento economico complessivo e lo strumento centrale per garantire tale politica egualitaria era il contratto collettivo. La situazione è radicalmente mutata con l'avvento di una politica antisindacale da parte dei governi conservatori, tant'è che oggi la contrattazione collettiva ha un ruolo marginale ed è confinata solo ad alcuni settori, quali ad esempio il settore manifatturiero. Si rinvia, per una interessante panoramica sull'evoluzione storica delle relazioni industriali in Gran Bretagna, a B. BERCUSSON, B. RYAN, *The british case: before and after the decline of collective wage formation*, in R. BLANPAIN (a cura di), *Collective bargaining and wages in comparative perspective*, Netherland, Kluwer law, 2005, pag. 49 e segg. Cfr., inoltre, J. ARROWSMITH, P. MARGISON, *The decline of incentive pay in British manifacturing*, in *Ind. Rel. Journal*, 2010, pag. 289 e segg.; W. BROWN, P. MARGINSON, H. WALSH, *The management of pay as the influence of collective bargaining diminishes*, in P. EDWARDS (a cura di), *Industrial relations. Theory and practice*, Blackwell, 2003, pag. 194 e segg.

([437]) Sulle forme di *variable pay* cfr. P. MARGINSON, J. ARROWSMITH, M GRAY, *Underminig or reframing collective bargaining? Variable pay in two sectors compared*, in *Human resorce management journal*, 2008, n. 18, pag. 327 e segg. Sul tema si rileva che ancorare la *variable pay* ad obiettivi predeterminati ha la funzione di incentivare i lavoratori; l'ancoraggio alla valutazione delle prestazioni ha l'effetto di orientare queste ultime al conseguimento di obiettivi ritenuti rilevanti; ancora, ancorare l'attribuzione della retribuzione variabile al conseguimento di risultati positivi dell'azienda sul mercato ha l'effetto di flessibilizzare il costo del lavoro in relazione agli andamenti dell'impresa stessa.

lavoro a perseguire obiettivi rilevanti per l'impresa ([438]). Nell'ultima accezione, invece, la retribuzione assume una finalità partecipativa, facendo variare il trattamento economico in base all'*ability to pay* dell'impresa e realizzando principalmente un vantaggio per l'azienda, che in questo modo riduce il costo del lavoro a fronte di risultati negativi sul mercato.

Le clausole di *clawback* costituiscono dei meccanismi contrattuali che prevedono la possibile restituzione, totale o parziale, di compensi già erogati dalle aziende al proprio personale sotto forma di parte variabile della retribuzione. Esse consistono, quindi, in una sorta di *malus* che fa da contraltare all'erogazione di un *bonus* in qualche modo non dovuto, in quanto ingiustamente e/o erroneamente erogato, controbilanciandolo ed eventualmente eliminandolo, ove non meritato.

Soprattutto nel settore finanziario sussiste, a seguito delle numerose crisi bancarie a livello mondiale degli ultimi anni, una significativa resistenza da parte sia degli azionisti che dell'opinione pubblica a riconoscere che l'elevato ammontare della parte variabile della retribuzione di molti *manager* costituisca una sorta di "diritto incondizionato" indipendentemente da come si svolga o termini il rapporto di lavoro o, comunque, in modo del tutto slegato dall'effettiva *performance* aziendale.

Se una certa attenzione verso i compensi dei vertici aziendali è riscontrabile ormai da un paio di decenni, è innegabile che la crisi del 2008 abbia accentuato l'azione dei regolatori, degli investitori e dell'opinione pubblica sui compensi stellari dei vertici aziendali, *in primis* del settore finanziario ([439]).

Con tale strumento, pertanto, l'azienda può rientrare in possesso di somme già erogate a fronte di valutazioni negative, *ex post*, delle *performance* aziendali o individuali.

In questo senso, allora, le clausole di *clawback* costituiscono un rimedio che, essendo legato al concetto di meritocrazia e la cui *ratio* di fondo riecheggia il sistema di valutazione delle *performance* tipica del pubblico impiego, finisce inevitabilmente per attirare il plauso dell'opinione pubblica.

Le clausole di *clawback* iniziano ormai ad essere applicate anche in Italia, seppur ancora limitatamente ai contratti di lavoro del settore bancario o, comunque, degli operatori finanziari secondo la regolamentazione che, come si vedrà, è stata fissata dalla Consob.

Ciò impone, pertanto, una particolare sensibilità verso tale tema e solleva una serie di interessanti questioni - rappresentando tali pattuizioni una assoluta novità nel panorama del diritto

---

([438]) Molto diffuso è il c.d. *Management by objectives* (MBO), che consiste nell'individuazione di obiettivi di miglioramento della prestazione lavorativa e nella verifica periodica degli stessi. In materia, cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2003, pag. 194 e segg.

([439]) Fra il 2008 e il 2013 si è verificata una crisi economica ed occupazionale senza precedenti negli ultimi ottant'anni, caratterizzata dalla perdita di circa 6,36 milioni di posti di lavoro, tant'è che i compensi di molti *manager* sono risultati difficilmente giustificabili o quantomeno poco coerenti con le *performance* aziendali. Nei Paesi anglosassoni il divario tra remunerazione del *Top Management* e il lavoratore medio si è addirittura ampliato nel corso della crisi. In questo contesto si colloca la decisione della *Securities and Exchange Commission (SEC)* americana dell'autunno 2013 di richiedere alle aziende la comunicazione del differenziale retributivo, ossia la differenza tra la remunerazione del CEO rispetto a quella riconosciuta al lavoratore medio all'interno della stessa azienda. In dottrina, sul punto si rinvia a S. CATANI, B. TERRACCIANO, *L'executive compensation: principi, strumenti e tendenze*, in *Riv. Dottori Commercialisti*, 2014, n. 4, pag. 729.

contrattuale italiano - in ordine alla loro tenuta e collocazione all'interno dell'ordinamento giuslavoristico.

## 2. Cenni alla retribuzione variabile nel panorama normativo italiano.

Al fine di dare un inquadramento alle clausole di *clawback* occorre partire da un dato, ossia che esse rappresentano delle pattuizioni in forza delle quale le parti si accordano per la restituzione *ex post* della retribuzione variabile ([440]).

Ciò ricordato, nel tentativo di comprendere appieno le problematiche connesse al tema *de quo* pare innanzitutto doveroso richiamare, seppur sommariamente, il concetto di retribuzione incentivante nel nostro ordinamento giuridico ([441]).

Com'è noto in Italia la retribuzione variabile, che si va ad affiancare ad un trattamento retributivo fisso e che viene erogata come una sorta di "premio" ogni qual volta il lavoratore raggiunga determinati obiettivi o risultati, può essere oggetto di pattuizione sia da parte dei contratti individuali che ad opera dei contratti collettivi ([442]), specialmente aziendali ([443]).

Ora, il negoziato collettivo risponde alla *ratio* di imporre al datore di lavoro obblighi di retribuzione minima fissati a livello sindacale e, quindi, la regolamentazione a tale livello viene sostanzialmente incontro alle esigenze di quei lavoratori che effettuano prestazioni di fare fungibili e che sono in possesso di competenze se non di scarso pregio qualitativo, quantomeno offerte sul mercato in eccesso rispetto alla domanda.

Questi ultimi, infatti, aspirando ad una tutela di tipo solidaristico - in quanto difficilmente sarebbero in altro modo in grado di imporre un determinato trattamento retributivo, perché non in possesso di distintive capacità professionali -, prediligono certamente una negoziazione a livello collettivo.

---

([440]) In tema di retribuzione variabile, tra i tanti, cfr. R. PESSI, *Retribuzione variabile e fattispecie di lavoro subordinato*, in *Arg. Dir Lav.*, 1997, pag. 60 e segg.; M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind*, 1991, pag. 455 e segg.; M. BIAGI, *Il futuro del contratto individuale di lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1996, pag. 325 e segg.; B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI, *Nozione giuridica di retribuzione, incentivazione e salario variabile*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991, pag. 34 e segg. Cfr., inoltre, A. DI STASI, *La retribuzione variabile in Italia*, in *Revista Derecho Social y Empresa*, 2016, n. 5, pag. 3 e segg.; E. VILLA, *La retribuzione di risultato nel lavoro privato e pubblico: regolazione ed esigibilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 2, pag. 451 e segg.

([441]) Cfr. A. ALAIMO, *Sistemi partecipativi e incentivi di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991, pag. 13 e segg.; S. BELLOMO, *Retribuzione, produttività e assetti contrattuali a quindici anni dal Protocollo Ciampi*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, tomo I, Bari, 2008, pag. 113 e segg.

([442]) Cfr. C. ZOLI, *Struttura della contrattazione collettiva e rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006, pag. 301 e segg.; T. TREU, *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1993, pag. 215 e segg.

([443])V. Cass. n. 6852/2010, in *www.dejure.it*, secondo la quale la contrattazione collettiva aziendale ha competenza esclusiva dell'istituto, ivi compresa "ogni determinazione circa "l'attribuzione" stessa del premio"; nello stesso senso v. anche Cass. n. 4078/2009, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 272; Cass. n. 17310/2008, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, pag. 49 e segg., con nota di A. OCCHINO, *Premio di risultato e fonte costitutiva del diritto*. Inoltre, v. Cass. n. 21379/2005, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2006, 156, che attribuisce alla contrattazione collettiva aziendale il potere anche di non attribuire il premio in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi di produzione dell'impresa. Cfr., inoltre, M. VITALETTI, *La retribuzione variabile all'esame della giurisprudenza di legittimità*, in *www.adapt.it*, 6 dicembre 2010, secondo la quale con il Protocollo del 23 luglio 1993 il contratto collettivo a livello territoriale o aziendale veniva legittimato (*rectius*: delegato) a regolamentare in via esclusiva la retribuzione variabile, in quanto ambito più idoneo a definirla tenuto conto della specificità della realtà d'impresa, nonché perdita di autorità della contrattazione collettiva nazionale nella definizione di retribuzione sufficiente, alla luce del ruolo attribuito all'IPCA (Indice Prezzi al Consumo Armonizzato in ambito europeo per l'Italia) di adeguamento del trattamento economico all'inflazione.

In tali casi è, pertanto, il contratto collettivo di secondo livello che definisce sia l'*an* che il *quantum* della retribuzione variabile, a nulla rilevando una diversa determinazione da parte del contratto collettivo nazionale ([444]).

Inoltre, l'intervento sindacale garantisce maggiore trasparenza e realizza un contemperamento reale degli interessi contrapposti in gioco ([445]).

Ovviamente, in tale ipotesi gli emolumenti aggiuntivi saranno esigui e tali da non pesare in misura significativa sulle imprese, ma è comunque interessante rilevare come nelle premesse di tali contratti si legga che la retribuzione variabile costituisce un importante strumento di integrazione dei dipendenti nel sistema aziendale, in quanto ne indirizza i comportamenti lavorativi verso i risultati aziendali e di gruppo, salvaguardandone i livelli di occupazione ([446]).

Venendo, più nello specifico, a considerare le modalità di calcolo della retribuzione variabile, così come fissate dalla recente contrattazione aziendale ([447]), si rileva come alcuni accordi prevedano l'erogazione del premio al raggiungimento di un unico risultato ([448]) e altri l'erogazione di vari premi al raggiungimento di una pluralità di obiettivi, per così dire, "a gradini" ([449]). Tale seconda modalità di erogazione della componente variabile della retribuzione consente di ridurre il rischio posto in capo ai lavoratori di non conseguire alcun aumento retributivo.

Ancora, gli accordi collettivi aziendali ancorano l'erogazione del premio o al raggiungimento di determinati livelli di redditività, soluzione preferita dalle imprese, o di *produttività ([450])*, soluzione al contrario maggiormente caldeggiata dalle organizzazioni sindacali in quanto più strettamente correlata alla prestazione dei lavoratori e non, come la prima, agli investimenti dell'impresa, all'acquisto di nuovi macchinari, all'andamento del mercato, al conseguimento di determinati risultati finanziari ([451]).

---

([444]) Cfr. M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, *La retribuzione ad incentivi: introduzione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1993, pag. 5 e segg. I primi esempi di retribuzione correlata ad elementi dinamici, quali l'efficienza di produzione o la redditività dell'impresa, si ritrovano nelle esperienze pilota degli Accordi Fiat e Olivetti, rispettivamente del 18 luglio e del 20 ottobre 1988, nonché dei contratti aziendali di Fincantieri di Castellamare di Stabia del 30 settembre 1988 e del 9 aprile 1992. Cfr. R. SANTUCCI, *La retribuzione incentivante alla Fincantieri di Castellamare di Stabia*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Retribuzione incentivante e rapporti di lavoro*, Milano, 1994, pag. 72 e segg.

([445]) Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Introduzione. Qualità totale e compatibilità con il sistema del diritto del lavoro*, in L. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Milano, 1992, pag. 4 e segg.; A. ALAIMO, *Qualità totale, tecniche di retribuzione e sistemi di partecipazione aziendale. L'esperienza delle commissioni tecniche miste*, in L. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, cit., pag. 299 e segg.

([446]) Cfr. A. LASSANDARI, *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e di incontri (mancati)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, pag. 299 e segg.

([447]) Cfr. M. VITALETTI, *La retribuzione c.d. di produttività nella "nuova" contrattazione aziendale: questioni ed esiti*, in *Lav. Dir.*, 2011, pag. 689 e segg. Cfr., inoltre, B. CARUSO, G. RICCI, *Sistemi e tecniche retributive*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime* giuridico, Napoli, 1994, pag. 71 e segg.

([448]) Ad esempio il contratto Fiera S.p.a del 23 maggio 2007 prevedeva l'erogazione di un premio di 2.600,00 a tutti i lavoratori al conseguimento da parte dell'impresa dell'obiettivo di redditività prefissato. Allo stesso modo, anche il contratto Coca-Cola del 7 luglio 2011 subordina il premio al conseguimento dell'obiettivo al 100%.

([449]) V. il contratto Telecom Italia del 14 maggio 2008 e il contratto Barilla del 24 giugno 2011.

([450]) Gli indicatori di produttività possono dipendere da obiettivi qualitativi o quantitativi. Per una disamina in merito cfr. B. CARUSO, G. RICCI, *Sistemi e tecniche retributive*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, pag. 71 e segg.

([451]) Nella seconda metà degli anni ottanta e nel periodo immediatamente successivo al Protocollo del 1993 erano più diffusi gli indicatori di produttività, in quanto si riteneva che il riconoscimento di incentivi ai lavoratori potesse migliorare la produttività delle imprese e far diminuire o quantomeno non crescere l'inflazione. In dottrina, cfr. E. REYNERI, *Contrattazione decentrata e politica retributiva aziendale*, in *Il sistema retributivo verso gli anni '90*, Napoli, 1988, pag. 316 e segg.; G. DELLA ROCCA, *Incentivi e flessibilità del salario:*

La distinzione del premio ancorato a indici di redditività o di produttività pone una rilevante questione, peraltro, sotto il profilo della compatibilità di tale metodo di calcolo con il disposto dell'art. 36 Cost.

Tale previsione, infatti, com'è noto, stabilisce che il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto. Ciò significa che qualora il premio sia legato a indici di redditività che dipendono dall'andamento dell'impresa e non dalla quantità e qualità del lavoro prestato non si pongono particolari problemi di compatibilità con l'art. 36 Cost. ([452]), a meno che i premi di produttività non assumano un ruolo preponderante nella struttura retributiva, perché in tal caso il raccordo tra la retribuzione e la quantità e qualità del lavoro svolto potrebbe compromettere, restringendola, l'autonomia collettiva o individuale ([453]).

Al di là di tale ultima ipotesi la retribuzione di redditività, rientrando nelle previsioni dell'art. 2099, comma 3, c.c. e dell'art. 2102 c.c., è sostanzialmente subordinata agli utili, che sono totalmente indipendenti dalla quantità e qualità del lavoro prestato, per cui se la retribuzione base è conforme ai salari minimi fissati dai contratti collettivi lo è anche all'art. 36 Cost. ([454]) e le parti sono libere di condizionare una quota del trattamento economico all'andamento dell'impresa ([455]).

Diversamente, invece, ove il lavoratore svolga una prestazione di lavoro più intensa dal punto di vista qualitativo e/o quantitativo senza che l'obiettivo, legato alla produttività, venga raggiunto a causa della non collaborazione dei colleghi, ad esempio, si crea una situazione di tensione con il principio costituzionale ([456]).

Per riequilibrare l'asimmetria descritta, pertanto, in dottrina taluno ha ipotizzato una nozione ampia di corrispettivo, atta a ricomprendere ogni erogazione, anche la retribuzione variabile, in modo da assoggettarla al rispetto del principio costituzionale ([457]).

Sulla determinazione della retribuzione variabile, poi, incide notevolmente l'ampiezza del gruppo di lavoratori presi a riferimento per verificare il raggiungimento degli obiettivi di produttività ([458]). Infatti, un conto è effettuare il calcolo sull'intera produttività aziendale e una cosa è, invece,

---

*cause e risultati*, in *Prospettiva Sindacale*, 1990, nn. 75/76, pag. 7 e segg. Oggi, invece, sono più frequenti gli indicatori di redditività e quelli misti. Cfr., inoltre, L. BIRINDELLI, G. D'ALOIA, *Produttività e politiche dei redditi*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2002, 4, pag. 59 e segg.; A. LASSANDARI, *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e di incontri (mancanti)*, cit., pag. 303; M. BENEDETTI, A. COCOZZA, *Politiche salariali, produttività e redditività. Una riflessione metodologica*, in A. COCOZZA, *Salari e produttività*, Roma, 1989, pag. 101 e segg.

([452]) Sul tema si rinvia a L. BONARETTI, *L'equa retribuzione nella Costituzione e nella giurisprudenza*, Milano, 1994.

([453]) Così E. GRAGNOLI, *Retribuzione ad incentivo e principi costituzionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 224.

([454]) Si rinvia a A. BELLAVITA, *Il salario minimo legale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, pag. 741 sul fatto che la retribuzione minima fissata dai contratti collettivi nazionali costituisca il punto di riferimento fondamentale ai fini della determinazione della "giusta retribuzione" prevista dall'art. 36 Cost.

([455]) Cfr. A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, Milano, 2004, pag. 34.

([456]) La questione è stata sollevata da M. RUSCIANO, *Livelli di contrattazione e trattamenti retributivi*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Istituto giuridico, 2011, pag. 571 e segg.

([457]) Cfr. M. VITALETTI, *La retribuzione variabile*, Roma, 2010, pag. 95 e segg.

([458]) Anche l'ampiezza del gruppo può essere oggetto di contrattazione tra le parti. V., ad esempio, il contratto collettivo aziendale Peroni del 30 maggio 2007 e il contratto del gruppo Monte Paschi di Siena del 6 febbraio 2001.

circoscriverlo alla produttività di un determinato reparto o di una data unità produttiva ([459]), in quanto, come è stato osservato in dottrina, più piccolo è il gruppo e non solo maggiormente coinvolto e spronato sarà ciascun lavoratore ([460]), ma svolgerà anche una sorta di autocontrollo sul lavoro degli altri ([461]).

Inoltre, succede che ove il raggiungimento dell'obiettivo dipenda dal comportamento conforme di tutti i lavoratori dell'impresa la funzione incentivante del premio viene depotenziata a causa di fenomeni di *free riding*. Tale ipotesi si verifica quando i lavoratori meno volonterosi, per conseguire l'obiettivo di produttività, non migliorano la propria prestazione, ma si appoggiano al maggior sforzo di colleghi più efficienti.

Ovviamente tale comportamento non espone i lavoratori, per così dire, lavativi al rischio di sanzioni disciplinari o di licenziamento per scarso rendimento, posto che la retribuzione variabile costituisce un premio e, pertanto, il raggiungimento degli obiettivi che ne giustificano l'erogazione non rappresenta in alcun modo un obbligo contrattuale.

Diverso discorso, invece, ove il datore di lavoro dimostri che il lavoratore pone, nello svolgimento della prestazione, una diligenza inferiore a quella richiesta dalla natura della prestazione ai sensi dell'art. 2104 c.c. o un rendimento inferiore a quello normale ([462]).

Infine, il criterio della produttività può essere ancorato a obiettivi di tipo quantitativo, quali ad esempio il numero di pezzi lavorati, il tempo di esecuzione, ecc., ma anche a risultati di tipo qualitativo, come la soddisfazione dei clienti.

La contrattazione collettiva aziendale sui miglioramenti retributivi, tuttavia, presenta una pecca significativa, data dalla finalità in essa insita di redistribuzione del reddito a vantaggio di quei lavoratori che non presentano competenze professionali tali da giustificare la negoziazione individuale di superminimi e, quindi, in tal modo finisce per premiare coloro che non possiedono competenze professionali strategiche per l'azienda ([463]).

Ora, tale funzione ha un senso e una meritorietà nel momento in cui consente di riconoscere miglioramenti retributivi a lavoratori che operano in contesti geografici e in settori più deboli del mercato o che risentono di una strategia nazionale penalizzante, ma allo stesso tempo rende ben comprensibili le resistenze con cui le imprese guardano a tali accordi, qualora finiscano per avvantaggiare i lavoratori più lassisti ([464]).

---

([459]) Cfr. R. LEONI, M. TIRABOSHI, G. VALIETTI, *Contrattazione a livello di impresa: partecipazione allo sviluppo delle competenze versus partecipazione ai risultati finanziari*, in *Lav. Rel. Ind.*, 1999, 2, pag. 140 e segg.

([460]) Così R. ROMEI, *Premio di produttività*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, vol. 1, Bologna, 2010, pag. 101 e segg.

([461]) Cfr. L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, pag. 367, secondo il quale in tal modo si verifica un passaggio dal controllo del comportamento al controllo dei risultati.

([462]) Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvenire di incompatibilità personali*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Padova, 2011, pag. 81 e segg.

([463]) Cfr. E. GRAGNOLI, *La retribuzione ed i criteri della sua determinazione*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Milano, 2012, pag. 194 e segg.

([464]) Secondo A. LASSANDARI, *La retribuzione e i contratti collettivi aziendali*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, cit., pag. 194 e segg.; ID., *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e di incontri (mancati)*, in *Riv. Gur. Lav.*, 2009, 2, pag. 299 e segg. e, in particolare, pag. 328, in cui viene posto l'accento sulla mancanza di incentivi concreti alla contrattazione collettiva di secondo livello.

Un discorso completamente diverso, invece, può svolgersi con riferimento ad un contesto quale è quello in cui operano le clausole di *clawback*, contesto in cui i lavoratori sono in possesso di competenze professionali qualitativamente elevate, presentano profili professionali apprezzati per le loro capacità professionali, offrono all'azienda un significativo apporto individuale e mettono in campo competenze che hanno impatti diretti e rilevanti sulla qualità della produzione, in quanto in questi casi i lavoratori sono in grado di negoziare a livello individuale la propria remunerazione.

In tale contesto, caratterizzato da una spiccata evoluzione tecnologica ([465]), da un'incapacità delle organizzazioni sindacali di rappresentare le fasce dinamiche del mercato ([466]) e comunque estremamente distante dalla situazione lavorativa di anche soltanto qualche decennio fa ([467]), pertanto, la retribuzione non è più determinata in sede collettiva, bensì all'opposto essa vede la propria regolamentazione principe nel negoziato individuale.

Quest'ultimo diviene, infatti, il frutto di un accordo diretto tra datore di lavoro e lavoratore ed è volto a valorizzare il merito di quest'ultimo, il quale, forte delle proprie capacità e della minor fungibilità delle prestazioni, avvia direttamente con la controparte una negoziazione sulla propria remunerazione.

In questo senso, pertanto, il lavoratore che sa "di valere", ossia di essere in possesso di particolari competenze e professionalità infungibili e qualitativamente appetibili sul mercato si mette in gioco, negoziando la propria remunerazione con il datore di lavoro e, alla fine, potendosi altresì permettere di scegliere di lavorare presso l'impresa che più remunererà le proprie capacità.

Allo stesso modo la maggior parte delle imprese predilige l'erogazione di superminimi a livello individuale, in quanto così facendo si sottrae all'intervento sindacale e gode di maggiore discrezionalità ([468]). E tale atteggiamento e propensione si accentua, ovviamente, anche con riferimento ai lavoratori sprovvisti di elevate professionalità, in quanto per questi ultimi la regolamentazione della retribuzione a livello individuale diviene sostanzialmente una erogazione unilaterale da parte dell'impresa, che opera al di fuori di qualsivoglia confronto con il sindacato ([469]).

Ancora, una giustificazione di tale predilezione aziendale verso l'accordo individuale è da ricercare nel fatto che attraverso quest'ultima è possibile regolamentare gli obiettivi individuali, mentre il contratto collettivo aziendale, all'opposto, è normalmente propenso a fissare degli obiettivi collettivi.

---

([465]) Sull'evoluzione tecnologica che caratterizza i rapporti di lavoro trasformandone anche la regolamentazione a livello giuridico cfr. F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, tomo I, *Il diritto sindacale*, coordinato da G. PROIA, Torino, 2007, LXXIII e segg.

([466]) Cfr. A. MEGALE, *Relazioni industriali e politiche contrattuali*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2002, pag. 27 e segg.

([467]) In relazione al progressivo spiazzamento del contratto collettivo ad opera di quello individuale cfr. M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, pag. 540 e segg., il quale parla di carattere frammentario del diritto del lavoro contemporaneo.

([468]) Così C. ZOLI, voce *Retribuzione (impiego privato)*, in *Dig. Disc. Priv., Comm.*, Torino, 2006, XII, pag. 418 e segg.

([469]) Cfr., inoltre, S. SCIARRA, *Intervento*, in *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine, 10-11 maggio 1991, Milano, 1994, pag. 79 e segg.; G. ZILIO GRANDI, *Un'introduzione: fonti, struttura e funzioni della retribuzione quindici anni dopo*, *in Lav. Dir*., 2011, 4, pag. 599 e segg.

Infine l'azienda, attraverso l'assunzione di oneri patrimoniali particolari, seppur sempre sostenibili nella strategia aziendale di lungo periodo, fidelizza il dipendente garantendo una continuità del rapporto di lavoro ([470]). Così facendo, la retribuzione incentivante diviene una risorsa per valorizzare le migliori professionalità e per orientare le prestazioni dei lavoratori verso il raggiungimento di obiettivi strategici ([471]).

Proseguendo nel ragionamento sin qui compiuto, allora, il contratto individuale diviene lo strumento attraverso il quale il lavoratore è in grado di valorizzare, sotto il profilo del trattamento economico, le proprie competenze e la propria professionalità ([472]).

Del resto, poiché l'obbligazione retributiva ha il proprio titolo nel contratto di lavoro subordinato e poiché accade che ove essa non sia stabilita direttamente nella lettera di assunzione i giudici di merito individuino nella contrattazione collettiva un valido ausilio per quantificare il trattamento economico dovuto al dipendente([473]), appare quasi una *consecutio* logica che sia proprio nel contratto individuale che il datore di lavoro e il lavoratore concordino l'ammontare della retribuzione variabile connessa a particolari *skills* del lavoratore.

Tanto premesso, pertanto, a fronte di professionalità qualificate la contrattazione individuale assurge allora al ruolo di strumento ideale per valorizzare la retribuzione come risorsa, in quanto è evidente che il lavoratore in possesso di competenze peculiari e qualitativamente elevate non rischia di soccombere nella trattativa, potendo sempre rivolgere altrove la propria offerta di prestazione ove l'azienda non gli riconosca un trattamento economico adeguato.

È in questo contesto, tipico della regolamentazione della retribuzione variabile dei lavoratori più qualificati, pertanto, che si collocano e si giustificano le clausole di *clawback*, ossia quelle clausole che consentono all'azienda di chiedere la restituzione di quanto corrisposto a titolo di retribuzione variabile, trattandosi in tali ipotesi di erogazioni davvero significative sotto il profilo economico, ove siano venuti meno i presupposti per l'erogazione di tale trattamento oppure qualora il dipendente abbia tenuto dei comportamenti che rendono non più giustificata tale erogazione.

## 3. In particolare, la ricostruzione della retribuzione variabile in termini di condizione sospensiva e le problematiche derivanti dalla mancata individuazione degli obiettivi da parte del datore di lavoro.

La retribuzione variabile non è un elemento essenziale del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 1325 cc. e, pertanto, non costituisce l'oggetto di esso, bensì ne è elemento accidentale e, precisamente, può essere qualificata in termini di condizione *ex* art. 1353 c.c. ([474]). Infatti, il contratto di lavoro subordinato è perfetto anche se manca la previsione dell'erogazione ai dipendenti di un premio.

([470]) Evidenzia la tensione tra i contrapposti interessi in gioco nel contesto organizzativo, in particolare, E. GRAGNOLI, *La retribuzione ed i criteri della sua determinazione*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, cit., pag. 18.
([471]) Cfr. A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, Milano, 2004, pag. 18 e segg.
([472]) Cfr. O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 489 e segg., secondo il quale attraverso le logiche dell'autonomia negoziale individuale il lavoratore accetta e chiede di essere giudicato per il suo "saper fare". Cfr., inoltre, ID., *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I pag. 219 e segg.
([473]) Cfr. I. CORSO, *La retribuzione e il contratto individuale*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, cit., pag. 223 e segg.
([474]) V. Cass. 5 giugno 1996, n. 5243, in *Lav. Giur.*, 1996, pag. 1048, che ha classificato come condizione sospensiva il premio di produttività attribuito ad un lavoratore.

Pertanto, i risultati e/o gli obiettivi aziendali che determinano l'erogazione della retribuzione variabile non sono parte del sinallagma contrattuale. Piuttosto, essi assumono rilevanza nel momento esclusivo in cui le parti decidono di condizionare ad essi una parte del trattamento economico.

La clausola con la quale si stabilisce che al raggiungimento di determinati risultati e obiettivi per l'impresa i lavoratori conseguano una parte variabile di retribuzione, un premio, non è che una condizione sospensiva ed acquista efficacia nel momento in cui tali risultati e obiettivi vengano raggiunti ([475]).

In particolare, gli obiettivi di produttività e/o di redditività sono eventi futuri, in quanto le parti li fissano anticipatamente, ed incerti, in quanto il loro raggiungimento è aleatorio.

La retribuzione variabile è una condizione bilaterale, nel senso che viene apposta nell'interesse di entrambe le parti. In particolare, essa risponde all'interesse del datore di lavoro, che in tal modo consegue determinati obiettivi e risultati e incentiva i lavoratori, e allo stesso tempo soddisfa anche l'interesse dei lavoratori a vedersi riconoscere una quota aggiuntiva di retribuzione ([476]).

Le retribuzioni di redditività possono essere qualificate come condizioni miste, ossia condizioni che dipendono in parte da elementi casuali (ad esempio, l'andamento del mercato) e in parte dalla volizione o dalla condotta delle parti (ad esempio, l'acquisto di nuovi macchinari da parte del datore di lavoro, le politiche di bilancio oppure la qualità del lavoro svolto da parte dei dipendenti).

Non univoca è, invece, la soluzione volta ad attribuire natura potestativa, casuale o mista alla retribuzione di produttività, in quanto la risposta risente del fatto che la retribuzione venga fissata in base a obiettivi di produttività aziendale o del lavoro.

Mentre le retribuzioni di produttività aziendale, infatti, possono essere qualificate quali condizioni miste, ossia condizioni che dipendono in parte da elementi casuali (ad esempio, l'andamento del mercato) e in parte dalla condotta delle parti, le retribuzioni di produttività del lavoro sono più affini, invece, alle condizioni potestative.

Ai sensi dell'art. 1358 c.c. la parte forte del sinallagma contrattuale, ossia colui che si è obbligato o ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, durante il periodo di pendenza della condizione deve comportarsi secondo buona fede al fine di conservare integre e non compromettere le ragioni della controparte.

---

([475]) Com'è noto, infatti, se al contratto viene apposta una condizione sospensiva, la clausola produce effetti al verificarsi dell'evento dedotto in condizione. In dottrina, sulla condizione in generale cfr., tra i tanti, M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, pag. 542 e segg.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, pag. 572 e segg.; F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, pag. 209 e segg.

([476]) Secondo Cass. 17 agosto 19999, n. 8685, in *Giur. It.*, 2000, pag. 915, la condizione è unilaterale, anche se non stipulata espressamente come tale, quando tale conclusione può scaturire per implicito da una valutazione dell'intero rapporto negoziale e come corollario indefettibile dello scopo che le parti si propongono, tenuto conto del fatto che la sua determinazione avviene nell'interesse dell'unico contraente chiamato a sopportare un preciso onere economico.

Diversamente, invece, colui che acquista un bene sotto condizione sospensiva è titolare di una aspettativa giuridicamente tutelata ([477]).

Ciò significa che il datore di lavoro deve comportarsi secondo buona fede, mentre il lavoratore è titolare dell'aspettativa di acquisire il bene condizionato e di pretendere che la controparte tenga una condotta conforme a tale principio, astenendosi dal porre in essere comportamenti tali da impedire l'avverarsi dell'evento dedotto in condizione, anche eventualmente ponendo in essere atti conservativi a norma dell'art. 1356 c.c. durante il periodo di pendenza della condizione.

Ove il datore di lavoro ponga, al contrario, in atto comportamenti contrari a buona fede, tali da impedire l'avverarsi della condizione legittimante il premio, il lavoratore potrà invocare l'art. 1359 c.c., a tutela della propria aspettativa ([478]). E ciò vale, secondo la dottrina maggioritaria, non solo in caso di condizioni miste, ma anche (e a maggior ragione) di condizioni potestative, in cui l'avveramento della condizione dipende dall'attività di uno dei contraenti ([479]).

Un aspetto di rilievo che occorre considerare affrontando la tematica *de qua* è che il presupposto perché il datore di lavoro possa invocare la clausola di *clawback* è che il premio sia stato già erogato o che, prima ancora, il datore di lavoro non abbia omesso di determinare gli obiettivi stessi.

Quanto appena detto pone, allora, l'ulteriore questione relativa alle conseguenze dell'eventuale comportamento omissivo del datore di lavoro, il quale si sottragga alla determinazione degli obiettivi. Questione che si fa maggiormente pressante nell'ipotesi in cui il premio venga fissato a livello di contrattazione individuale lasciando, generalmente, alla determinazione unilaterale del datore di lavoro la fissazione degli obiettivi.

Il quesito che si pone, in tale caso, è in realtà preliminare all'operatività della clausola di *clawback*, ma non per questo meno importante, ossia se il lavoratore abbia comunque diritto a percepire la quota variabile della retribuzione e, se corrisposta, quale sia il suo ammontare, se automaticamente quello massimo o se in misura inferiore.

La giurisprudenza di merito che si è occupata della questione nel 2007 ha riconosciuto il diritto del lavoratore a percepire la retribuzione variabile nel suo ammontare massimo, ritenendo che il comportamento delle parti andasse valutato alla luce dei doveri di lealtà e di correttezza *ex* art. 1358 c.c. ([480]). Pertanto, venuto meno l'interesse del datore di lavoro a concordare gli obiettivi

---

([477]) Cfr., sul punto, M. CARNEVALE, *Contratto condizionato e buona fede*, in *I contratti*, 2005, n. 6, pag. 559 e segg.

([478]) V. App. Milano 21 novembre 2007, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2008, pag. 248, con nota di F. CAPURRO, *Natura retributiva del* bonus *e finzione di avveramento della condizione*, secondo la quale la condizione si considera avverata ai sensi dell'art. 1359 c.c. ove sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento della stessa. Pertanto, tenuto conto che ai sensi dell'art. 1358 c.c. sussiste il dovere di lealtà e correttezza delle parti nell'intero arco di pendenza della condizione, nell'ipotesi in cui il raggiungimento degli obiettivi, condizione per il riconoscimento della retribuzione variabile, sia divenuto impossibile a causa del comportamento omissivo del datore di lavoro, sussiste il diritto del lavoratore a percepire la retribuzione variabile.

([479]) In dottrina sono sostenitori di tale teoria P. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, pag. 814 e segg.; R. SACCO, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 1996, pag. 155 e segg.; M. CARNEVALE, *Contratto condizionato e buona fede*, cit., pag. 560 e segg.; F. BESOZZI, *Presupposti applicativi della finzione di avveramento della condizione*, in *Contratti*, 2003, 12, pag. 1096 e segg.; G. MICARI, *Pendenza della condizione e finzione di avveramento*, in *Giust. civ.*, 2004, II, pag. 2797 e segg.; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, pag. 110 e segg.

([480]) Si rinvia a Trib. Milano, 16 maggio 2007, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, II, 2007, pag. 863, con nota di F. CAPURRO, *Retribuzione variabile, obiettivi aziendali e finzione di avveramento della condizione* e a App. Milano, 21 novembre 2007, cit., pag. 248, che ha dedotto il venir

per il compenso variabile, il mancato avveramento della condizione sarebbe addebitabile al comportamento del datore di lavoro e, pertanto, la condizione dovrebbe ritenersi avverata alla luce dell'art. 1359 c.c.

Si rileva, peraltro, che l'attribuzione al giudice del ruolo di determinazione della componente variabile della retribuzione in luogo del datore di lavoro, ove quest'ultimo ometta di farlo, è in linea con gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza anche in altri paesi comunitari, quali ad esempio la Francia, su analoga questione ([481]).

Invero, già in precedenza il giudice di merito si era pronunciato in modo analogo, seppur con riferimento, in quel caso, alla componente aggiuntiva del compenso dovuta ad un professionista nell'ambito di una collaborazione coordinata e continuativa per i risultati raggiunti nell'ambito di specifici progetti e programmi ([482]).

Non sono, tuttavia, mancate anche pronunce di segno contrario all'orientamento appeno ricordato, le quali, ritenendo che il lavoratore sia titolare di un diritto soggettivo perfetto, pongono a carico di quest'ultimo il concorrente adempimento di obbligazioni, quale è il raggiungimento degli obiettivi. Pertanto, secondo tale orientamento, l'inadempimento della fissazione e comunicazione degli obiettivi determina il mero diritto del lavoratore al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa considerando la media dei *bonus* percepiti negli anni precedenti ([483]).

Così come, del resto, non sono neppure mancate pronunce che hanno ritenuto che la clausola di un contratto individuale che prevede l'erogazione di un *bonus* senza la specificazione degli obiettivi che ne legittimano l'erogazione, abbia un oggetto indeterminato e, come tale, nullo ai sensi dell'art. 1346 c.c. o che, al più, vada interpretata come istitutiva di un vero e proprio obbligo a trattare in capo al datore di lavoro, con conseguente diritto del lavoratore al risarcimento del danno in caso di mancato adempimento a tale obbligo da parte della controparte ([484]).

Pertanto, secondo tale orientamento della dottrina, non condiviso invece dalla giurisprudenza maggioritaria ([485]), il rimedio dell'art. 1359 c.c., secondo il quale il lavoratore può agire in giudizio per far dichiarare avverata la condizione che è mancata per una causa imputabile al datore di

---

meno dell'interesse del datore di lavoro alla determinazione degli obiettivi dall'intervenuto mutamento delle mansioni del lavoratore, così imputando al primo il mancato avveramento della condizione, nonostante le numerose richieste del lavoratore sul punto.

([481]) V. *Cour de Cassation*, *Ch. Soc*., 13 luglio 2004, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, pag. 578, con nota di S. BRUN, *Le fonti di determinazione della retribuzione variabile tra i limiti all'autonomia individuale e il ruolo suppletivo del giudice: le* guidelines *della giurisprudenza francese.* Tale sentenza ribadisce proprio che quando il diritto alla retribuzione variabile deriva dal contratto di lavoro, in mancanza di un accordo tra datore di lavoro e lavoratore sull'ammontare della quota di retribuzione spetta al giudice di determinarlo avendo riguardo ai criteri individuati dal contratto e agli accordi intervenuti tra le parti negli anni precedenti.

([482]) V. Trib. Milano, 9 ottobre 2006, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, II, 2007, pag. 178, con nota di R. M. PARIS, *Inadempimento datoriale nell'individuazione del criterio di quantificazione di voce variabile della retribuzione e relative conseguenze*, nella cui argomentazione si legge che non si può ammettere che il committente che si giova del lavoro possa esentarsi dal pagamento del compenso allegando il proprio inadempimento rispetto agli obblighi strumentali al pagamento del medesimo.

([483]) V. Trib. Milano, 20 maggio 2008, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 208, pag. 1015 e segg.

([484]) V. Cass. 16 giugno 2009, n. 13953, in *Riv. Crit. Dir. lav.*, 2009, pag. 1009, con nota di A. PREMOLI, *Bonus connessi al raggiungimento di obiettivi e poteri integrativi del giudice*, sulla clausola contrattuale che prevede l'erogazione di un *bonus* basato su obiettivi da concordarsi di anno in anno.

([485]) V. Cass. 11 agosto 1999, n. 8584, in *Giur. It.*, 2000, pag. 1619; Cass. 5 giugno 1996, n. 5243, in *Lav. Giur.*, 1996, pag. 1045 e segg.; Cass. 5 gennaio 1983, n. 9, in *Giust. Civ.*, 1983, I, pag. 1524. *Contra*, Cass. 24 aprile 1974, n. 1183, in *Giur. It.*, 1975, I, pag. 1944; Pret. Napoli, 24 dicembre 1982, in *Orient. Giur. Lav.*, 1984, pag. 1.

lavoro, è applicabile tanto in ipotesi di retribuzioni di redditività che di produttività, aziendale e al lavoro ([486]).

## 4. La direttiva 2013/36/UE e il recepimento di essa da parte della Banca d'Italia, nonché l'ulteriore regolamentazione della materia da parte della CONSOB.

Come noto, a fronte di gravi avvenimenti che hanno interessato il settore bancario, quali, ad esempio, il *crack* della Lehman Brothers, connessi a gestioni finanziarie poco trasparenti da parte anche di alcuni istituti di credito europei, il Parlamento e il Consiglio d'Europa sono intervenuti al fine di dettare discipline inerenti le politiche e le prassi di remunerazione ed incentivazione nell'ambito degli assetti organizzativi e di governo delle Banche ([487]).

È in tale contesto che si inserisce la Direttiva n. 2010/76/CE (la c.d. "CRD III"), la quale ha dettato una serie di norme volte a far sì che la remunerazione del personale più rilevante operante nelle imprese bancarie sia correlata sia alla *performance* del singolo, sia agli obiettivi raggiunti dalla divisione in cui opera, nonché dalla banca in generale ([488]).

In particolare, al fine di raggiungere tale obiettivo la CRD III ha dettato le seguenti regole: il pagamento di una parte della retribuzione variabile in strumenti finanziari (in modo da allineare il compenso all'andamento dei titoli azionari dell'ente creditizio); il differimento nel tempo di parte dei medesimi compensi variabili; il divieto di vendita (per un periodo di tempo determinato) degli strumenti finanziari corrisposti; e, infine, la previsione di una serie di meccanismi correttivi *ex post*, qualora i presupposti di *performance* alla base della remunerazione ottenuta si siano rivelati errati o, nei casi più gravi, siano dipesi da condotte inadempienti (o addirittura fraudolente) dei beneficiari, i c.d. *malus* o *clawback*.

La CRD III, accompagnata dalle linee interpretative del CEBS del 10 dicembre 2010 (le c.d. *CEBS Guidelines*), è stata sostituita, a partire dall'1 gennaio 2014, dalla Direttiva n. 2013/36/UE (denominata anche "CRD IV") contenente principi e criteri direttivi invero molto dettagliati, cui le banche devono attenersi al fine di garantire una corretta elaborazione ed attuazione dei sistemi di remunerazione e che deve essere letta, come precisato nel suo considerando n. 2, unitamente al Regolamento UE n. 575/2013, recante requisiti prudenziali uniformi e direttamente applicabili a carico degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

La direttiva citata al considerando n. 64 prevede una distinzione tra retribuzione fissa e retribuzione variabile, precisando, al considerando n. 65, che in ogni caso, al fine di ridurre i rischi eccessivi che potrebbe subire la banca dall'incidenza della condotta dei singoli individui, anche alla luce

---

([486]) In passato, la giurisprudenza era restia a dare applicazione all'art. 1359 c.c. in caso di retribuzione variabile in generale, in quanto condizione bilaterale, poiché quest'ultima implica che l'avveramento della condizione risponda ad un interesse di entrambi i paciscenti al momento della conclusione del contratto, mentre è irrilevante che un contraente abbia maturato un interesse contrario durante il periodo di pendenza della condizione. Così, ad esempio, Cass. 20 novembre 1996, n. 10220, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, pag. 1557; Cass. 23 aprile 1998, n. 4178, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, pag. 866; Cass. 19 maggio 1992, n. 5975, in *Giust. Civ. Mass.*, 1992, pag. 5. Oggi la giurisprudenza maggioritaria è di contrario avviso e non vede alcun ostacolo all'applicazione dell'art. 1359 c.c. nella natura bilaterale della clausola. V. Cass. 28 luglio 2004, n. 14198, in *I contratti*, 2005, pag. 555 e segg.; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2168, in *I contratti*, 1998, pag. 553 e segg.

([487]) Per una interessante disamina dell'evoluzione normativa in materia si rinvia a L. CAPONE, R. LENER, G. GAUDIO, *Novità in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nel settore bancario*, in *www.dirittobancario.it/approfondimenti/corporate-governance.*

([488]) Per il recepimento di tale direttiva da parte della Banca d'Italia si rinvia al Provvedimento del 30 marzo 2011, in *Bollettino di Vigilanza*, n. 3, marzo 2011.

del ruolo svolto da ciascuno di essi, deve essere fissato un rapporto massimo tra la componente fissa e la componente variabile della retribuzione.

La *ratio* dell'intervento è da ricercare nell'intenzione del legislatore comunitario di evitare conflitti di interesse e di assicurare che il sistema di remunerazione tenga conto dei rischi suddetti, sia attuali che in prospettiva, nonché del grado di patrimonializzazione e dei livelli di liquidità di ciascun istituto, assicurando maggiore trasparenza e rafforzando l'azione di controllo degli organi di vigilanza.

Pertanto, ai sensi dell'art. 104, comma 1, lett. g) della direttiva CRD IV la retribuzione variabile deve essere limitata a una misura percentuale dei ricavi netti quando risulta "incompatibile con il mantenimento di una solida base patrimoniale".

Inoltre, l'art. 94, lett. n), secondo capoverso, statuisce che: "Fatti salvi i principi generali di diritto nazionale dei contratti e del lavoro, la remunerazione variabile complessiva è generalmente ridotta in misura considerevole qualora i risultati dell'ente siano inferiori alle attese o negativi, tenendo conto sia delle remunerazioni correnti sia delle riduzioni nei versamenti di importi precedentemente acquisiti, anche attraverso dispositivi di *malus* o di restituzione.".

Più nello specifico, i meccanismi di *malus* possono coprire anche il 100% della retribuzione variabile ("Fino al 100 % della remunerazione variabile complessiva è soggetto a dispositivi di *malus* o di restituzione.") e vengono applicati, a norma dell'art. 94, lett. n), terzo capoverso, secondo i criteri specifici fissati dagli enti, ossia quando il personale: " i) è stato partecipe di condotte che hanno causato perdite significative per l'ente o ne è stato responsabile; ii) non ha soddisfatto livelli adeguati di competenza e onorabilità.".

Nell'ordinamento giuridico italiano tale direttiva è stata recepita dalla Banca d'Italia con la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, successivamente aggiornata nel 2014 e, da ultimo, con il VII aggiornamento del 19 novembre 2014 ([489]), che contempla uno specifico capitolo, il Capitolo 2, riguardante la politica e prassi di remunerazione ed incentivazione.

Tale intervento mira a scoraggiare quelle politiche retributive, adottate principalmente per il personale più rilevante, quali amministratori ed alti dirigenti, correlate al raggiungimento di risultati di breve e non di lungo periodo ([490]).

In particolare, in tema di personale dipendente la circolare della Banca d'Italia stabilisce che il trattamento economico è composto da una parte fissa e da una quota variabile ed è determinato in modo tale da "attrarre e mantenere in Azienda soggetti dotati di professionalità e capacità adeguate alle esigenze della banca, nel rispetto della normativa vigente e della disciplina della contrattazione collettiva applicabile".

---

([489]) In Gazzetta Ufficiale n. 280 del 2 dicembre 2014.

([490]) Nei "*Principi generali*" contenuti nella lettera b) del VII aggiornamento citato, si legge che: "Le ragioni e le finalità del sistema di remunerazione della banca si ispirano ai seguenti principi: assicurare il rispetto della normativa e disincentivarne qualsiasi violazione; perseguire con coerenza gli obiettivi della banca, conformemente alla cultura aziendale, al complessivo assetto di governo societario e dei controlli interni nonché alle politiche di prudente gestione del rischio e delle strategie di lungo periodo; impedire che situazioni di conflitto di interessi possano comportare l'inosservanza della normativa; evitare di disincentivare, negli organi e nelle funzioni a ciò deputate, l'attività di controllo; attrarre e mantenere in Azienda soggetti dotati di professionalità capacità adeguate alle esigenze della Banca; improntare i comportamenti interni ed esterni alla massima correttezza nelle relazioni con la clientela, per la relativa tutela e la connessa fidelizzazione, nonché al contenimento dei rischi legali e reputazionali.".

In particolare, la parte variabile si articola in: una retribuzione variabile c.d. comune, che è collegata ai risultati aziendali ed è destinata a tutto il personale cumulativamente inteso; una retribuzione variabile c.d. individuale, determinata secondo specifici criteri ed erogata a singole categorie di destinatari; erogazioni individuali di carattere discrezionale e non continuativo, riconosciute *una tantum* a titolo di premio per un particolare impegno qualitativo o quantitativo dimostrato nello svolgimento della prestazione di lavoro ovvero concesse in occasione di particolari ricorrenze o eventi (ad esempio, l'anniversario di fondazione della banca, Natale, Pasqua, fusioni, ispezioni, audit, ecc.).

Come viene precisato, la finalità della previsione di una quota variabile della retribuzione è di "attrarre e mantenere in Azienda soggetti dotati di professionalità e capacità adeguate alle esigenze della Banca".

Mentre la retribuzione variabile comune viene erogata al personale cumulativamente inteso secondo la disciplina stabilita dalla contrattazione collettiva, la componente variabile individuale viene erogata in relazione alle singole categorie di destinatari. In questo senso viene individuato il c.d. personale più rilevante, il quale è costituito da tutti i componenti, esecutivi e non esecutivi, del Consiglio di amministrazione, compreso il presidente; il Direttore Generale e il Vice Direttore generale; i responsabili della Funzione Controlli (*Risk Management* ed Antiriciclaggio); il Responsabile della Funzione *Compliance*; i responsabili delle principali Funzioni / Aree di *business* e operative, quali: il responsabile Area Finanza e Tecnico Operativa; il responsabile della Segreteria Affari Generali; il responsabile della Funzione Contabilità, Pianificazione e Personale; il responsabile Rete di Vendita; il responsabile della Funzione Crediti e Monitoraggio Andamentale; il responsabile della Funzione Precontenziosi, Contenzioso e Legale; il preposto della Filiale-Sede di Scafati.

La retribuzione variabile individuale viene erogata con pagamento dilazionato, decorsi diciotto mesi, per una quota che la Banca d'Italia ha fissato nel 30% del totale.

Inoltre, la circolare citata ha statuito che alla retribuzione variabile vengano applicati dei meccanismi di correzione *ex post*, rappresentati da sistemi di *malus* e da clausole di *clawback*, volte ad una riduzione, anche significativa, della retribuzione variabile o addirittura all'azzeramento di essa.

In particolare, al personale più rilevante vengono applicati dei meccanismi di *malus* sulla quota differita della componente variabile individuale della retribuzione, i quali trovano applicazione in base al principio di proporzionalità, in forza del quale sono previste delle esenzioni per le banche di dimensioni minori e di minore complessità organizzativa.

Più nello specifico è previsto che il Consiglio di amministrazione fissi in un apposito documento tecnico di dettaglio specifici livelli sia di stabilità delle condizioni di *performance* utili ai fini della relativa maturazione, sia di positivo andamento della situazione patrimoniale e di liquidità e le relative percentuali di erogazione.

Fissato ciò, i meccanismi di *malus* prevedono un aggiustamento al ribasso della remunerazione derivante dai *bonus* erogati su di un arco pluriennale, a fronte di una *performance* negativa o inferiore ai risultati attesi e si applicano nel periodo di differimento prima che il *bonus* venga percepito dal beneficiario.

Diversamente dai meccanismi di *malus*, invece, le clausole di *clawback* non si limitano a erogare in misura proporzionalmente inferiore le retribuzioni variabili, bensì sanciscono l'obbligo di restituzione dell'intera componente variabile al verificarsi di determinate situazione.

Tali clausole, pertanto, trovano applicazione sia per i pagamenti non differiti, ossia i c.d. pagamenti *up-front*, che per quelli oggetto di differimento, dopo che il *bonus* sia stato percepito dal beneficiario e si applicano a coloro che hanno determinato o concorso a determinare situazioni da cui è derivata una perdita significativa per la banca, violazioni degli obblighi imposti ai sensi dell'art. 26 del T.U. bancario in tema di requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali o degli obblighi in materia di remunerazione e incentivazione, oppure pregiudizi all'integrità patrimoniale, alla redditività o alla reputazione della banca in presenza di dolo o colpa grave.

La Banca d'Italia, inoltre, in tale circolare ha fatto un'ulteriore applicazione delle clausole di *clawback* non solo con riferimento alla restituzione della retribuzione variabile, ma degli stessi compensi pattuiti per il personale più rilevante nell'ambito di operazioni straordinarie (quali, ad esempio, le fusioni) o nell'ambito di processi di ristrutturazione aziendale per la cessazione del rapporto di lavoro, a fronte di comportamenti fraudolenti o di colpa grave a danno dell'istituto.

Oggi, pertanto, le banche italiane sono assoggettate, nella redazione delle loro prassi e politiche di remunerazione, a un sistema di fonti costituito da: le disposizioni della Banca d'Italia di cui alla Circolare n. 285 nella sua versione aggiornata; la Direttiva CRD IV e le *CEBS Guidelines* del 2010, in quanto compatibili e comunque in vigore fino al 31 dicembre 2016; nonché dalle successive *EBA Guidelines* emanate dalla *European Banking Authority* (l'*EBA* appunto) il 21 dicembre 2015, le quali dovrebbero dare un contributo rilevante al miglioramento dell'applicazione della direttiva CRD IV a livello europeo, limitando le possibilità di arbitraggio regolatorio tra imprese bancarie dei diversi Stati membri.

In particolare, le *EBA Guidelines* del 2015 danno una lettura restrittiva del principio di proporzionalità, stabilendo che le disposizioni della direttiva CRD IV siano applicate a tutti gli enti creditizi, anche quelli minori e meno complessi sotto il profilo organizzativo, nonché a tutto il personale, indipendentemente dall'ammontare della retribuzione variabile e dall'incidenza del singolo individuo sul profilo di rischio di ciascuna singola banca.

Esse, inoltre, adottano una definizione ampia di retribuzione variabile, tale da comprendere anche "tutte le somme erogate in occasione della conclusione anticipata del rapporto di lavoro (c.d. *golden parachutes*) o per la cessazione anticipata della carica (c.d. *severance payments*)", ad eccezione dell'indennità di mancato preavviso.

Infine, in tema di *malus* e di *claw back*, le *EBA Guidelines* stabiliscono che tali meccanismi operino anche nel caso in cui il beneficiario abbia commesso seri errori e qualora la banca o la *business unit* del beneficiario, a prescindere da sue specifiche condotte, abbia sofferto una perdita significativa o un significativo fallimento delle funzioni di *risk management*.

Sotto tale profilo, pertanto, si registra un peculiare cambio di rotta in quanto, se fino all'emanazione di tali linee guida nel 2015 le ipotesi che determinavano l'operatività dei meccanismi di *malus* e di *clawback* erano esclusivamente riconducibili a condotte del beneficiario e a elementi di tipo soggettivo, con tale nuove previsioni si introducono, invece, *ex novo* delle ipotesi oggettive di operatività di tali meccanismi.

Tramite tali aggiornamenti delle disposizioni di vigilanza per le banche, la Banca d'Italia ha reso obbligatoria l'inclusione delle clausole di *clawback* per i contratti di tutti i dipendenti delle banche italiane rientranti nella definizione di "personale più rilevante" ([491]). Ciò significa che tali clausole vengono inserite obbligatoriamente in tutti i contratti di lavoro stipulati dopo l'1 gennaio 2015, tenuto conto dell'inquadramento lavorativo del dipendente, in quanto, come si è detto, operano nei confronti di profili professionali di elevate professionalità e capacità retribuiti attraverso emolumenti variabili individuali.

Un altro settore in cui tali clausole hanno preso piede è quello dei promotori finanziari di cui all'art. 31 del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il c.d. Testo Unico della Finanza, oggi denominati "consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede", per i quali opera il Regolamento congiunto della Banca d'Italia e della Consob, nella versione modificata dal D.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254.

Con riferimento ai consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede, infatti, era stato segnalato un disallineamento rispetto alla disciplina bancaria proprio sotto il profilo dei meccanismi di correzione *ex post* dell'erogazione della retribuzione variabile. Considerata la rilevanza del tema, allora, si è preferito superare il disallineamento apportando una specifica integrazione al testo del Regolamento, anziché lasciare all'interprete la corretta applicazione della normativa, introducendo meccanismi di *malus* e di *clawback*. Queste ultime tengono conto, oltre che dei livelli di *performance*, anche dei comportamenti individuali, quali: comportamenti da cui è derivata una perdita significativa per il gestore; violazioni degli obblighi imposti ai sensi dell'art. 13 in tema di onorabilità, indipendenza e professionalità o, quando il soggetto è parte interessata, dell'art. 6, comma 2-*octies* e 2-*novies* del Testo Unico della Finanza, in tema di conflitto di interessi o degli obblighi in materia di remunerazione e incentivazione; comportamenti fraudolenti o di colpa grave a danno del gestore.

Inoltre, si dà atto del recente utilizzo di tali clausole anche nel settore industriale della produzione di energia pulita e sostenibile, da parte di quelle aziende che hanno partecipazioni in banche e società ([492]).

## 5. La casistica delle clausole di clawback attualmente disponibile.

Dall'analisi della casistica in tema di *clawback* si può tentare di delineare una classificazione delle suddette pattuizioni in due aree, di cui una improntata ad un elemento tipicamente soggettivo, quale è la condotta o, comunque, uno *status* del lavoratore e l'altra, all'opposto, connotata da un elemento oggettivo e da ipotesi svincolate da qualsivoglia comportamento del dipendente.

In particolare, nella prima area si fanno rientrare tutte quelle condotte, fraudolente, dolose o colpose del dipendente che possono, in qualche modo, creare (o aver creato) danni o pregiudizi all'azienda.

---

([491]) Le nuove disposizioni sono consultabili sul sito *web* della Banca d'Italia, ai seguenti indirizzi: *www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_bi/circ-reg/disp-vig-banche*; *www.bancaditalia.it/vigilanza/cons-pubblica/proc_concluse/raccolta*

([492]) Il riferimento è al Gruppo Falck, nato nel 1906, che opera nel settore delle energie rinnovabili, il quale produce energia da eolico, solare, biomasse e *waste-to-energy* e detiene partecipazioni in diverse banche e società.

Rientrano in tale filone le condotte descritte, ad esempio, dalla *Policy* di remunerazione e incentivazione a favore dei componenti degli Organi di supervisione strategica, gestione e controllo, e del personale del Gruppo Bancario Banca FarmaFactoring del 27 febbraio 2017 ([493]).

Queste ultime stabiliscono che il riconoscimento della parte variabile della remunerazione viene meno o, se già versata, che debba essere restituita, in presenza di comportamenti individuali dell'interessato, tenuti nell'ambito dell'attività della banca o comunque dell'attività professionale del medesimo, da cui sia derivata una perdita significativa per la banca o per le società del gruppo oppure in conseguenza della perdita di uno o più dei requisiti di cui all'art. 26 del Testo Unico bancario da parte di amministratori esecutivi, dirigenti, *senior executive* delle società estere del gruppo e direttori generali o, ancora, della violazione degli obblighi previsti dall'art. 53, comma 4 e seguenti del Testo Unico bancario, della violazione degli obblighi e delle previsioni del Titolo IV, capitolo 2, Sezione III, della Circolare n. 285, di comportamenti specifici posti in essere con dolo o colpa grave, che abbiano determinato danni patrimoniali o d'immagine alla banca e alle società del gruppo, della violazione con dolo o colpa grave degli obblighi di cui al D.lgs. n 231 del 2001 e del Codice Etico adottato dalla Banca, nonché, infine, di comportamenti fraudolenti posti in essere con dolo o colpa grave attuati a danni della banca o delle società del gruppo e, in ogni caso, in presenza di "inadempimenti tali da giustificare il recesso dal rapporto da parte della Banca ai sensi della normativa di legge e della contrattazione collettiva eventualmente applicabile".

Anche la Politica di remunerazione e incentivazione del personale dipendente della *Franklin Templeton Investements* del 29.05.2013, nella sua versione aggiornata al 2015 ([494]), enuclea una serie di ipotesi collegate alla condotta del dipendente, quali: la fraudolenta o dolosa inesattezza dei risultati finanziari o l'adozione di comportamenti contrari alla sana e prudente gestione e/o in contrasto con le norme definite dal Codice Etico.

La Relazione del Consiglio di Amministrazione ai soci di Veneto Banca del 5 maggio 2016 sulle Politiche di remunerazione ed incentivazione ([495]), a sua volta, ha statuito la perdita dei diritto al premio ancora da ricevere, nonché l'obbligo di restituire il valore netto di quanto già ricevuto in capo a tutti coloro per cui, entro sette anni dalla data di erogazione della quota *up-front* o differita, si accertino sia comportamenti da cui sia derivata una perdita significativa per la banca, ma anche la violazione degli obblighi imposti dall'art. 26 del Testo Unico bancario in merito ai requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali, oltre alla violazione delle condizioni e dei limiti per l'assunzione di attività di rischio o la violazione degli obblighi in materia di remunerazione e incentivazione di comportamenti fraudolenti o di colpa grave a danno della banca. Sulla stessa linea si pongono anche la casistica enucleata dall'Assemblea Credito Cooperativo Romagnolo 2016 per l'esercizio 2015 del 26.04.2016 8[496]), nonché la "Relazione sulla remunerazione: politiche in materia di remunerazione del Gruppo Bancario e resoconto sull'applicazione delle politiche stesse nell'esercizio 2011" di Banca Generali ([497]) e la Relazione sulla remunerazione di Banca Finnat del 15 marzo 2013 ([498]).

---

([493])In *http://www.bancafarmafactoring.it/governance*.
([494]) In *http://www.franklintempleton.it*.
([495]) In *https://www.gruppovenetobanca.it*.
([496]) In *https://www.ccromagnolo.it*.
([497]) In *http://www.bancagenerali.com/site/home/corporate-governance.html.*
([498]) In *https://www.bancafinnat.it*.

Tali soluzioni paiono opportune e in linea con la *ratio* posta a base dell'istituto delle clausole di *clawback*, in quanto è evidente che se il lavoratore ha posto in essere delle condotte in qualche modo lesive degli interessi o dell'immagine aziendale ciò fa venire meno il presupposto dell'erogazione della retribuzione variabile, prevista a titolo di premio per l'operato del dipendente.

Accanto a tale casistica a connotazione soggettiva, improntata sulla condotta del dipendente, poi, se ne delinea un'altra, la quale è caratterizzata, all'opposto, da ipotesi svincolate da qualsivoglia comportamento del lavoratore. Si tratta, pertanto, di casi al verificarsi dei quali, in via automatica, scatta l'obbligo di restituzione di quanto percepito a titolo di retribuzione variabile, senza necessità di dover indagare l'*animus* o la condotta del lavoratore.

Si tratta di ipotesi di natura squisitamente oggettiva, relative, ad esempio, alla mera rilevazione di un errore contabile dal quale sia derivata un'errata (nel suo ammontare, ad esempio) o ingiustificata erogazione della quota variabile di retribuzione. Può essere, ad esempio, il caso di revisione dei risultati finanziari, preso a riferimento, ad esempio, dalla Politica di remunerazione e incentivazione del personale dipendente della *Franklin Templeton Investements* del 29.05.2013, la quale prevede la restituzione di tutti i premi concordati e/o erogati ove il gruppo proceda alla rielaborazione dei risultati finanziari o la non sussistenza dei requisiti alla base dell'erogazione secondo le Relazione del Consiglio di Amministrazione ai soci di Veneto Banca del 5 maggio 2016 sulle Politiche di remunerazione ed incentivazione.

La clausola viene formulata con riferimento ad ipotesi oggettive, seppur "a titolo esemplificativo e non esaustivo" anche da parte del Gruppo Falck, società operante nel settore della produzione di energia rinnovabile, nella relazione sulla remunerazione approvata dal Consiglio di amministrazione il 9 marzo 2017, ove la società si riserva di richiedere la restituzione della remunerazione variabile (o di trattenere somme oggetto di differimento) a fronte di determinate circostanze quali il caso di somma erogata sulla base di dati che in seguito risultino manifestamente errati.

Recentemente, poi, la tematica è stata oggetto di un interessante contenzioso da parte di RBS, *The Royal Bank of Scotland*, che si colloca nel filone, per così dire, oggettivo della clausola di *clawback* in quanto ne sostiene a pieno titolo l'operatività in via automatica al verificarsi di determinate situazioni di tipo oggettivo.

La causa vedeva contrapposti la *Royal Bank of Scotland* e un *manager* che aveva svolto attività di lavoro dipendente come dirigente presso quest'ultima dal 2001 al 2008 e, successivamente, aveva lavorato in forza di un rapporto di collaborazione presso lo stesso istituto. Il contratto di collaborazione, in particolare, dava diritto al *manager* di accedere agli schemi di partecipazione agli utili e ai piani di incentivazione della convenuta, tra i quali rientravano i c.d. *Deferral Plans*. In forza di tale contratto il collaboratore riceveva annualmente un *Award Certificate* con il quale RBS gli attribuiva una parte di retribuzione variabile da erogarsi in forma differita e, più nello specifico, su un arco temporale di tre anni.

Per l'anno 2008 RBS aveva attribuito al *manager* un premio complessivo di € 648.899,54 da corrispondere per 209.938,71 entro il 18 giugno 2010, per 216.260,88 entro il 18 giugno 2011 e per 222.723,95 entro il 18 giugno 2012.

In particolare, l'*Award Certificate 2009* contemplava una clausola, denominata *clawback percentage*, che faceva salvo il diritto della banca di revocare parzialmente il *Deferred Award* nella

misura massima di 73% e che garantiva al beneficiario il diritto alla percezione del premio differito anche in caso di cessazione del rapporto.

Le parti nel 2010 risolvevano consensualmente il rapporto stipulando una transazione generale novativa, con cui dichiaravano di "risolvere il contratto di servizio prima della data di scadenza e di definire, una volta per tutte, qualsiasi questione, presente e futura, relativa all'adempimento ed alla risoluzione ed evitare qualsiasi pretesa legale".

Nel 2012, tuttavia, RBS aveva annunciato al manager di volersi avvalere della clausola di *clawback*, negandogli il pagamento della terza rata del *Deferred Award 2008*, sul presupposto, contestatogli, di rilevanti perdite sulla posizione di un cliente greco che si affermava affidato alla sua supervisione presso la direzione *Global Banking & Market*.

A tale richiesta si opponeva il lavoratore, affermando da un lato che la transazione aveva sostituito integralmente gli accordi preesistenti e che, conseguentemente, RBS non potesse più avvalersi delle previsioni di cui al regolamento *Deferred Award* e, nello specifico, della clausola di *clawback* e, dall'altro, che la pretesa così azionata violasse i doveri di correttezza e buona fede nell'esecuzione degli accordi.

La banca, dal canto suo, si difendeva addebitando al ricorrente una rilevante perdita riferibile a clienti di una succursale greca, evidenziando come da un'indagine compiuta nel 2011 fossero emerse responsabilità dirette e, nello specifico, negligenze nella gestione e supervisione delle attività della succursale greca da parte della divisione di cui era responsabile il *manager*. RBS, dunque, sosteneva che l'essersi avvalsa della clausola di *clawback* fosse perfettamente in linea con i canoni di correttezza e buona fede che parte ricorrente affermava invece violati.

In primo grado il contenzioso è stato oggetto di una pronuncia da parte del Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, con sentenza n. 3336 dell'1 ottobre 2013, con la quale era stata data, inizialmente, una lettura della clausola di *clawback* ancorata alla condotta del lavoratore, per cui, in concreto, poiché non venivano ravvisate mancanze e/o negligenze da parte del *manager*, non avendone RBS fornito alcuna prova, la richiesta di restituzione del premio era stata giudicata illegittima.

La questione, poi, è stata integralmente riformata in appello con sentenza n. 585 del 5 giugno 2017, fornendo una lettura interpretativa che si colloca a pieno titolo nel secondo filone della casistica sul *clawback* appena considerato.

Si premette che, nel caso considerato, in base agli accordi intercorsi tra le parti la clausola di *clawback* trovava applicazione nelle seguenti ipotesi: ove i risultati previsti per l'esercizio finanziario si fossero rivelati in seguito sostanzialmente imprecisi o erronei; se nella *business unit* o nel centro di costo nel quale operava il lavoratore si fosse successivamente verificata una perdita derivante da operazioni effettuate durante l'esercizio o derivante da altre circostanze che avrebbero potuto essere ragionevolmente gestite in termini di rischio nel corso di tale esercizio; a fronte di determinate condotte, nonché in ipotesi di risoluzione del rapporto per specifiche ragioni di "*good leaver*", quali ad esempio: il licenziamento per esubero, il pensionamento, problemi di salute, lesioni, invalidità o soppressione di un *business*.

Quindi, la clausola operava sia in ipotesi riconducibili a particolari condotte del dipendente, sia in ipotesi "oggettivamente" rilevabili, in tal caso senza alcuna necessità di spingersi ad indagare il comportamento del lavoratore al quale veniva richiesta la restituzione.

Secondo la Corte di Appello, nel caso concreto, la clausola di *clawback* non richiedeva alcuna negligenza da parte del beneficiario ai fini della sua operatività. All'opposto, ciò che rilevava ai fini dell'operatività di essa erano i risultati oggettivi della società e l'appartenenza del beneficiario alla *business unit* dove si fosse verificata la perdita.

In sostanza, a detta della Corte d'Appello, la clausola di *clawback* opera "indipendentemente dalla personale responsabilità del beneficiario dei premi", essendo tesa a correggere *ex post* la componente variabile della retribuzione "anche quando la società o un *business* subisce flessioni significativamente negative in termini finanziari o subisce un significativo errore nella gestione del rischio". Del resto, come si ricorda in sentenza, il Comitato per le Remunerazioni del Gruppo RBS, che è un sottocomitato del Consiglio di Amministrazione, ha la facoltà di rivedere i premi e di disporne la riduzione con un ampio margine di discrezionalità "alla luce dei risultati della Società, di qualsiasi Membro del Gruppo e di qualsiasi team o area di attività e della condotta, delle capacità e delle prestazioni del Partecipante".

In conseguenza di quanto sopra, la sentenza di primo grado è stata riformata e l'appellato è stato condannato alla restituzione delle somme percepite in esecuzione della pronuncia di primo grado, oltre ad interessi e a rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo ed oltre alla rifusione delle spese legali del doppio grado di giudizio.

## 6. Le teorie sul fondamento giuridico del rimedio de quo.

Una prima problematica da affrontare riguarda la legittimità, all'interno dell'ordinamento giuslavoristico italiano, di previsioni di siffatta natura.

Nel tentativo di dare un inquadramento giuridico alle clausole di *clawback* possono enuclearsi, allora, due opposte teorie.

Un primo fondamento giuridico delle clausole *de quibus* pare rinvenirsi nella disciplina della ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c.([499]).

Nel diritto civile colui che esegue il pagamento in assenza di una causa giustificativa dello stesso, sia essa originaria (*condicio indebiti sine causa*) ([500]) o sopravvenuta per effetto di eventi successivi (*condicio ob causam paeteritam*) ([501]) ha diritto di chiedere la restituzione di quanto indebitamente versato, oltre agli interessi, dal giorno del pagamento o della domanda, a seconda che l'*accipiens* fosse in buona o in mala fede ([502]).

In forza di tale tesi, che trae origine dall'inesistenza di una legittima *causa solvendi* ([503]), il datore di lavoro potrebbe sempre ripetere quanto corrisposto in eccesso rispetto a quanto dovuto. Del

([499]) V. Cass. 10 novembre 1999, n. 12495, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 112.
([500]) V. Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, in *Foro It.*, 1984, I, pag. 2530.
([501]) V. Cass. 2 aprile 1982, n. 2029, in *Mass. Foro It.*, 1982.
([502]) V. artt. 1173 e 2033 c.c.
([503]) Sull'assenza di un titolo idoneo a giustificare il pagamento *in parte qua*, v. Cass. 6 febbraio 1984, n. 927, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, f. 2; Cass. 6 novembre 1984, n. 5620, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, f. 11; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2209, in *Notiz. Giur. lav.*, 1998, pag. 446. Inoltre, nella giurisprudenza di merito v. Pret. Monza, 7 gennaio 1995, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, pag. 124.

tutto irrilevante, in questo senso, è invece la riconoscibilità dell'errore commesso dal datore di lavoro da parte del lavoratore ([504]).

La teoria descritta trae origine da quell'orientamento della Suprema Corte secondo il quale il datore di lavoro può sempre ripetere quelle somme che il dipendente abbia percepito indebitamente, in quanto solo in tal modo potrà ristabilirsi l'ordine giuridico turbato da uno spostamento patrimoniale privo di causa ([505]).

In base ai principi generali, quindi, l'onere della prova ricade su colui che agisce per la ripetizione, il quale è tenuto a dimostrare non solo di avere effettuato il pagamento, ma anche l'inesistenza di un rapporto giuridico capace di giustificarlo ([506]). Per fare ciò, colui che agisce in ripetizione può ricorrere al principio secondo cui *negativa non sunt probanda* e, pertanto, ricorrendo a presunzioni ([507]) e/o allegando un fatto costitutivo negativo ([508]) egli può dimostrare l'assenza di una valida *causa solvendi*.

A quel punto, poi, sarà il convenuto a dover eccepire l'esistenza di una diversa *causa solvendi* del pagamento ([509]).

Anche l'applicazione dell'istituto civilistico della ripetizione dell'indebito nei rapporti di lavoro ha comportato l'esclusione dei qualsivoglia indagine sull'*animus* del *solvens*, per cui al datore di lavoro si chiede di dimostrare esclusivamente che il pagamento effettuato non si fonda su di una legittima *causa solvendi* ([510]).

Tale teoria si applica alle sole somme "percepite" dal lavoratore, ossia entrate effettivamente nella sfera patrimoniale di quest'ultimo, come ha ricordato la Suprema Corte, non potendo invece il datore di lavoro pretendere di ripetere somme al lordo delle ritenute fiscali, previdenziali e assistenziali, allorché le stesse non siano mai entrate nella sfera patrimoniale dello stesso ([511]).

La seconda ricostruzione, invece, trae fondamento dalla disciplina civilistica del c.d. errore-vizio della volontà sancito dagli artt. 1429 e 1431 c.c. ([512]).

---

([504]) In dottrina, cfr. C. OGRISEG, *Datore di lavoro e ripetizione di indebito: inesistenza di valida causa solvendi o annullamento della soluzione per errore?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 45.

([505]) Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, vo. II, t. II, pag. 360; M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994, vol. V, pag. 808; U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989, vol. XVI.

([506]) V. Cass. 25 ottobre 1984, n. 5427, in *Mass. Giur. Cass.*, 1984, fasc. 10.

([507]) V. Cass. 13 febbraio 1998, n. 1157, in *Giur. It.*, 1998, pag. 2261.

([508]) V. Cass. 28 luglio 1997, n. 7027, in *Notiz. Giur. Corte Cass.*, 1998, I, pag. 702, con nota di S. CATALBIANCO, *A proposito della cosiddetta prova negativa nella* condicio indebiti.

([509]) V. Cass. 10 febbraio 1970, n. 312, in *Mass. Giur. Civ.*, 1970; Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, *ivi*, pag. 2530; Cass. 18 dicembre 1995, n. 12897, in *Mass. Giust. Civ.*, 1995, fasc. 12; Cass. 28 luglio 1997, n. 7027, *ivi*, pag. 702; Cass. 13 febbraio 1998, n. 1557, in *Giur. It.*, 1998, pag. 2261; Cass. 12 marzo 1984, n. 1690, in *Mass. Giust. Civ.*, pag. 2530.

([510]) V. Cass. 9 luglio 1984, n. 4006, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, pag. 171, n. 449; Cass. 25 giugno 1987, n. 5596, in *Rep. Foro It.*, 1987, voce *impiegato dello Stato e pubblico*, 1351, n. 492; Cass. 4 maggio 1991, n. 4893, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, pag. 384.

([511]) Così Cass. 2 febbraio 2012, n. 1464, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, n. 2, pag. 519, con nota di M. MORANDI, *Somme percepite in eccesso dal lavoratore: necessaria la restituzione al "netto"*. In questo senso, v. anche Cass. 26 febbraio 2002, n. 2844, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2002, pag. 409, secondo la quale l'obbligo di restituzione del dipendente riguarda le sole somme al netto della ritenuta fiscale, ben potendo il datore di lavoro provvedere direttamente alla richiesta di restituzione dell'importo versato all'amministrazione finanziaria a titolo di ritenuta.

([512]) V. Cass. 13 maggio 1987, n. 4409, in *Giust. Civ.*, 1987, I, pag. 2248; Cass. 17 aprile 2000, n. 4942, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 45, con nota di C. OGRISEG, *Datore di lavoro e ripetizione di indebito: inesistenza di valida causa solvendi o annullamento della soluzione per errore?.*

In forza di tale orientamento, l'errore negoziale ricade sull'oggetto del contratto, che nel caso specifico è dato dalla retribuzione incentivante. Secondo tale teoria il datore di lavoro che richiede la restituzione di somme pagate in più rispetto alle retribuzioni minime previste dal contratto collettivo non può limitarsi a provare che la normativa collettiva stabilisce, per le prestazioni svolte, retribuzioni inferiori, ma deve dimostrare che la corresponsione della retribuzione è frutto di un errore essenziale e riconoscibile dall'altro contraente.

Tale tesi trae origine dalla presunta natura negoziale del pagamento, per cui il pagamento al lavoratore di una retribuzione superiore ai minimi del contratto collettivo costituisce una tacita manifestazione della volontà del datore di lavoro di derogare *in melius ex* art. 2077, comma 2, c.c., accettata dal lavoratore.

Così ragionando la giurisprudenza pone a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare che la corresponsione della maggiore retribuzione è frutto di un errore essenziale e riconoscibile dal dipendente stesso *ex* art. 1431 c.c. ([513]).

Tale orientamento si fonda su di una *fictio iuris* o presunzione, in forza della quale si finge o si presume che il datore di lavoro abbia realmente voluto concedere un trattamento migliorativo al lavoratore, ma che tale volontà sia viziata da un errore essenziale ai sensi dell'art. 1427 c.c., errore senza il quale detta volontà non si sarebbe formata.

Detto ciò, al fine di poter ripetere quanto pagato occorre che l'errore sia riconoscibile da parte dell'*accipiens*, il ché si verifica quando il lavoratore avrebbe potuto o dovuto riconoscere l'errore secondo uno *standard* riferibile ad una persona di "normale diligenza" e "in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto e alla qualità dei contraenti" in conformità a quanto sancito dall'art. 1431 c.c. ([514]).

Tale lettura, già in passato criticata ([515]) in quanto escludendosi la natura negoziale dell'adempimento non pare coretto applicare al pagamento dell'indebito nell'ambito dei rapporti di lavoro i principi civilistici di invalidità dei contratti ([516]), in realtà può comunque essere abbandonata alla luce delle seguenti considerazioni.

L'alternativa tra l'una e l'altra teoria può essere, infatti, superata riprendendo la suddivisione delle ipotesi legittimanti il ricorso al *clawback*, ossia le ipotesi di tipo soggettivo e le ipotesi di tipo oggettivo.

---

([513]) V. Cass. 16 gennaio 2007, n. 818, in *Foro It.*, 2007, 6, I, pag. 1770. V., inoltre, Cass. 17 aprile 2000, n. 4942, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, pag. 45, secondo la quale il datore di lavoro che pretende di ripetere una somma erogata al lavoratore in misura superiore rispetto alle retribuzioni minime previste dal contratto collettivo deve dimostrare che la corresponsione della maggiore retribuzione è frutto di un errore essenziale e riconoscibile dal dipendente stesso *ex* artt. 1429 e 1431 c.c.

([514]) Cfr. sul punto A. TURSI, *Quando il premio aziendale non è meritato: la clausola di* clawback, in*www.ipsoa.it/documents/lavoroe-previdenza/rapportodilavoro/quotidiano/2015/08/29/quandoilpremioaziendalenonèmeritatolaclausoladiclawback*, 25 agosto 2015, secondo il quale, ad esempio, è riconoscibile l'errore da parte dello specialista o *manager* di una funzione di controllo di gestione, se l'errore riguarda la corretta determinazione del margine operativo lordo, in base ai dati di bilancio. All'opposto, l'errore non è riconoscibile se il lavoratore non è un tecnico della materia o se i dati di bilancio sono a loro volta errati, purché, in tale ultima ipotesi, nuovamente l'erroneità di tali dati non sia riconoscibile da parte dell'*accipiens.*

([515]) Cfr. C. OGRISEG, *Datore di lavoro e ripetizione di indebito: inesistenza di valida causa solvendi o annullamento della soluzione per errore?*, cit., pag. 47.

([516]) Secondo la dottrina dominante, infatti, il pagamento è atto dovuto e non volontario, in quanto non presenta le caratteristiche di libertà proprie della volontà negoziale. Inoltre, ai sensi dell'art. 1191 c.c. la capacità del *solvens* assume valore determinante ai fini della validità dell'adempimento. Cfr. M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, vo. III, Milano, 1991, pag. 265; M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Adempimento*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, vol. I; 2; R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. Dir.* 1958, I, pag. 556 e segg.

Dall'analisi dettagliata di tutta la casistica ricordata pare di potersi riconoscere il fondamento giuridico del *clawback* principalmente nella prima delle teorie citate, quella della ripetizione dell'indebito.

Tutte le ipotesi descritte, infatti, rientrano in tale ricostruzione, in quanto costituiscono la tipizzazione dell'inesistenza di una legittima *causa solvendi*, cosicché il verificarsi di una delle ipotesi descritte fa sì che tale circostanza sia rilevabile in modo oggettivo, senza bisogno di ricorrere a valutazioni discrezionali e/o qualitative.

Tali previsioni, in sostanza, riducono l'alea di una valutazione discrezionale e sono finalizzate a sgravare il datore di lavoro dal fornire la prova – diabolica a volte – dell'errore manifesto del lavoratore.

Si potrebbe, invero, far rientrare nella seconda delle due teorie ricordate, ossia quella dell'errore-vizio della volontà riconoscibile dalla controparte, l'ipotesi eccezionale, prevista esclusivamente dalla Politica di remunerazione e incentivazione del personale dipendente della *Franklin Templeton Investements* del 29.05.2013, nella sua versione aggiornata al 2015, del lavoratore che abbia fraudolentemente o dolosamente contribuito all'inesattezza dei risultati finanziari.

In tale caso, infatti, la condotta del lavoratore determina che quest'ultimo sia a conoscenza e riconosca l'errore della controparte e, pertanto, il datore di lavoro dovrà dimostrare non solo che i dati finanziari che legittimavano l'erogazione del premio erano errati ma anche un *quid pluris*, ossia che il lavoratore ha agito con dolo o frode.

Ma a questo punto ci si chiede: perché mai il datore di lavoro dovrebbe fornire una prova tanto complicata, quando potrebbe semplicemente limitarsi a dimostrare dell'inesattezza dei risultati di bilancio, affinché la sua azione possa essere ricondotta all'indebito oggettivo, senza ulteriori oneri di prova a suo carico?

Molto più semplicemente il datore di lavoro, al verificarsi delle circostanze descritte e riconducibili sia a condotte del lavoratore, quali possono essere le violazioni di obblighi, i comportamenti fraudolenti, dolosi o colposi, le violazioni del Codice Etico, ecc., sia a ipotesi oggettive, per azionare il *clawback* potrà limitarsi ad invocare l'indebito oggettivo, senza essere gravato da un ulteriore onere della prova.

Un discorso diverso, invece, può essere fatto ove la prova del dolo o della frode possa legittimare una richiesta di risarcimento danni ulteriori, ma ciò nell'ambito non dell'operatività della clausola di *clawback*, ma di un diverso giudizio, azionato ad esempio in sede penale. Pertanto, ai fini del *clawback* l'onere della prova è circoscritto sicuramente alla sola inesistenza della *causa solvendi*.

## 7. La rilevanza disciplinare delle condotte dei lavoratori che legittimano l'esercizio del clawback.

Nel caso in cui venga esercitata una clausola di *clawback* per colpire dei comportamenti fraudolenti, dolosi o colposi del lavoratore, e quindi in ipotesi riconducibili alla prima area, la condotta del lavorare presenterà delle ricadute anche sul piano disciplinare.

Ovviamente la disciplina che troverà applicazione è quella prevista dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, in combinato disposto con la relativa regolamentazione prevista dalla contrattazione collettiva nazionale di settore.

Nulla vieta, tuttavia, che il datore di lavoro ritenga opportuno regolamentare la relativa procedura di intervento volto a colpire le condotte disciplinarmente rilevanti dei dipendenti ove quest'ultima abbia ad oggetto condotte che legittimano proprio l'esercizio della clausola di *clawback*, anche attraverso propri disciplinari interni.

Di questo tenore sono, ad esempio, le indicazioni fornite di recente, in data 9 marzo 2017, dal Gruppo Bancario Banca FarmaFactoring.

Queste ultime stabiliscono che il riconoscimento della parte variabile della remunerazione viene meno o, se già versata, deve essere restituita, in presenza di comportamenti individuali dell'interessato, tenuti nell'ambito dell'attività della banca o comunque dell'attività professionale del medesimo, riconducibili a situazioni di conflitto d'interessi, condotte dolose o gravemente colpose o, addirittura, fraudolente.

Solo nei casi meno gravi, il Consiglio di Amministrazione può determinare una mera decurtazione del premio in misura proporzionale, anziché il totale azzeramento di esso.

L'iter disciplinare interno prevede che la banca svolga delle indagini per il tramite del Responsabile della Funzione *Internal Audit*. Al termine di esse, quest'ultimo compila una relazione avente ad oggetto i fatti, le modalità di segnalazione, lo svolgimento dell'indagine e le prove eventualmente raccolte. Tale relazione viene poi indirizzata al Responsabile dell'Ufficio Personale, al Responsabile della struttura in cui è operativa la persona sotto indagine e all'Amministratore Delegato, i quali, previo parere legale circa l'attivazione degli strumenti di *malus* e di *clawback*, possono o archiviare la relazione, a fronte di informazioni processate insufficienti o inidonee, oppure possono attivare i relativi meccanismi.

In tale ultima ipotesi, dovrà essere attivato il procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970 e di cui al contratto collettivo nazionale di lavoro, al termine del quale il lavoratore subordinato verrà informato, unitamente alla comunicazione della sanzione disciplinare adottata, anche dell'attivazione dei meccanismi di *malus* e di *clawback*.

Al contrario nell'ipotesi in cui, invece, il suddetto responsabile sia titolare di un rapporto diverso dal lavoro subordinato oppure nel caso in cui non sia più titolare di alcun rapporto con la banca viene attivata una diversa procedura.

Innanzitutto, i fatti che si assumono idonei ad attivare i meccanismi di *malus* e di *clawback* devono essere contestati per iscritto al soggetto interessato, al quale è garantito il diritto di fornire difese scritte entro un termine "ragionevole e proporzionato alla complessità dei fatti contestati", comunque non inferiore a cinque giorni di calendario.

Successivamente, una volta sentito l'interessato a sua difesa, oppure una volta decorso il termine assegnato senza che l'interessato abbia presentato le sue difese, l'Amministratore Delegato (o il Consiglio di Amministrazione, ove ad essere indagato sia l'Amministratore Delegato), tenendo informato il Consiglio di Amministrazione, può adottare gli eventuali provvedimenti.

La decisione deve essere comunicata all'interessato per iscritto ed essere motivata, per il tramite del richiamo ai fatti commessi, alle norme che si assumono violate e ai motivi per i quali le difese dell'interessato non possono essere accolte.

Si tratta, quindi, in questo caso di un procedimento che ricalca quello disciplinare previsto dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori con riferimento ai lavoratori subordinati.

## 8. Osservazioni conclusive.

In conclusione si rileva che la clausola di *clawback* è un istituto di origine pattizia che prevede la restituzione delle somme variabili indicate nel contratto individuale, di significativa entità e riconosciute a personale di elevate professionalità, le quali vengono normalmente erogate secondo un piano di differimento la cui finalità è proprio quella di verificare che nel tempo le condizioni e i presupposti per il pagamento non siano mutati o, addirittura, venuti meno.

Benché le considerazioni sinora svolte convergano verso la legittimità delle clausole di *clawback*, il percorso argomentativo a supporto di tale conclusione, invero, diverge parzialmente a seconda della categoria di clausole considerate, in quanto diversi sono i presupposti che legittimano l'operatività delle due tipologie di previsioni.

Si ricorda, infatti, che le clausole di *clawback* si dividono in due aree, di cui la prima raggruppa al suo interno tutte quelle ipotesi c.d. soggettive ancorate a determinate condotte o a *status* (si pensi alla perdita dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza) del lavoratore, mentre nella seconda rientrano le ipotesi c.d. oggettive.

Ora, nella prima categoria di clausole, come si è detto, rientrano: i comportamenti, sorretti da dolo o colpa grave, da cui sia derivata una perdita significativa per la società, anche in termini di danno all'immagine; l'elaborazione fraudolenta o dolosa dei dati finanziari; la perdita dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza previsti dal testo unico bancario; nonché le violazioni con dolo o colpa grave degli obblighi di cui al D.lgs. n. 231 del 2001 o del Codice Etico.

Non si tratta di condotte che richiamano obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà, ma si tratta di ipotesi che concretizzano gli obblighi di correttezza e di buona fede che gravano sul prestatore di lavoro.

Si tratta, in altre parole, di clausole che traggono la propria *ratio* nell'obbligo del lavoratore di rispettare, nello svolgimento del rapporto di lavoro, i canoni generali di correttezza e di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

Preliminarmente si rileva che correttezza e buona fede hanno carattere unitario, per concorde natura, per identità di fondamento, per sostanziale coincidenza di contenuto ([517]) e per comunanza di ambito operativo ([518]), il ché autorizza un impiego congiunto dei due concetti, quasi si tratti di una endiadi ([519]).

A ciò deve aggiungersi, poi, che quando si parla di clausola generale di buona fede si allude al concetto in parola nella sua accezione oggettiva, intesa quale regola di condotta ossia di comportamento secondo buona fede ([520]). In questo senso, pertanto, la buona fede concorre a integrare il regolamento contrattuale, arricchendone il contenuto attraverso il ricorso a parametri di moralità sociale ulteriori rispetto a quali discendenti dalla volontà delle parti ([521]).

---

([517]) Cfr. F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv. – teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, pag. 956.
([518]) Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, pag. 560.
([519]) Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., pag. 9, che alla nota 16 parla di endiadi a proposito dei due termini.
([520]) Per una disamina accurata sulla distinzione tra buona fede oggettiva e soggettiva si rinvia a M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Adempimento*, in *Eng. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, pag. 1 e segg.
([521]) Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pag.118.

Tali norme sociali di condotta espressive di buona fede possono essere viste, allora, come una serie di obblighi, i quali sono però secondari, collaterali o accessori rispetto all'obbligo principale di prestazione. Ciò significa che essi sono estranei rispetto all'obbligo principale della prestazione del lavoratore e non ne funzionalizzano la prestazione al risultato ([522]).

Si tratta di clausole che impongono, allora, ai soggetti del rapporto contrattuale una serie di comportamenti che sono finalizzati a garantire il rispetto e la conservazione dell'altrui interesse e, quindi, dell'utilità del complessivo programma negoziale per la controparte ([523]), seppur sempre nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a carico dell'altra ([524]).

In questo senso, allora, il rispetto dei canoni generali di correttezza e di buona fede è non solo espressione di un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost. ([525]), ma ancor più presenta natura estroflessa ([526]), spingendo l'interprete a ricercarne il significato all'interno di canoni valoriali ([527]).

È noto come la correttezza e la buona fede siano penetrate già da tempo all'interno del rapporto di lavoro subordinato, accompagnandone tutto "l'*iter* che dalle trattative giunge, tramite l'interpretazione del contratto, all'attuazione del conseguente rapporto" ([528]). Il pregio di tali clausole generali è, però, di avere aperto il mondo del diritto (anche del diritto del lavoro) a principi e a criteri di valutazione metalegislativi, posto che attraverso tali congegni normativi, connotati da elasticità, il giudice fa applicazione di ciò che non trova nella legge, ma in sistemi valutativi diversi ed esterni ad essa ([529]), tratti dall'esperienza sociale ([530]), evolvendo in modo automatico verso i cambiamenti socio culturali di volta in volta prodottisi ([531]).

In questo senso, pertanto, le condotte descritte dalle clausole di *clawback* sopra considerate configurano una violazione di obblighi accessori rispetto all'obbligo principale o primario di prestazione, in quanto è evidente che ogni qual volta il lavoratore ponga in essere una condotta dolosa o colposa pregiudica la posizione del datore di lavoro nella gestione e nel coordinamento dei fattori produttivi, con inutili aggravi e disservizi. Poi è vero che tali comportamenti integrano delle lesioni dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro, ma è anche vero che tale lesione si pone in uno con i più basilari principi di correttezza e di buona fede.

La peculiarità dell'introduzione delle clausole di tipo soggettivo di *clawback* all'interno dei rapporti di lavoro risiede, però, in un *quid pluris*, ossia nel fatto di spostare il tradizionale punto di vista secondo cui la buona fede, benché concepita sia a favore del datore di lavoro, che a favore

---

([522]) Così C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, pag. 4.
([523]) Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pag. 152.
([524]) Cfr. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, pag. 210.
([525]) V., tra le tante, Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2010, n. 22819, in *Nuova Giur. Civ.* 2011, 4, 1, pag. 355; Cass., Sez. Un., 25 novembre 2008, n. 28056, in *CED Cassazione*, 2008.
([526]) La definizione è di P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in AA.VV., *Clausole generali e diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro, Roma 23-30 maggio 2014, pag. 203 e segg.
([527]) Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa Tit. Cred.* 1997, I, pag. 34. In giurisprudenza si rinvia anche a Cass. 22 ottobre 1998, n. 10514, in *Foro It.*, 1999, I, pag. 1891, che parla di "una serie di comportamenti a contenuto atipico".
([528]) Così L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, pag. 177.
([529]) Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, pag. 5 segg.
([530]) Cfr. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955, pag. 54.
([531]) Cfr. G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in AA.VV., *Clausole generali e diritto del lavoro*, cit., pag. 5 e segg.

del lavoratore, ha finito poi di norma per svolgere una funzione di salvaguardia del prestatore di lavoro ([532]).

All'opposto, invece, tali clausole salvaguardano l'organizzazione produttiva, non introducendo nuovi obblighi a carico del lavoratore e, quindi, pur ponendosi al di là degli obblighi di diligenza, obbedienza e di fedeltà fissati dalla legge e dalla contrattazione collettiva tutelano il buon funzionamento dell'organizzazione tecnica del lavoro e l'interesse del datore di lavoro alla salvaguardia della propria sfera giuridica, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a carico della controparte [533].

Questo non significa, pertanto, che al lavoratore venga richiesto di assumere il ruolo di "lavoratore modello", né che si pretenda da lui una tensione cooperatoria al risultato atteso dal datore, bensì gli si chiede di assumere comportamenti diretti a preservare l'utilità della controparte e a salvaguardarne l'altrui sfera giuridica, nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio a proprio carico.

Così ragionando si attribuisce un riconoscimento giuridico all'interesse organizzativo del datore di lavoro, alla salvaguardia del complesso produttivo guardato dal punto di vista gestionale, ma anche dal punto di vista strettamente economico del suo patrimonio, della sua proiezione sul mercato, dell'avviamento, del prestigio, dell'immagine, del buon nome dei prodotti e servizi [534], nel senso che quest'ultimo ha interesse affinché il lavoratore non ponga in essere comportamenti pregiudizievoli della propria organizzazione produttiva.

Diversamente, invece, la seconda categoria di clausole è volta a correggere *ex post* la componente variabile della retribuzione di fronte a flessioni significativamente negative in termini finanziari dell'andamento societario.

Si tratta certamente di una pretesa legittima da parte dell'azienda, in quanto l'erogazione del premio ha una ragion d'essere solo nel momento in cui sussistano realmente le condizioni che ne giustificano l'erogazione. Diversamente, invece, ove tali condizioni siano mutate, siano venute meno o, addirittura, non si siano mai realizzate la retribuzione variabile non avrà motivo di essere erogata.

Tale fondamento risulta, del resto, ben esplicitato dalla recente pronuncia della Corte di Appello di Milano, la quale, facendo propria una lettura oggettivamente rilevabile della casistica di *claw-back*, tralascia qualsiasi indagine circa l'eventuale vizio della volontà del datore di lavoro, esonerandolo anche dall'indagare il comportamento del lavoratore al quale viene richiesta la restituzione.

In sostanza, quindi, si prescinde dall'errore del datore di lavoro, operando la clausola indipendentemente dalla personale responsabilità del beneficiario dei premi e senza richiedere ai fini della prova neppure alcuna negligenza da parte del beneficiario.

Ciò che rileva per l'operatività della clausola sono unicamente i risultati oggettivi della società e l'appartenenza del beneficiario all'unità operativa in cui si era registrata la perdita. Quindi, una

([532]) Cfr. M. T. SAFFIOTI, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999, pag. 118.
([533]) Cfr. P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, cit., pag. 89 e segg.
([534]) Cfr. P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, cit., pag. 93.

volta accertata la perdita e una volta accertata l'appartenenza del lavoratore all'unità che aveva registrato tale dato negativo la clausola è operante, indipendentemente da una indagine sulla responsabilità del beneficiario dei premi.

La *ratio* di fondo dell'intervento di tale tipologia oggettiva di clausole di *clawback*, quindi, è da ricercare nell'esigenza di reggere l'impatto delle esigenze del mercato, rendendo o mantenendo le imprese competitive nel campo della concorrenza globale, nel rispetto del principio di equilibrio tra le entrate e le uscite, tenuto conto che esse vanno ad incidere sui corrispettivi di prestatori di lavoro ai quali sono affidati compiti che hanno una diretta incidenza sul funzionamento dell'azienda.

Del resto, la retribuzione variabile riconosciuta a tali figure professionali è connotata per sua natura da un'assenza di stabilità ([535]), essendo strettamente correlata alla motivazione per la quale è stata introdotta.

Ciò significa che il verificarsi di condizioni che descrivono oggettivamente il venir meno di tale motivazione, quali sono appunto le clausole di *clawback* di tipo c.d. oggettivo, spiega perché l'incentivo possa venire meno e ne legittima pienamente l'operatività.

Dalla casistica esaminata emerge, poi, come le clausole di *clawback* siano inserite all'interno di delibere assembleari.

Un quesito che si pone, pertanto, è in quale modo tali fonti, predeterminate a livello aziendale, arrivino allora ad esplicare un effetto all'interno del rapporto di lavoro.

Occorre, in altre parole, effettuare uno sforzo concettuale al fine di spiegare come e perché tali clausole vincolino il lavoratore.

Una soluzione, che pare in linea con il fatto stesso che la retribuzione variabile in questi casi venga negoziata a livello individuale (come si evidenziava all'inizio del presente studio), è che dopo aver regolamentato l'ammontare della retribuzione variabile, gli obiettivi da raggiungere e i metodi di calcolo, nel contratto individuale vengano altresì inserite le condizioni che legittimano la richiesta di restituzione di tale componente retributiva. In altre parole, è indispensabile che la contrattazione individuale descriva in forma ovviamente scritta *ad substantiam* e *ad probationem*, nonché in modo dettagliato e preciso, le ipotesi di *clawback.*

In questo modo viene garantita sia la conoscenza del contenuto di tale pattuizione da parte del lavoratore, sia il consenso espresso di quest'ultimo all'inserimento di essa.

Sotto tale profilo, pertanto, la clausola *de qua* assume il valore di clausola accessoria, ossia di pattuizione che le parti sono eventualmente libere di introdurre all'interno del contratto individuale di lavoro.

Ciò significa che ove nel contratto individuale non sia espressamente inserita e regolamentata la clausola di *clawback*, quest'ultima non potrà essere invocata dal datore di lavoro, anche se eventualmente deliberata a livello assembleare, a meno che il *clawback* non venga inserito all'interno

([535]) Cfr. R. PESSI, voce *Retribuzione III) Nuove forme*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1997, pag. 4-5.

di una *policy* aziendale, di un codice etico ([536]) o, ma più difficilmente in quanto soluzione veramente rara per non dire desueta ([537]), di un regolamento aziendale, necessariamente richiamati nel contratto individuale di lavoro.

Il regolamento aziendale è un atto unilaterale del datore di lavoro di massima espressione di esercizio del potere direttivo. Esso costituisce un articolato di clausole che vengono predisposte dal contraente forte, appunto, e che sono volte ad integrare e a specificare i doveri contrattuali dei lavoratori, disciplinandone in maniera uniforme l'adempimento.

L'istituto ha richiamato nel tempo il problema della contrattualità di tale regolamentazione, questione già trattata dallo stesso Barassi ([538]), il quale ne criticava l'originaria assunzione *verbis* e l'atteggiamento di ossequio e di *pati* verso di esso da parte del lavoratore. Con la conclusione che, perché tale regolamento potesse esplicare effetto sul contratto di lavoro, era necessario che il lavoratore vi prestasse il proprio consenso.

Ora, benché il ricorso al regolamento aziendale sia più infrequente che reale, le conclusioni formulate a proposito di esso possono essere richiamate anche con riferimento agli altri istituti citati. Pertanto, un discorso affatto diverso può farsi anche per le *policy* aziendali o per il codice etico, che sono prodotti che esprimono valori e principi aziendali le prime e generalmente riconosciuti il secondo ([539]), espressione di vincoli comportamentali che arricchiscono e puntualizzano i doveri del prestatore di lavoro ([540]), i quali vengono traslati all'interno del contratto individuale, attraverso un richiamo alla *policy* o al codice stesso, sul presupposto che solo in tal modo il contenuto di esso viene contrattualizzato, oltre che oggettivato ai fini dell'esercizio dell'onere della prova, come si è detto.

A livello pratico, così, si verifica che, ove l'azienda voglia invocare la clausola di *clawback* e il lavoratore non provveda a restituire le somme percepite, l'azienda potrà tutelare il proprio credito ricorrendo allo strumento della compensazione.

Quest'ultima, com'è noto, prevede che il datore di lavoro, sottraendosi al principio generale del *solve et repete*, possa portare in compensazione i crediti dovuti ai lavoratori con i debiti di quest'ultimo nei confronti dell'azienda, seppur nel limite dell'art. 1246 c.c, che prevede che le retribuzioni non possono essere compensate se non nei limiti in cui possono essere pignorate. Tale ipotesi, tuttavia, opera solo in caso di compensazione tecnica, la quale si verifica quando i crediti contrapposti sorgano non dal medesimo rapporto di lavoro, ma da rapporti diversi([541]).

---

([536]) Sui livelli di vincolatività dei codici etici e sull'idoneità di essi a operare quali fonti di obbligazioni, cfr. R. SENIGAGLIA, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, in A. PERULLI (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, Bologna, 2013, pag. 73 e segg.

([537]) Si rinvia a M. PEDRAZZOLI, *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2012, n. 149, il quale svolte talune interessanti conclusioni sulla natura del regolamento aziendale prendendo come spunto tale predisposizione unilaterale dei rapporti di lavoro, da parte della Juventus Football Club S.p.a., nel 2003.

([538]) Sul punto si rinvia a L. MONTUSCHI, *Contratto di lavoro e regolamenti aziendali*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Milano, 2003, pag. 327.

([539]) Cfr. L. MONTUSCHI, *Contratto di lavoro e regolamenti aziendali*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, cit., pag. 334.

([540]) Cfr. S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in AA.VV., *Clausole generali e diritto del lavoro*, cit., pag. 111 e segg.

([541]) In dottrina cfr. A. TORRENTE, *La compensazione dei crediti nascenti dai rapporti di* lavoro, in *Giust. Civ.*, I, 1951, pag. 66. In giurisprudenza, invece, v. Cass. 1 settembre 1982, n. 4765, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1982, pag. 559; Cass., Sez. Un., 3 novembre 1982, n. 5745, in *Giust. Civ. Mass.*, 1982, f. 10-11; Cass. 6 febbraio 1987, n. 1245, in *Mass. Giur. Lav.* 1987, pag.187; Cass. 4 luglio 1987, n. 5874, in

Secondo la dottrina formulata sul punto, infatti, ammettere la compensazione tra crediti sorgenti dal medesimo rapporto sarebbe in contrasto con la causa del contratto e con la causa che esso assolve e che consiste nell'assicurare a ciascuna parte la prestazione convenuta ([542]). Pertanto, in caso di stesso rapporto, non operando una compensazione tecnica, non avrebbe luogo neppure il limite previsto dall'art. 1246 c.c.

In ambito lavoristico tali conclusioni hanno comportato il rigetto di tutte le eccezioni dei lavoratori volte a limitare l'effetto estintivo del credito retributivo rispetto alle contropretese datoriali di risarcimento dei danni provocati dai lavoratori.

Diversamente, invece, è stata riconosciuta la limitazione alla compensabilità tra retribuzione e risarcimento del danno per violazione del patto di non concorrenza, assumendosi di essere questo un patto dotato di propria autonomia rispetto al rapporto di lavoro ([543]).

Inoltre, la giurisprudenza ha riconosciuto alla contrattazione collettiva la facoltà di derogare in forma pattizia alla possibilità di compensare atecnicamente le retribuzioni con eventuali debiti risarcitori del lavoratore ([544]), in tal modo limitando l'art. 1246 c.c. a ipotesi marginali del patto di non concorrenza e ai mutui concessi dal datore di lavoro al lavoratore, a meno che non siano anche questi configurabili come anticipazioni di retribuzioni future.

Verso tale interpretazione, tuttavia, non sono mancate diverse critiche.

Queste ultime si fondano intanto sul fatto che affinché la compensazione possa operare è necessario che i crediti siano omogenei e cioè che abbiano ad oggetto una somma di denaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere, così come previsto dall'art. 1243 c.c. ([545]). Così ragionando, pertanto, si è osservato come in un contratto a prestazione corrispettive - quale è il contratto di lavoro - l'obbligo lavorativo consista in un obbligo di *facere* che è ben diverso dall'obbligo di *dare* la retribuzione, pertanto la compensazione non sarebbe ipotizzabile.

Inoltre, argomentando dall'art. 1246 c.c., che prevede che la compensazione si verifichi qualunque sia il titolo dell'uno o dell'altro debito, si ritiene che sia del tutto irrilevante la fonte degli obblighi reciproci, posto che la fonte è il fatto storico che genera l'obbligazione *ex* art. 1173 c.c., mentre il titolo è la giustificazione di una specifica attribuzione patrimoniale.

---

*Juris Data Sentenze Cassazione Civile*; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, in *Not. Giur. Lav.*, 1995, pag. 599; Cass. 23 gennaio 1996, n. 479, in *Orient. Giur. Lav.*, 1996, pag. 494; Cass. 19 marzo 2001, 3930, in *Juris Data Sentenze Cassazione Civile*; Cass. 20 giugno 2003, n. 9904, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2004, pag. 78, con nota di M. GIOVEDÌ, *Conguaglio di credit reciproci fra datore di lavoro e lavoratore*; Cass. 29 marzo 2004, n. 6214, in *Giust. Civ.*, I, 2005, pag. 1350; Cass. 17 aprile 2004, n. 7337, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2005, pag. 131, con nota di L. PANAIOTTI, *Denunciata alla consulta come incostituzionale la distinzione tra compensazione proprie e impropria, ai fini dell'applicabilità del limite del quinto*; Cass. 2 marzo 2009 n. 5024, in *Juris data Sentenze Cassazione Civile*; Trib. Roma, 20 luglio 1999, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2000, pag. 315, con nota di M. L. VALLAURI, *Alcune considerazioni sui limiti della compensabilità dei crediti retributivi e alla loro disponibilità da parte del lavoratore.*

([542]) Cfr., tra i tanti, C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, IV, Milano, 1992, pag. 487 e segg.

([543]) V. Cass. 30 luglio 1987, n. 66178, in *Juris Data Sentenze Cassazione Civile.*

([544]) V. Cass. 20 giugno 2003, n. 9904, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, pag. 108.

([545]) Per una articolata critica sul tema, cfr. E. GRAGNOLI, *Rapporto di lavoro, compensazione e autonomia fra i crediti reciproci*, in *Giur. It.*, IV, 1994, pag. 284. Inoltre, circa la distinzione tra "appartenenza allo stesso genere" e "fungibilità", cfr. V. DE LORENZI, *Compensazione*, in *Dig. Civ.*, III, Torino, 1988.

Piuttosto rare sono state le diverse interpretazioni da parte della giurisprudenza ([546]), fatta salva l'eccezione di incostituzionalità degli artt. 1246, n. 3, c.c. e dell'art. 546, comma 4, c.p.c., per contrasto con gli artt. 3 e 36 Cost., sollevata dal Tribunale di Palermo, nella parte in cui non è prevista la limitazione della compensazione alla misura di un quinto anche nel caso in cui il credito opposto in compensazione abbia origine dal medesimo rapporto di lavoro ([547]).

Sul punto si pronunciava la Corte costituzionale, respingendo l'eccezione di incostituzionalità suddetta non ritenendo sussistente alcuna disparità di trattamento *ex* art. 36 Cost.[548].

Invero sulla questione erano già in precedenza intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte, le quali avevano negato il presupposto stesso dell'istituto della compensazione atecnica e cioè la necessità dell'alterità della fonte dei debiti compensandi.

Le considerazioni sopra svolte consentono, allora, di prendere posizione sulla problematica della compensabilità tra la restituzione della retribuzione variabile a seguito dell'esercizio della clausola di *clawback* da parte del datore di lavoro e il successivo pagamento di crediti di lavoro al dipendente.

All'opposto, ciò che rileva ai fini dell'operatività della clausola sono i risultati oggettivi della società e l'appartenenza dei beneficiari alla *business unit* dove si è verificata la perdita.

In sostanza, a detta della Corte d'Appello la clausola di *clawback* opera "indipendentemente dalla personale responsabilità del beneficiario dei premi", essendo tesa a correggere *ex post* la componente variabile della retribuzione "anche quando la società o un *business* subisce flessioni significativamente negative in termini finanziari o subisce un significativo errore nella gestione del rischio".

Ovviamente l'istituto è ancora in fase embrionale e, pertanto, in assenza di una regolamentazione normativa sul punto sarà molto interessante attendere le prossime decisioni dei giudici per vedere come la giurisprudenza si approccerà in concreto alle varie questioni.

---

([546]) V. Cass. 11 marzo 2005, n. 5349, in *Riv. It. Dir. Lav*., II, 2006, pag. 358, con nota di E. RAIMONDI, *Alcune considerazioni sulla compatibilità dei crediti derivanti da trattamento di fine rapporto*.

([547]) V. Trib. Palermo, ord. 27 aprile 2004, in *Riv. It. Dir. Lav*., II, 2005, pag. 132, con nota di L. PANAIOTTI, *Denunciata alla consulta come incostituzionale la distinzione tra compensazione propria e impropria, ai fini dell'applicabilità del limite del quinto.*

([548]) V. Corte cost. 4 luglio 2006, n. 259, in *Riv. It. Dir. Lav*., II, 2006, pag. 802, con nota di M. AGOSTINI, *Il ragionevole conguaglio tra obbligazioni pecuniarie contrapposte nel rapporto di lavoro al vaglio della Corte costituzionale.*

# Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*

Lorenzo Zoppoli

1. Solidarietà, doveri e diritti. 155

2. Solidarietà, "gruppalità", socialità. La "società giusta". 157

3. La solidarietà ablativa. 160

4. La solidarietà frammentata. 161

5. La solidarietà nel diritto dell'Unione europea: fondamento e nuovi limiti per i diritti sociali. La tensione tra diritti e politiche. 162

6. Le nuove ambivalenze del principio di solidarietà. A) Nel sistema di sicurezza sociale. 163

7. Segue. B) Nella riforma del terzo settore. 164

8. Conclusioni e contraddizioni: i doveri di solidarietà come argine dei processi ablativi dei diritti sociali e il pareggio di bilancio costituzionalizzato. 166

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 356/2018

## 1. Solidarietà, doveri e diritti.

"Mancando la solidarietà viene meno il cemento che tiene unita la Repubblica"[549]. L'affermazione, recentissima e ben meditata, è formulata da un giurista di talento ed esperienza: perciò ci incoraggia a rivisitare, da giuristi del lavoro, una tematica che non sembra aver goduto e godere di particolare successo[550]. Eppure bastano letture minime per riscoprire la grande valenza giuridica che la solidarietà ha avuto in tutto il Novecento italiano: a partire dalla solidarietà corporativa della relazione al codice civile del 1942[551]; passando per i significati, particolari e tecnici, delle obbligazioni solidali contrattuali ed extracontrattuali (artt. 1992 e 2055 c.c.; art. 187 c.p.), di alcune particolari forme societarie (in specie le cooperative sociali e le imprese sociali in genere[552]) o dei valori solidaristici implicati nei c.d. reati omissivi; per arrivare al piano alto delle carte costituzionali, dove la nostra Carta del 1948, già ricchissima di riferimenti alla solidarietà, va oggi letta in connessione con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, maturata a cavallo del nuovo millennio come veicolo di un vero e proprio catalogo dei diritti dei cittadini europei riconducibili alla solidarietà.

Oggi meno che mai può dunque dubitarsi della utilità di un discorso intorno alla solidarietà come categoria giuridica dalla quale scaturiscono certi assetti regolativi. Niente a che vedere con la sfera puramente politica o etica o dei buoni sentimenti; o meglio, niente di più di quanto con tali sfere abbiano a che vedere le altre componenti della triade rivoluzionaria della Francia di due secoli addietro.

Prima di arrivare al diritto del lavoro, c'è da chiedersi però su quale versante la categoria della solidarietà conduca il discorso giuridico: ovvero la solidarietà è essenzialmente fonte di doveri? Dalla solidarietà dovrebbe propriamente germinare un catalogo dei doveri? Secondo Rodotà, ad esempio, "la solidarietà giuridicizzata trova la sua traduzione costituzionale in un insieme di doveri"[553]. Come vedremo il tema è di enorme attualità proprio in materia di lavoro. Però su un piano generale la risposta che può darsi è ancora quella ricavabile, da un lato, dalle ricostruzioni più approfondite dell'art. 2 della nostra Carta del '48 e, dall'altro, dall'articolazione dei diritti costituzionali che esplicitamente richiamano o comunque evocano la solidarietà. Salvo a verificare poi in concreto contenuto e agibilità dei medesimi diritti.

Cruciale è la lettura dell'art. 2 Cost. Nelle più recenti e autorevoli ricostruzioni (Fioravanti, Rodotà), nell'art. 2 c'è la stretta connessione tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà. Rodotà mette più l'accento sui doveri inderogabili delle istituzioni come di tutti gli associati[554]. Fioravanti invece crea una stretta interdipendenza tra diritti e doveri: quasi che, senza i primi, i

---

[549] Fioravanti, *Art. 2 Costituzione italiana*, Carocci, 2017, p. 7.

[550] Già come erede della fraternità della rivoluzione francese nasce come la componente più debole della nota triade che la affianca a libertà ed eguaglianza: v. Rodotà, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, p. 21. Luciano Gallino nel 1978 scrive che il termine è caduto in disuso: Solidarietà, in *Dizionario di Sociologia*, Utet. Però "negli anni'70 …non c'era giurista italiano o tedesco o francese che non scrivesse una monografia sul tema": v. Barcellona, *La solidarietà come fatto e come diritto*, in *LD*, 1996, p. 4. Anche Fioravanti, *op.cit*., p. 95, pone "alla fine degli anni Settanta…il culmine della parabola del principio di solidarietà". Di recente ha dedicato un intero numero alla solidarietà la rivista www.costituzionalismo.it: v. *Tornare ai fondamentali: la solidarietà*, fascicolo 1/2016, con scritti di Apostoli, Carlassare, Pinto, Resta e Bascherini.

[551] V. ancora Rodotà, *op. cit*., p. 40

[552] Da ultimo v. il d.lgs. 112/2017.

[553] Ibid., p. 48.

[554] Id., p. 67-68.

secondi non possano assumere vera e propria valenza giuridica[555]. O meglio, si crea uno sbilancio che altera profondamente la solidarietà come fonte di veri e propri doveri giuridici.

Nell'analisi di Fioravanti infatti l'inviolabilità dei diritti è il primo portato dell'art. 2 ed è quel che segna il passaggio dallo Stato di diritto ottocentesco allo Stato costituzionale nato alla metà del Novecento. Nella nostra Costituzione poi l'inviolabilità dei diritti della persona – in un approccio non ideologico (e men che mai "giusnaturalistico") e in presa diretta con la realtà sociale - viene collocata all'interno delle formazioni sociali e, di conseguenza, collegata ai doveri di solidarietà, prima manifestazione del principio di solidarietà che permea l'indirizzo costituzionale e richiede l'intervento legislativo dinamicamente orientato dalle finalità di cui all'art. 3 c. 2 Cost. Questo equilibrio però, nella necessaria attuazione (da non confondere con l'*applicazione*) costituzionale, regge solo un paio di decenni (1956/1979); poi l'inviolabilità dei diritti fondamentali va avanti perdendo progressivamente la connessione con la realizzazione del principio di solidarietà e della "società giusta". L'inviolabilità è presidiata sempre meglio dai giudici e dai giudici costituzionali *in primis*[556], che diventano i veri artefici di un ordinamento giuridico incentrato sui principi costituzionali piuttosto che sul primato della legge ottocentesca; invece la solidarietà vede l'abbandono del terreno di gioco da parte della politica e del legislatore, che sposano sempre più una visione individualistico-liberistica invece che socio-centrica, che era quella originaria[557]. Ne deriva una quasi scomparsa della solidarietà come lente focale che bilancia la figura ellittica della Costituzione: costruita, secondo Fioravanti, intorno alla doppia focale inviolabilità/solidarietà. Il principio di inviolabilità assume le sembianze di "una nuda" norma giuridica; la Costituzione viene prima sedotta e poi abbandonata dalla politica, che la ignora come fonte di indirizzo della propria azione[558].

L'analisi è molto interessante e fornisce una validissima chiave di lettura di un sistema che sicuramente si è venuto allontanando da alcuni originari – e faticosi - equilibri. Però al lavorista non appare del tutto convincente. Almeno per due motivi. Il primo è che il principio di solidarietà sembra aver funzionato ancora molto oltre gli anni Settanta come fondamento e spiegazione di diritti riconosciuti dalla Costituzione ai lavoratori, ma suscettibili di assumere diverse configurazioni e contenuti (si pensi anche solo agli artt. 36 e 38), di cui molti compatibili con l'attuazione della Costituzione, se attuazione può aversi in senso non univoco (e questo sembra essere implicito in un ordinamento che, superando le ideologie, opta per principi da inverare nelle reali dinamiche sociali[559]). Il secondo motivo è che la stella della solidarietà "giuridicizzata" non ha smesso di brillare nemmeno quando si è arrestata l'ascesa della "società giusta" sospinta da coerenti politiche e politiche del diritto; solo che, come vedremo, ha assunto un'altra valenza giuridica, persino ablativa di diritti. Se l'analisi di Fioravanti fosse da accogliere interamente, appellarsi alla solidarietà come fonte di doveri non dovrebbe essere più possibile una volta caduta la tensione verso la "società giusta": ovvero non andrebbe più considerato un argomento giuridico con

[555] V. al riguardo anche Borgonovo Re, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in Florendano D., Borgonovo Re, Cortese, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Giappichelli, 2015, p. 53 ss.
[556] Lo rileva da tempo Valerio Onida secondo cui "il diritto dei diritti fondamentali" non è di competenza dei legislatori – attratti dalle urgenze contingenti e misurate sugli umori degli elettori – quanto dei giudici "perché coinvolge l'equilibrio tra principi fondanti" (cit. da Tria, v. infra).
[557] Fioravanti, *op. cit*., p. 109-116.
[558] Fioravanti, *op. cit.*, p. 102-103.
[559] Sulla intrinseca problematicità di un ordinamento che funzioni intorno a principi v. anche Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, 2013.

fondamento costituzionale. Se anche fosse tutto condivisibile, il vincolo solidaristico sarebbe sostituibile/sostituito con altri (ad esempio il vincolo di bilancio) in funzione di limite ai diritti fondamentali "inviolabili"?

## 2. Solidarietà, "gruppalità", socialità. La "società giusta".

Un'analisi della solidarietà, da parte del giuslavorista, non può però ignorare la fase fondativa del diritto del lavoro repubblicano. Questa fase porta a riconoscere due profili divergenti: il primo, già emerso, è che solidarietà equivale a socialità, dimensione sociale o, per dirla in modo un po' stravagante ma efficace, "gruppalità"[560]. Dalla solidarietà il diritto nulla può attingere senza prendere le mosse dallo specifico gruppo sociale all'interno del quale si creano relazioni di diritti e di doveri. Per il diritto del lavoro, persino quello pre-costituzionale, il sociale è materiale costitutivo, sia che si guardi alla dimensione collettiva dell'interesse dei lavoratori sia che si guardi al c.d. Stato sociale[561]. Coesione sociale e razionalità sociale[562] sono la linfa della regolazione lavoristica tradizionale, così come l'isterismo individualista e potentemente asociale[563] rischia di esserne un tarlo inarrestabile.

Ciò detto però, sempre nella grammatica del diritto del lavoro sta la costruzione della solidarietà per gradi e cerchi concentrici, secondo un percorso che porta a selezionare accuratamente le conseguenze giuridiche di rapporti che appaiono o non appaiono ispirati dal principio giuridico solidaristico. Qui di grande interesse è la costruzione di Gianni Garofalo[564]. Si parte dalla solidarietà tra cittadini della Repubblica fondata sul lavoro e, in particolare, sui doveri di solidarietà verso chi nel lavoro ha elementi di debolezza sociale (non contrattuale) strutturale – dipendenza – correggibile o, talora, superabile attraverso il riconoscimento di diritti. Problema cruciale diventa quale lavoro incorpora la dipendenza che giustifica il riconoscimento di diritti pregnanti. Ma qui il principio deve incontrare la fattispecie[565] e, superata da qualche decennio l'unicità dell'art. 2094 c.c., la strada appare sempre più sconnessa e periodicamente offuscata da densi banchi di nebbia. Oggi siamo alle prese con la nebbia dell'era digitale[566], senza aver ancora smaltito la pluralizzazione dei nessi tra etero-organizzazione e lavoro. Però, in linea teorica, l'espansione delle tutele non esclude la loro incrementalità.

Dove invece la solidarietà può esser fonte di diritti per i lavoratori, ma anche di espansione indeterminata dei doveri, è la dimensione dell'impresa considerata come comunità o, per continuità linguistica, gruppalità sociale. Era appunto questa la solidarietà corporativa del codice del 1942. Essa però viene drasticamente negata ancora di recente[567] in quanto il bene ultimo prodotto appartiene all'imprenditore come soggetto individuato che esclude il sociale, portatore dell'antica

---

[560] Barcellona, *op. cit*., p. 11 ss.
[561] V. Giubboni, *Solidarietà*, in PD, 2012, p.525 ss.
[562] V. Cella, *Solidarietà e coesione sociale*, in Napoli (a cura di), *La solidarietà*, Vita & Pensiero, 2009, p. 69 ss.
[563] Magatti, *Cambio di paradigma. Uscire dalla crisi pensando il futuro*, Feltrinelli, 2017, p. 65 ss., che parla di "società psicotica".
[564] *Solidarietà e lavoro*, in Napoli (a cura di), *La solidarietà*, cit., p. 3 ss.
[565] Sul punto Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 150, mi pare abbia torto, se si vuole arrivare a un punto in cui il principio produce doveri e conseguenti diritti: i secondi non possono esistere senza la precisa individuazione di uno o più soggetti obbligati.
[566] *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, *RGL*, quaderno n. 2, 2017, con scritti di Carabelli, Loi, Salento, Guarascio, Franzini, Lassandari, Voza, D'Onghia, Speziale, Andreoni, Casillo, Faioli, Loffredo, Terranova, Auriemma, Bonardi, Dirringer, Bellavista, Ciprini, S. Fassina, F. Laforgia, Polverini, Gribaudo, Camusso.
[567] V. sempre G. Garofalo, *op. cit*.

istanza proprietaria che separa e non costituisce legami sociali. Per cui nel diritto del lavoro dell'origine l'imprenditore ha doveri di solidarietà (art. 41 Cost.), ma verso il lavoratore crediti solo negoziali di matrice obbligazionaria. L'impresa non è un'istituzione sociale, anche a costo di ignorare del tutto l'art. 46 Cost., almeno quanto alle potenzialità se non all'attualità, cioè guardando all'attuazione integrale della Costituzione secondo la prospettiva di Fioravanti. Vero è che in Italia poco si è fatto e ancor poco si continua a fare per rianimare la dimensione sociale dell'impresa[568]. E riemergono anche da fonti insospettabili radicali contrarietà a normali prassi gestionali basate sulla valorizzazione del merito individuale nella determinazione delle retribuzioni[569], del tutto conformi a chiari e consolidati principi costituzionali[570]. Questo però non dovrebbe a mio parere oscurare il fatto che anche la disciplina e la pratica dell'impresa, come istituzione proprietaria aliena ad ogni contaminazione sociale, sono una scelta attuativa della Costituzione solo parziale che potrebbe essere rivista e corretta, con il recupero di un difficile ma non impossibile assetto partecipativo. Nel quale i lavoratori potrebbero bilanciare la loro estraneità proprietaria con un misurato coinvolgimento diretto a fornire l'istituzione cruciale dell'economia di mercato di una componente sociale con finalità solidaristica, non necessariamente veterocorporativa e portatrice di nuovi diritti, ma anche di nuovi doveri[571]. In tal modo però ci affacciamo su un diritto del lavoro che in Italia non c'è ancora e non c'è mai stato.

Seguendo ancora lo scritto citato di Gianni Garofalo, grandissima rilevanza ha avuto e tuttora ha la "gruppalità sindacale", cioè l'aggregazione collettiva degli interessi dei lavoratori da cui scaturiscono infinite problematiche giuridiche connesse al principio di solidarietà. È in effetti la stessa matrice dell'interesse collettivo che, rendendo concreto il perseguimento di equilibri regolativi solidaristici, influisce su circuiti di legittimazione e tecniche regolative, come pure su modalità e contenuti dell'esercizio di diritti costituzionali come lo sciopero. Qui, come è ben noto, si potrebbe parlare dell'intero diritto sindacale italiano, con tutto quanto di peculiare presenta in ordine alla fragile strumentazione tecnico-giuridica che, mancando l'attuazione dell'art. 39 Cost., ha consentito di far prevalere le istanze solidaristiche su quelle prettamente individualistiche o micro-corporative. Ne viene fuori una storia persino esaltante in cui il sociale ha prodotto da sé tutta la solidarietà possibile, pure in sostanziale assenza di un legislatore volto a dare certezza e solidità agli assetti collettivi[572]. In questi assetti vi è sempre stato però spazio per i c.d. *free rider*,

---

[568] Da ultimi, anche per indicazioni bibliografiche ulteriori, v. Gabriele, *I diritti sindacali in azienda*, Giappichelli, 2017, p. 247 ss.; Delfino, *L'attualità della dimensione partecipativa nell'Unione europea e in Italia*, in *Quaderni Fondazione Brodolini* (in corso di pubblicazione).

[569] V. la recente dichiarazione di Papa Francesco a proposito dei pericoli della competizione tra lavoratori alimentata dalla logica meritocratica che sarebbe un alibi a difesa delle diseguaglianze. Testualmente: "l'accento alla competizione all'interno dell'impresa, oltre ad essere un errore antropologico e cristiano, è anche un errore economico, perché dimentica che l'impresa è prima di tutto cooperazione, mutua assistenza, reciprocità. Quando un'impresa crea scientificamente un sistema di incentivi individuali che mettono i lavoratori in competizione tra loro, magari nel breve periodo può ottenere qualche vantaggio, ma finisce presto per minare quel tessuto di fiducia che è l'anima di ogni organizzazione. Così, quando arriva una crisi, l'azienda si sfilaccia e implode, perché non c'è più nessuna corda che la tiene" (discorso tenuto all'Ilva durante la visita pastorale a Genova del 27 maggio 2017).

[570] Nell'art. 36 Cos. campeggia il principio di corrispettività giuslavoristico, da coordinare e contemperare con l'altro fondamentale principio della retribuzione obbligazione sociale (ne ho scritto ormai molti anni fa, riprendendo però il tema di recente, in *La retribuzione*, in *Trattato di diritto del lavoro*, a cura di Romei, Giuffrè, vol. II, in corso di pubblicazione).

[571] Da ultimi v., anche per ampie indicazioni bibliografiche, Caruso, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in DLRI, 2016, spec. pp. 272-276; Perulli, *The Theories of the Firm between Economy and Law*, in Perulli, Treu (a cura di), *Enterprise and Social Rights*, Wolters Kluwer, 2017, p. 351 ss.

[572] Un esempio per tutti, magari solo un sintomo, ma di grande suggestione. Nel dicembre 1960 gli "elettromeccanici", guidati da Giuseppe Sacchi, sostennero il rinnovo del contratto nazionale di settore con epiche lotte, il cui epicentro fu un presidio in piazza

penalizzati soltanto dalla tenuta culturale e politica delle prassi solidaristiche, finché tali prassi hanno avuto forti e autonome radici culturali, sociali, economiche e politiche[573]. In effetti l'assetto regolativo debole – emerso a seguito dello sgretolamento di veri e propri dogmi come l'esclusività dell'interesse collettivo di categoria - ben si accordava con una stagione di accrescimento delle tutele e dei diritti dei lavoratori, che non soffriva in modo sensibile la concorrenza di azioni e strumenti a sostegno dei più svariati interessi collettivi. In questa fase, ad esempio, lo "sciopero di solidarietà" è stato ampiamente depenalizzato, grazie ad una miliare sentenza della Corte costituzionale del 1962 (n. 123, relatore Mortati) che, pur non abrogando l'art. 505 c.p., ne ha ristretto il campo di applicazione. Con la seguente motivazione: "non è contestabile la sussistenza di interessi comuni a intere categorie di lavoratori, interessi che, appunto per questo loro carattere diffusivo, non potrebbero non risultare compromessi, sia pure in modo potenziale, per tutti coloro che ne sono titolari, allorché abbiano subito offesa anche solo in confronto a rapporti di lavoro di singoli o di gruppi limitati di lavoratori. Pertanto, la sospensione dal lavoro la quale venga effettuata in appoggio a rivendicazioni di carattere economico cui si rivolge uno sciopero già in via di svolgimento, ad opera di lavoratori appartenenti alla stessa categoria dei primi scioperanti, non può non trovare giustificazione ove sia accertata l'affinità delle esigenze che motivano l'agitazione degli uni e degli altri, tali da fare fondatamente ritenere che senza l'associazione di tutti in uno sforzo comune esse rischiano di rimanere insoddisfatte".

Per chi poi ritenesse che la solidarietà dovrebbe essere ricondotta a categorie dai confini predeterminati, la Corte aggiunge: "è poi questione di apprezzamento, da rilasciare al giudice di merito, la verifica della sussistenza dei requisiti menzionati, dovendosi argomentare nei singoli casi dalla situazione di fatto la specie ed il grado del collegamento fra gli interessi economici di cui si invoca la soddisfazione ed, in relazione ad esso, determinare l'ampiezza da assegnare al complesso categoriale formato dai titolari degli interessi stessi; ampiezza che, com'è ovvio, potrà risultare maggiore o minore a seconda della natura delle rivendicazioni avanzate e delle circostanze di tempo e di luogo in cui sono state fatte valere".

In fondo però, al di là della specifica norma penale sullo sciopero di solidarietà, è tutta la storia degli anni '60 e '70 - volta a configurare il diritto di sciopero come diritto individuale ad esercizio collettivo[574] e a ridimensionarne ogni circuito limitante dedotto dal diritto civile o penale[575] - a raffigurare nel modo più efficace la valenza accrescitiva dei diritti dei lavoratori che del richiamo al principio di solidarietà si nutre, ben lungi dal temerne gli effetti potenzialmente limitanti. Al punto che qualcuno ne ha tratto la conseguenza di una impossibilità ad avere solidarietà senza

---

Duomo nel periodo comprensivo di Natale e Capodanno. Grande partecipazione, grande solidarietà anche popolare: le stesse modalità di "lotta" erano ispirate al principio secondo cui "la popolazione deve essere portata a simpatizzare per gli "elettro", non a odiarli". In particolare colpisce un telegramma di Luchino Visconti alla Fiom, datato 25 dicembre 1960: "desidero manifestare mio solidale consenso sacrosante umane rivendicazioni lavoratori elettromeccanici milanesi. Odierne lotte lavoratori per libertà nelle fabbriche et giustizia sociale sono base stesso avvenire democratico intera nazione et garanzia libera cultura". La vicenda è rievocata in Collettivo MetalMente con Wu Ming 2 e Ivan Brentari, *Meccanoscritto*, Alegre, 2017 (le citazioni, compreso il telegramma, sono a p. 90 e 95).

[573] V. ancora G. Garofalo, *op. cit*.

[574] Su cui v., da ultimo e per tutti, seppure in chiave pervicacemente critica, A. Zoppoli, *La rappresentatività* per *lo sciopero nei servizi essenziali*, intervento al convegno Aidlass del 30 novembre 2017 all'Università Sapienza di Roma, in corso di pubblicazione in ADL, 2018.

[575] V. Romei, *Di cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, in LD, 1999, p. 237

"lotta di classe"[576], fosse anche come strumento rafforzativo per "contrastare una lotta condotta da una classe imprenditoriale proprio per ridimensionare i diritti sociali"[577].

Ora non dubito che dalla storia anche i giuristi abbiano molto da imparare e, in particolare, da *questa* storia del diritto sindacale italiano. Però anche a tal riguardo è bene ampliare lo sguardo e tenere adeguatamente conto del fatto che il principio/strumento della solidarietà affidato dal diritto sindacale italiano all'apice del suo fulgore ad un assetto regolativo fortemente condizionato dalle autonome dinamiche sociali a un certo punto ha restituito più frammentazione di quanto riuscisse a ricomporne proprio in ordine al conflitto collettivo. E questo ha portato a far funzionare nuovamente la solidarietà – tra cittadini prima ancora che tra lavoratori - anche come fonte di doveri legali per l'esercizio del diritto di sciopero almeno nei servizi essenziali (v. l. 146/90), in modo meno episodico di quanto non potesse garantire una giurisprudenza costretta ad arginare la frammentazione sociale con frammenti di regole[578].

## 3. La solidarietà ablativa.

Si può allora ritenere che il tentativo di poggiare sulla solidarietà giuridicizzata un *trend* ascendente dei diritti dei lavoratori – ben visibile negli anni '70 – ha da tempo subito una forte battuta d'arresto. Anzi a un certo punto, proprio agli inizi degli anni '80, la categoria della solidarietà ha cominciato a funzionare in senso inverso anche nel diritto del lavoro.

Il primo terreno sul quale questo mutamento di verso è divenuto visibile è quello del mercato del lavoro e della ripartizione delle sempre scarse occasioni di lavoro. Il gruppo entro cui opera – o dovrebbe operare - la solidarietà occupazionale è quella dei lavoratori dipendenti, in atto o in potenza, occupati e disoccupati (con terminologia in voga: *insiders/outsiders*). La solidarietà in questo ambito diventerà una categoria ampia in grado di giustificare un programma di ridefinizione legislativa dei diritti protettivi dei lavoratori in funzione di un diritto promozionale di nuova occupazione. Il diritto al lavoro giocato contro i diritti del lavoro, l'art. 4 c. 1 Cost. come limite all'art. 35 Cost. Al di là dei programmi di politica del diritto[579], questa linea assume una sua plastica traduzione in nuovi istituti come i "contratti collettivi di solidarietà" difensivi ed offensivi, nati negli anni '80 appunto, e giunti alla loro ultima configurazione con il d.lgs. 148/15 (artt. 21 e 41). A questi possono aggiungersi i c.d. "fondi di solidarietà", anch'essi da ultimo regolati dal d.lgs. 148/15. In sintesi la legge consente una riduzione dei diritti degli occupati – segnatamente del livello retributivo – per evitare esuberi o stipulare nuovi contratti di lavoro. In un caso si tratta di una specifica ipotesi di intervento della cassa integrazione guadagni; nell'altro caso di agevolazioni per i nuovi assunti, per i quali i lavoratori in servizio devono subire sacrifici[580]. I fondi di solidarietà sono invece volti a estendere il campo di applicazione del sistema delle integrazioni

[576] Mattei, *Una primavera di movimento per la "funzione sociale della proprietà"*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2013, p. 534.
[577] Rodotà, *op. cit*., p. 29-30.
[578] V. Romagnoli, *Solidarismo giuridico e conflitto post-industriale*, in LD, 1991, p. 177 ss.; Rusciano, *Utenti senza garanti*, in LD, 1996, p. 39 ss. In precedenza Villone, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Jovene, 1980.
[579] V., per tutti e con largo anticipo, Ichino, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, 1996.
[580] V. Santoni, *I contratti di solidarietà difensivi*, in Balletti, D. Garofalo (a cura di), *La riforma della Cassa integrazione del Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, p. 89 ss.; Occhino, *Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra intervento pubblico e bilateralità*, in DLM, 2016, p. 499 ss . Poiché è prevista un'integrazione salariale da parte dell'INPS per i lavoratori che si vedono ridurre i salari, il tipo di solidarietà (categoriale o generale) qui evocata dipende dalle modalità di finanziamento dell'istituto della cig.

salariali per le ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro dovute a riorganizzazioni o difficoltà aziendali.

Come istituti specifici i contratti di solidarietà difensivi funzionano, seppure con svariati problemi. Gli offensivi non funzionano affatto[581], anche perché di recente soppiantati dagli incentivi ad assumere a prescindere dalla stipulazione di qualsiasi contratto collettivo[582]. Resta il fatto che in questi istituti – e nella generale concezione secondo cui occorre togliere ai padri per dare ai figli[583] – il richiamo alla solidarietà assume una valenza ablativa, che va anche oltre la funzione di un diritto del lavoro promozionale dell'occupazione[584]. Sulla base dell'assunto, peraltro indimostrato, secondo cui riducendo i diritti degli occupati si produrrebbe nuova occupazione[585].

## 4. La solidarietà frammentata.

Alla solidarietà potenzialmente ablativa di diritti sociali fa seguito, nel diritto del lavoro italiano, una stagione (ancora recente e in evoluzione), in cui il legislatore non pone argini alla frammentazione degli ambiti solidaristici, addirittura sostenendo esplicitamente – anche con significativi incentivi di tipo normativo o fiscale/contributivo - l'articolazione di tecniche normative e misure promozionali di solidarietà sempre più ridotte e portatrici o di differenziazioni peggiorative persino rispetto a standard legali (art. 8 d.l. 138/2011) o di privilegi che non superano i confini aziendali (welfare aziendale)[586].

È vero che il *focus* di questi interventi è volto a superare una pericolosa china discendente della produttività italiana, di certo non arginata da un sistema regolativo troppo incentrato sulla legge o sui contratti collettivi nazionali. Tuttavia l'apertura al decentramento non necessariamente deve condurre alla più incontenibile frammentazione, potendosi invece giovare di una più accorta regolazione dei soggetti legittimati a gestire l'articolazione del sistema delle fonti, anche contrattuali, nonché di maggiore attenzione a potenziare discipline accorpate per ambiti territoriali tra loro coordinati[587].

Va riconosciuto comunque che, nel quadro regolativo complessivo, il rispetto dei doveri inderogabili di solidarietà (di cui all'art. 2 Cost.) può ancora fungere da argine alla eventuale disciplina derogatoria di norme di legge da parte di contratti di prossimità, dal momento che esplicito

---

[581] D. Garofalo, *Il contratto di solidarietà espansiva*, in Balletti, Garofalo (a cura di), *La riforma*, cit., p. 343 ss.

[582] Da ultimo v. art. 1 commi 100-108 della l. 205/2017 (legge di bilancio 2018).

[583] Noto il libello di Nicola Rossi dal titolo *Meno ai padri più ai figli. Stato sociale e modernizzazione dell'Italia*, il Mulino, 1997.

[584] Treu, *Conclusioni*, in Napoli (a cura di), *La solidarietà*, cit. p. 77.

[585] Assunto molto contestato: v. da ultimo V. Speziale, *La mutazione genetica del diritto del Lavoro*, DLM, Quad. n. 2, p. 33 ss. Ma sulla portata esegetica in chiave di bilanciamento tra diritti sociali costituzionali v. A. Zoppoli, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, *in* WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 261/2015.

[586] Da ultimi v. Rusciano, *Autonomia collettiva e Costituzione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Santoro-Passarelli*, in corso di pubblicazione; e, anche per fondamentali riferimenti bibliografici, Gargiulo, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Wolters Kluwer Cedam, 2017, p. 161 ss, che in particolare analizza continuità e discontinuità tra contratti di prossimità e contrattazione regolata dal Jobs Act (art. 51 d.lgs. 81/15). Dai dati ministeriali più recenti in materia di contratti collettivi aziendali o territoriali sulla detassazione/decontribuzione dei premi di produttività (comunicato del Ministero del lavoro del 16 febbraio 2018) risulta che dei circa 9.000 attivi (oltre 30.000 quelli complessivamente stipulati dal maggio 2016) ben 3.645 prevedono misure di welfare aziendale. In generale sul tema v., da ultimo, Maino (a cura di), *Welfare aziendale tra dimensione organizzativa e cura della persona. Analisi di un percorso per creare un nuovo patto tra l'impresa e le persone*, ESTE, 2017; Buoso. *Primo e secondo welfare: il contrasto delle debolezze sociale oggi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 342/2017.

[587] V. L. Zoppoli, *Istituzioni e negoziazioni territoriali: un'analisi della strumentazione giuridica*, in *RGL*, 2015, p. 29 ss.

(ancorché pleonastico) è il limite del "rispetto della Costituzione" nell'*incipit* dell'art. 8 c. 2 bis del d.l. 138/2011 conv. con l. 148/2011[588].

## 5. La solidarietà nel diritto dell'Unione europea: fondamento e nuovi limiti per i diritti sociali. La tensione tra diritti e politiche.

La solidarietà, un po' a sorpresa, rinasce comunque agli inizi del nuovo millennio con l'Unione europea, diventando nientedimeno la rubrica del titolo IV della Carta dei diritti fondamentali, in vigore dal 2009, e la categoria/collante di una nutrita serie di diritti sociali dei lavoratori di tutti gli Stati dell'Unione: diritti di informazione e consultazione (art. 27); diritto di negoziazione e azioni collettive (art. 28); diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. 29); tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30); condizioni di lavoro eque e giuste (art. 31); diritto del lavoro minorile e protezione dei giovani (art. 32); vita familiare e vita professionale (art. 32); sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 33); protezione della salute (art. 34)[589].

Sembra la messa in sicurezza di un patrimonio di diritti costituzionali proclamati in nome della solidarietà[590]. In realtà è solo una nuova classificazione, foriera di importanti e interessanti problemi giuridici.

In primo luogo l'individuazione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali[591] e delle condizioni della piena operatività giuridica dei diritti di solidarietà[592]. In secondo luogo il complicato gioco del bilanciamento tra diritti e tra libertà e diritti[593]. Come in particolare nel caso dello sciopero[594], che porta la giurisprudenza unieuropea a configurare un'equi-ordinazione tra libertà e diritti e a sottoporre il diritto di sciopero ad un assai limitativo test di proporzionalità rispetto agli ostacoli alla libertà di impresa.

Vi è infine da considerare il *gap* tra misure europee volte a correggere la concorrenza fondata sul dumping sociale - del tutto indifferente a istanze solidaristiche - e il loro possibile uso concreto, talora diretto a determinare arretramenti del tenore di vita (e dei diritti) di alcuni lavoratori/cittadini europei a discapito di altri. Una tensione, questa, sempre presente nella complessa e mutevole regolazione degli aiuti di Stato, diretti a sostenere l'occupazione per i soggetti e i territori dell'Unione svantaggiati sul piano socio-economico, ma utilizzabili anche dalle imprese per

[588] V., anche per ulteriori spunti per contenere il particolarismo, L. Zoppoli, *Prospettive e proposte per nuove relazioni sindacali a livello territoriale*, in Quaderni Rass.sind., 2015, n. 2, p. 13 ss., spec. p. 21.
[589] Su tutte queste norme v., da ultimo, gli analitici commenti in Mastroianni, Pollicino, Allegrezza, Pappalardo, Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, p. 512-677.
[590] In altro ambito, con riferimento anche ai Trattati, v. Tria, *Una brezza di solidarietà soffia sull'Unione europea*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2018, n. 1 (*www.lavorodirittieuropa.it)*.
[591] V. Veneziani, *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*, in DLM, 2016, p. 229 ss.. V. anche le mie considerazioni nel saggio citato in nota 41.
[592] V. i commenti ad artt. 51 e 53 della Carta in Mastroianni ed altri, cit.
[593] In generale v. Cilento (a cura di), *I percorsi della solidarietà. Lavoro, mercato e diritti nell'Unione europea*, Edizioni lavoro, 2009, con scritti di Dorssemont, Ghailani, Santagata, Merino Segovia, Monaco, Cimaglia.
[594] Da ultimi V. Arrigo-G. Casale, *International Labour Law handbook*, Giappichelli, 2017, p. 280 ss.; Giubboni, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Wolters Kluwer, 2017, spec. p. 110 ss.; Corti, *L'Unione europea tra promozione della concorrenza e contrasto del dumping sociale. Un difficile equilibrio*, in Ferrante (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro*, Vita e pensiero, 2017, p. 203 ss. In precedenza v. Sciarra, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013.

delocalizzare attività in piena salute lucrando sugli incentivi percepibili in Stati diversi da quelli in cui si è impiantata l'impresa (emblematico è il caso *Embraco* esploso a metà febbraio 2018[595]).

Mentre dunque nel nuovo millennio l'Europa dei diritti fondamentali sembra rianimare un percorso regolativo ispirato al principio solidaristico, in concreto si presentano nuove profonde insidie: legate, da un lato, a un ordinamento che non cessa di essere calibrato su delicati e instabili equilibri intergovernativi e socio-economici e, da un altro, ai rischi di un bilanciamento giurisdizionale dei diritti senza alcuna gerarchia tra gli stessi[596].

Torna, seppure in un diverso quadro normativo formalmente di valorizzazione della solidarietà, la tensione tra diritto e politica[597]. E si potrebbe tornare a chiedere al diritto di limitare la politica e le dinamiche economiche che minano la coesione sociale, facendo appello al principio di solidarietà. Ma - a parte le trappole di cui è disseminata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che ne fanno un testo sideralmente lontano dai testi fondativi degli Stati costituzionali (v. in specie gli artt. 51 e 53), limitando al contempo il ruolo della Corte di giustizia dell'UE - come dimenticare l'insegnamento di Pietro Barcellona secondo cui la solidarietà, prima di essere regola, deve essere "fatto", cioè processo sociale produttivo di cultura solidaristica[598]? È visibile oggi, a livello europeo, una reale pratica sociale e politica volta a rendere dinamici i valori solidaristici, pur così ottimisticamente custoditi in norme di rango primario[599]?

## 6. Le nuove ambivalenze del principio di solidarietà. A) Nel sistema di sicurezza sociale.

Intanto, nel diritto nazionale, si registrano anche di recente nuove ambivalenze nel funzionamento della solidarietà giuridicizzata. Due esempi tratti dal sistema di sicurezza sociale.

Il primo riguarda la recente giurisprudenza costituzionale in materia di pensioni, considerata nei suoi aspetti essenziali qui rilevanti. In un caso si ritiene conforme a Costituzione il contributo di solidarietà sulle pensioni più elevate in nome di un principio "forte" di solidarietà (sent. 173/2016). In un altro caso, di poco precedente, si era invece considerata incostituzionale la soppressione della perequazione per i trattamenti pensionistici non elevati (anche) in nome di un principio di solidarietà ritenuto incluso nella garanzia di adeguatezza dei trattamenti pensionistici di cui all'art. 38 Cost. (sent. 70/2015). Lo stesso principio una volta giustifica effetti ablativi di diritti; un'altra volta invece determina l'incostituzionalità di una legge che aveva eroso trattamenti pensionistici. Sebbene le due decisioni possano convergere negli esiti equitativi –

---

[595] La Embraco Europa srl – produttrice di compressori per frigoriferi controllata dalla multinazionale Whirpool - licenzia circa 500 lavoratori dallo stabilimento torinese (Riva di Chieri) per trasferire la produzione in Slovacchia, dove, grazie anche ai Fondi europei, il costo del lavoro risulta sensibilmente più basso. Non si tratta certo del primo caso (v. per un rapido riepilogo dei più recenti Scaglione, *I paesi dell'Est Europa ci portano via le fabbriche, ma noi abbiamo paura della Russia di Putin*, in www.linkiesta.it del 21 febbraio 2018) e di certo l'enfasi con cui ne hanno parlato tutti i mass-media è accentuata dall'imminenza delle elezioni politiche del 4 marzo 2018. Ma il problema di una regolazione più solidaristica esiste: v. Fotina-Romano, *La Ue apre il dossier Embraco*, ne *il Sole 24 ore* del 21 febbraio 2018. In generale sul tema v. Tebano, *Diritto del lavoro e aiuti all'occupazione: verso una (parziale) convergenza valoriale*, in LD, 2016, p. 341 ss.

[596] Da ultimi G. Bronzini, R. Cosio (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Giuffrè, 2017.

[597] Rodotà, *op. cit*., p. 135 ss. Da ultimo G. Fontana, *Le politiche di austerity e i diritti sociali fondamentali*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 140/2017.

[598] Barcellona, *op. cit*., p. 9 ss.

[599] Per quanto riguarda l'Italia molto interessante è l'ultimo rapporto per il giornale la Repubblica di Demos su "Gli italiani e lo Stato", di cui dà conto Ilvo Diamanti, *L'Italia, un paese senza più fiducia che scommette sull'impegno*, ne *la Repubblica* del 22 gennaio 2018.

legittimando decurtazioni di trattamenti previdenziali alti e salvaguardando i trattamenti previdenziali più bassi - il medesimo principio, sullo stesso istituto, al contempo genera doveri e salvaguarda diritti.

Il secondo esempio riguarda proprio gli assetti di fondo del sistema pensionistico, dove sempre più si avverte il fascino e il limite della c.d. "solidarietà intergenerazionale". Questa è centrale in un sistema pensionistico dimidiato tra un calcolo dell'ammontare della pensione ormai prevalentemente di tipo contributivo (pseudo-assicurativo) e una solidarietà intergenerazionale determinante per il sistema di finanziamento a ripartizione[600]. Un sistema che ha consentito di mettere sotto controllo la spesa pensionistica, ma che pare in prospettiva penalizzare i lavoratori più giovani, con carriere più precarie (e quindi con pensioni presumibilmente più basse), ma costretti a sostenere aliquote contributive più elevate per finanziare le pensioni in corso. Forse risultati migliori si potrebbero ottenere tornando ad interpellare una solidarietà più ampia, con qualche sacrificio anche per chi la pensione già l'ha maturata o sta per maturarla[601]. Ma, in tempi di debito pubblico da ridurre, non è affatto agevole rivedere quel che si è realizzato negli ultimi vent'anni.

## 7. Segue. B) Nella riforma del terzo settore.

Altre sfide che chiamano in campo la solidarietà vengono dalla riforma del terzo settore, realizzata tra il 2016 e il 2017, e dal riassetto del volontariato: una modalità di prestare lavoro che sempre più spesso incrocia il diritto del lavoro. Certo non può dimenticarsi che il volontariato "è la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa" (Corte Cost. sent. 75/1992). Inoltre la gratuità funziona come "principio oppositivo" rispetto all'economia del profitto[602], mantenendo in vita una salutare "biodiversità" nel tessuto dei rapporti sociali. Perciò il volontario può, anzi deve, svolgere attività lavorativa senza necessariamente essere compensato. Ma fino a che punto la solidarietà, che ispira gli equilibri regolativi del terzo settore e del lavoro volontario, può giustificare l'azzeramento dei diritti basilari del lavoratore? Come e chi garantisce che il lavoro volontario sia genuino ed esclusivo? Queste domande sono sul tappeto da tempo[603] e attendono risposte.

Di recente è stata varata la riforma del volontariato con il nuovo "Codice del terzo settore" (d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117). Rispetto alle possibili idee innovative nella regolazione del fenomeno[604] si

---

[600] V. Casillo, *Le pensioni di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, ESI, 2016; Bozzao, *Anzianità, lavori e diritti*, Editoriale scientifica (e-book), 2017; nonché i saggi di Canavesi, Bozzao, Bonardi, Passalacqua, Sigillò Massara, tutti nel numero quasi monografico su *L'età pensionabile nella prospettiva previdenziale*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2017, n. 1; e Prosperetti, *Categorie giuridiche, lavoro, Welfare: l'evoluzione degli istituti giuridici*, in ADL, 2017, spec. p. 311 ss., 322 ss., con un'impostazione alquanto dirompente. Per un aspetto parzialmente diverso – cioè le ripercussioni occupazionali sui giovani del prolungamento dell'età pensionabile - v. da ultimo, Del Boca-Mundo, *L'inganno generazionale. Il falso mito del conflitto per il lavoro*, Bocconi editore, 2017.

[601] V. Faioli, *Relazione a-tecnica tra art. 38 Cost. e art. 36 Cost. Pensioni, adeguamento automatico e equilibrio di bilancio*, in www.federalismi.it, 2018, n. 3 (con riguardo a Corte Cost. 1 dicembre 2017 n. 250).

[602] Rodotà, *op. cit.*, p. 70

[603] V. L. Zoppoli, *Volontariato e diritti dei lavoratori dopo il* Jobs Act, in WP C.D.S.L.E. 298/2016.

[604] L. Zoppoli, *Volontariato e diritti dei lavoratori tra Jobs Act e codice del terzo settore*, in Olivieri-L. Zoppoli (a cura di), *Dono lavoro volontariato tra globalizzazione e nuova regolamentazione*, Milella, 2018.

conferma tutto sommato un'impostazione tradizionale, con alcune novità di segno però tutt'altro che univoco.

Anzitutto viene ribadita una netta demarcazione tra lavoratori e volontari. Qui l'art. 17 c. 3 del d.lgs. 117 è drastico: "l'attività di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di lavoro retribuito con l'ente di cui il volontario è socio o associato o tramite il quale svolge la propria attività volontaria".

Ciò non toglie però che, soprattutto nel Terzo settore[605], volontari e lavoratori possano coesistere anche in misura cospicua. Tutti gli enti del Terzo settore infatti "possono avvalersi di volontari nello svolgimento delle proprie attività e sono tenuti ad iscrivere in un apposito registro i volontari che svolgono la loro attività in modo non occasionale" (art. 17 c. 1)[606].

Per converso un vero e proprio *status* del volontario non si rinviene nel titolo III rubricato "Del volontario e dell'attività di volontario". A parte quanto disposto per il rimborso spese (punto di delega specifico), c'è infatti (già previsto dalla l. 266/91) solo l'obbligo di assicurare i volontari contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali connessi allo svolgimento dell'attività di volontariato, nonché per la responsabilità civile verso i terzi" (art. 18).

Finisce così per risaltare l'unica norma davvero articolata e stringente che, in modo piuttosto ovvio e ripetitivo rispetto alla precedente legge del 1991, prevede anzitutto che l'attività del volontario "non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario" e fissa poi, sulla falsariga della più recente giurisprudenza, limiti piuttosto rigidi al rimborso spese da parte dell'ente "tramite il quale (si) svolge l'attività"[607].

Quindi la linea scelta al riguardo, se non è meramente ripetitiva delle regole previgenti, appare alquanto "rigorista", nel senso che il volontario non solo non ha diritto ad alcun compenso (come invece avrebbe voluto la Cgil nella proposta di *Carta dei diritti dei lavoratori*, snaturando forse il fenomeno[608]), ma dev' essere rimborsato in modo molto "fiscale", con veri e propri rimborsi "a piè di lista", salvo una cifra "autocertificabile" che davvero ha il sapore di un risicato *argent de*

---

[605] Dopo la riforma più articolato di prima; sono infatti enti del terzo settore in base al Titolo II del d.lgs. 117: le associazioni e fondazioni del Terzo settore in generale, le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali comprensive delle cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso che nel triennio si trasformino in associazioni e fondazioni del Terzo settore.

[606] Gli artt. 33 e 36 pongono poi limiti qualitativi (organizzazioni e associazioni "possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta") e quantitativi, rispettivamente alle organizzazioni di volontari e alle associazioni di promozione sociale, nell' impiego di lavoratori (subordinati, autonomi o comunque retribuiti, si deve intendere); quello più stringente, cioè quantitativo, può arrivare fino al 50% del numero dei volontari (o 5% degli associati nel caso di associazioni di promozione sociale).

[607] I principi in materia sono due: a) sono vietati rimborsi spese di tipo forfetario; b) "possono essere rimborsate … soltanto le spese effettivamente sostenute e documentate per l'attività prestata, entro limiti massimi e alle condizioni preventivamente stabilite dall'ente" tramite il quale l'attività viene prestata (art. 17 c. 3). Rispetto alla l. 266/91, solo il primo è innovativo e legifica l'orientamento giurisprudenziale. Il nuovo "codice" aggiunge poi che possono anche essere rimborsate spese formalmente "autocertificate" (ex art. 46 d.P.R. 445/2000) dal volontario a condizione che non superino i 10 euro giornalieri e i 150 mensili e che l'organo sociale competente deliberi sulle tipologie di spese e le attività di volontariato per le quali è ammessa questa modalità di rimborso" (art. 17 c. 4).

[608] Sul punto v. L. Zoppoli, *Tradizione e innovazione nella Carta dei diritti universali del lavoro della Cgil*, in Calcaterra (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011-2015. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale scientifica, 2018.

*poche*. Può essere una linea condivisibile, che però presupporrebbe una nozione legislativa assai stringente di "volontario". Non pare invece che le scelte del d.lgs. 117/2017 vadano in tal senso[609].

Da quanto appena detto deriva quindi non un maggior controllo sulla genuinità del volontariato nell'ambito del Terzo settore (che anzi sembra estendersi anche in virtù del nuovo limite posto alle imprese sociali dall'art. 13 c. 2 del d.lgs. 112/17), ma semplicemente una sua possibile maggior diffusione anche oltre questo ambito settoriale[610]. Ce n'è abbastanza per concludere che il nuovo "Codice del terzo settore" non sembra aprire prospettive confortanti: né per la disciplina del volontariato in senso stretto né per agevolare il riconoscimento di diritti ai lavoratori del terzo settore che siano al contempo adeguati e ben calibrati sulle peculiarità di questo mercato del lavoro. Si può sperare nella contrattazione collettiva, ma consapevoli del fatto che essa attraversa una stagione di difficoltà e debolezze[611].

## 8. Conclusioni e contraddizioni: i doveri di solidarietà come argine dei processi ablativi dei diritti sociali e il pareggio di bilancio costituzionalizzato.

Occorre a mio parere prendere atto in definitiva che la partita tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà può giocarsi tutta dentro i confini del discorso giuridico e, nonostante la diserzione della politica (per riprendere Fioravanti), appare potenzialmente produttiva di molti possibili equilibri. Il mero bilanciamento tra diritti sociali appare però assai poco rassicurante, soprattutto perché non mette al riparo i valori solidaristici da un'infiltrazione delle libertà

[609] Il più volte citato art. 17 non elude infatti il problema, prevedendo (comma 2) che "il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, *anche* per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà". C'è ampio spazio per l'esegesi letterale del testo rispetto alla definizione dell'attività di volontariato che si rinveniva nell'art. 2 c. 1 della l. 266/91 ("attività prestata in modo personale, spontaneo e gratuito tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà"), alla ricerca di sottili differenze, che magari possono rivelarsi anche significative (come l'insistenza sulla "libera scelta", sul "modo personale" di svolgere l'attività, sull'assenza di utilità o lucro "anche indiretto"). Colpisce però un primo dato: non è più l'appartenenza all'ente un elemento essenziale per qualificare il soggetto come "volontario". Il volontario può svolgere la sua attività *anche* ma non *solo* tramite un ente del Terzo settore. In fondo era così anche in precedenza, ma in maniera meno netta e comunque con un'indicazione restrittiva nella disciplina specifica, cioè la l. 266/91. Oggi il legislatore fa una scelta di tipo diverso, scelta che potrebbe pure ritenersi giustificata se ispirata dalla consapevolezza della diffusione anche nelle organizzazioni e associazioni del Terzo settore del c.d. "falso volontariato". Però tale scelta dovrebbe essere accompagnata da forme di verifica non solo giudiziale – cioè *ex post* ed eventuali - della genuinità della "libera scelta" del volontario. Invece di tale modalità di "certificazione" non c'è traccia. Né può pensarsi di ricorrere all'istituto generale della certificazione dei contratti di lavoro di cui agli artt. 75 ss. del d.lgs. 276/03, che, anzitutto, riguarda "la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro" (art. 75) – e si è visto che il volontario "è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro" (art. 17 c. 5 del d.lgs. 117/2017) – e poi è "procedura volontaria", cioè non obbligatoria (v. sempre art. 75 d.lgs. 276/03) non adeguatamente calibrata sui soggetti che caratterizzano il Terzo settore.

[610] Per di più l'art. 17 del d.lgs. 117, con i commi 1 e 6, introduce un'ulteriore ambiguità nell'ambito del Terzo settore in quanto, con intenti qui più chiaramente restrittivi, precisa che il volontario deve svolgere la sua attività "in modo non occasionale" e che ai fini del nuovo "codice" non si considera "volontario l'associato che *occasionalmente* coadiuvi gli organi sociali nello svolgimento delle loro funzioni". Quindi un doppio discrimine affidato ad una nozione come quella di "occasionalità" tanto vaga quanto già declinata nel diritto del lavoro in molti modi ed approdata infine alla recente riforma dei c.d. *voucher*, tutt'altro che limpida (v. art. 54-bis del d.l. 24 aprile 2017 n. 50 introdotto dalla legge di conversione 21 giugno 2017 n. 96, su cui P. Monda, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro accessorio*, in *Mass.giur.lav.*, 2017)

[611] Anche se non mancano le sorprese positive: v. ad esempio, seppure in tutt'altro ambito, l'istituzione del fondo bilaterale di solidarietà denominato Tris, previsto da un avviso comune di febbraio 2018 delle parti sociali per la categoria dei chimici, che prevede l'erogazione di sostegni economici ai lavoratori prossimi al pensionamento o dimissionari per favorire nuove assunzioni o programmi di riconversione e riqualificazione professionale (ne dà notizia Sabella, *La crisi della rappresentanza e la chimica 5.0*, in *www.ilsussidiario.net* del 22 febbraio 2018).

economiche considerate equi-ordinate in alcuni livelli ordinamentali come quello del diritto dell'Unione, che si è venuto singolarmente e gradualmente costruendo con cadenze e sequenze ben diverse dagli Stati nazionali. Solo questi ultimi hanno infatti posto al centro dei loro assetti ordinamentali i diritti costituzionali inviolabili e i connessi doveri di solidarietà.

Invece è importante, in un discorso tutto giuridico, situare nell'ordine giusto solidarietà e conseguenti diritti. A me pare che i doveri inderogabili di solidarietà – che certo non sono radicati nelle economie di mercato - fondano e impegnano a tutelare prioritariamente i diritti inviolabili con valenza costituzionale. Il livello di inviolabilità dei diritti dei lavoratori funziona però come misura concreta dei doveri inderogabili di solidarietà. In questo lo Stato costituzionale, basato sui diritti fondamentali inviolabili, impone alcuni doveri generali di solidarietà assolutamente inderogabili. Partendo dai primi si individuano i secondi come vincoli primari alla destinazione di risorse normative, organizzative ed economico-finanziarie. In una prospettiva multilivello c'è infatti da chiedersi se i doveri di solidarietà possano fungere da controlimiti a interpretazioni limitative dei diritti considerati inviolabili dalla Costituzione italiana.

Di recente c'è comunque una variante nel discorso costituzionale che non può assolutamente mettersi in secondo piano: l'inserimento in Costituzione, a partire dal 2012, del vincolo del pareggio di bilancio (artt. 81 e 97 Cost.). Ciò sembra determinare una sorta di cortocircuito concettuale, di cui rischia di restare vittima proprio la solidarietà come categoria fondativa di doveri inderogabili e dei connessi diritti inviolabili. Sotto questo profilo la vera contraddizione incomponibile non è tra libertà economiche e doveri di solidarietà, ma tra obbligo di pareggio di bilancio costituzionalizzato e garanzie dei diritti fondamentali[612]. Con la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio – che ha il suo omologo nell'inserimento, da molti auspicato, del c.d. *Fiscal compact* nei Trattati europei[613] - si rischia così di porre un freno alla stessa funzione giurisdizionale a garanzia dei diritti inviolabili, essendo il pareggio di bilancio un vincolo economico-finanziario di cui può disporre solo la politica accollandone ovviamente le conseguenze all'intera comunità dei cittadini. Si segnalano al riguardo interessanti e innovativi percorsi istituzionali, anche in chiave europea, per evitare una deriva in cui "l'equilibrio di bilancio" sia considerato ""un super valore" gerarchicamente sovraordinato" a tutti gli altri[614]. Ma la politica che, senza alcuna copertura giuridico-costituzionale, anteponesse il pareggio di bilancio all'effettivo riconoscimento dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione, dovrebbe soltanto ammettere di aver sovvertito l'ordinamento costituzionale e lasciare ad altri[615] ogni possibile ruolo decisionale. La costituzionalizzazione – valoriale e normativa – del vincolo al pareggio di bilancio fornisce alla medesima un

---

[612] In tema v. Carlassare, *Priorità costituzionali e priorità nella destinazione delle risorse*, in www.costituzionalismi.it, 2013; Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2013; M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi costituzionali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in www.cortecostituzionale.it, 2013; D'Onghia, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche*, Cacucci, 2013; Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in QCost., 2015, p. 79 ss. Ancora prima però v. Chessa, *La misura essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in GC, 1998, p. 1173 ss., che ha sistematizzato le sue riflessioni anche con riferimento alla costituzionalizzazione del pareggio di bilancio in *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, 2016, spec. cap. XX.

[613] Su cui v., da ultimo le slide di Tosato, *The integration of the Treaty on Stability, Coordination an Governance (TSCG) in EU Law-Legal Isuues*, in *www.astrid-online.it* .

[614] V., con particolare sensibilità, Sciarra, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in RIDL, 2017, I, p. 355 ss.; anche Bronzini, *Corte di Giustizia: verso la sindacabilità delle misure di austerity*, in RIDL, 2017, II, p. 220 ss.

[615] Che ovviamente sarebbe solo un'altra classe politica, che assumesse i diritti fondamentali come vincolo del proprio programma.

formidabile alibi: salvo sostenere che nessun bilanciamento è possibile, sul piano giuridico-costituzionale, tra contenuto essenziale dei diritti fondamentali e limiti economico-finanziari[616].

[616] Per qualche accenno più o meno timido in tal senso v. Corte Costituzionale n. 178 del 2015 - commentata da Barbieri, in RIDL, 2015, p. 453 ss. e in DLRI, 2017, p. 196 ss.; da Ferrante, in DRI, 2015, p. 1121 ss.; e da me in DLM, 2015, p. 377 ss. e in DLRI, 2017, p. 183 ss. - e Corte Costituzionale n. 275 del 2016, commentata da Andreoni, *Diritti sociali fondamentali ed equilibrio di bilancio*, e Ciolli, *I diritti sociali condizionati di fronte alla Corte costituzionale*, entrambi in RGL, 2017, II, risp. p. 207 ss. e 353 ss.; su quest'ultima sentenza v. anche Carlassare, *L'effettività dei diritti sociali nella Costituzione*, in RGL, 2017, I, p. 671 ss.

# L'utilizzazione di manodopera altrui in agricoltura e in edilizia: possibilità, rischi e rimedi sanzionatori*

Valeria Nuzzo

1. La somministrazione di lavoro in agricoltura ed edilizia: dalla sperimentazione per i settori "a rischio" alla totale liberalizzazione. 170

2. La disciplina contrattuale della somministrazione di lavoro e la causalità della fattispecie. 172

3. Le clausole di contingentamento. 175

4. I confini dell'interposizione illecita in agricoltura: prestazioni di servizi e contoterzismo. Verso una definizione specifica di appalto? 176

5. Oltre l'intermediazione: la possibilità di condivisione della forza lavoro in agricoltura. Lo scambio di manodopera... 179

6. …e l'assunzione congiunta. 181

7. La legge contro il caporalato in agricoltura e altri strumenti di prevenzione. 184

8. Brevi osservazioni sulla divaricazione di disciplina tra i due settori congenitamente "a rischio". 187

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 357/2018

## 1. La somministrazione di lavoro in agricoltura ed edilizia: dalla sperimentazione per i settori "a rischio" alla totale liberalizzazione.

Una riflessione sulla regolamentazione dei fenomeni interpositori in edilizia e in agricoltura non può che partire dalle caratteristiche di quegli specifici mercati, dalle modalità occupazionali ivi diffuse nonché dalle tendenze illegali fortemente radicate che sono state alla base di un atteggiamento di prudenza, se non di vero scetticismo, nei confronti dell'estensione di strumenti che consentano di avvalersi di lavoratori non direttamente assunti dall'impresa che li utilizza. Pur presentando tra loro non poche differenze, tali settori sono accomunati da una naturale discontinuità dell'attività lavorativa, dovuta alla stagionalità delle colture o al carattere temporaneo del lavoro edile, che ha inciso sull'assetto delle aziende che ivi operano, determinando un "naturale" sottodimensionamento delle stesse e, di conseguenza, la necessità di integrare ciclicamente (e con immediatezza) l'organico aziendale in relazione alle esigenze che di volta in volta insorgono.

Gli effetti di questa congenita precarietà dell'impiego sono palesi: la richiesta di manodopera per periodi limitati nel corso dell'anno, spesso di breve durata, espone gli operai agricoli e quelli edili al "ricatto" della perdita di successive occasioni di guadagno in caso di denuncia delle irregolarità nell'assunzione o nella gestione dei rapporti di lavoro, così aumentando il rischio di tali irregolarità e della diffusione di lavoro nero[617]. Rischi ancor più visibili se si tratta, poi, di immigrati extracomunitari privi di regolare permesso di soggiorno, largamente occupati in questi settori[618]. In tal caso, infatti, la stessa condizione di clandestinità concorre a impedire di fatto l'accesso ai meccanismi di tutela dei propri diritti e di denuncia delle condizioni di lavoro[619].

Non solo. L'altra faccia della medaglia del citato sottodimensionamento delle imprese è l'esigenza datoriale di soddisfare velocemente il bisogno di manodopera "esternalizzando" tutte le attività connesse al reclutamento, comprese quelle del trasporto sul luogo dove è richiesta la prestazione e (spesso) della stessa direzione della forza lavoro "aggiuntiva".

---

[617] Secondo i dati raccolti nel 2015 dalla Flai-CGIL in *Agromafie e capolarato. Terzo rapporto*, a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto, Ediesse, 2016, consultabile in *www.flai.it/primo-piano/terzo-rapporto-agromafie-e-caporalato-la-sintesi/*, sono circa 400.000 i lavoratori sfruttati e sottopagati, agli ordini dei caporali e delle aziende del settore. Per un esame ragionato dei dati sul lavoro nero e delle possibili misure di contrasto v. V. PINTO, *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura*, *RDA*, 2014, 360.

[618] Sul punto v. i dati riportati da L. PISACANE, *Immigrazione e mercato del lavoro agricolo*, in *Agromafie e capolarato. Terzo rapporto*, cit.

[619] Sulla connessione tra immigrazione irregolare e sfruttamento del lavoro in agricoltura v. i diversi contributi in *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, a cura di E. RIGO, Pacini Giuridica, 2015; C. DE MARTINO - M. LOZITO - D. SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, *LD*, 2016, 313; N. DE ANGELIS, *Il lavoro irregolare dei braccianti immigrati. Profili critici e azioni di contrasto*, in D'ACUNTO - A. DE SIANO - V. NUZZO, *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, ESI, 2017, 405; Y. SAGNET - L. PALMISANO, *Ghetto Italia. I braccianti stranieri tra caporalato e sfruttamento*, Fandango, 2015. La rilevazione INEA (Annuario dell'agricoltura italiana 2013, Roma) riscontra una piena regolarità del lavoro degli stranieri in agricoltura nel solo 43,2% dei casi. Interessanti, poi, i dati consultabili in M.G. VIVARELLI, *Il caporalato: problemi e prospettive*, *Foro Amm. TAR*, 2008, 2917, che, sebbene non recentissimo, offre una panoramica sull'utilizzo della manodopera irregolare straniera in agricoltura ed edilizia, anche differenziando rispetto alla nazionalità di provenienza e alle differenti aree geografiche e/o regionali italiane. I dati sulla manodopera stagionale immigrata sono anche in L. BERTAZZON, *Il lavoro in agricoltura: tra impiego di manodopera stagionale immigrata e il consolidamento del lavoro occasionale accessorio*, 2011, in *www.venetolavoro.it*; V. RONDINELLI, *La manodopera straniera come risorsa per l'agricoltura italiana: una analisi preliminare*, *Istat working papers*, 2011, n. 12, *www.istat.it*. Non è una mera coincidenza, poi, che questi siano anche gli ambiti occupazionali in cui risulta statisticamente più elevata la percentuale degli infortuni sul lavoro, dato certamente connesso alla persistente presenza di pratiche illegali di reclutamento della forza lavoro.

Se poi si considera anche la presenza della criminalità organizzata nella gestione di questi mercati del lavoro, soprattutto in alcune aree del territorio[620], non può certo meravigliare che essi abbiano costituito il perfetto *humus* per pratiche di contenimento del costo del lavoro basate sullo sfruttamento della manodopera: dalla reiterata violazione della normativa sull'orario di lavoro, ai salari sproporzionati e insufficienti (per richiamare la norma costituzionale), molto spesso attraverso l'affidamento a soggetti senza scrupoli del reclutamento e della gestione dei rapporti di lavoro. D'altronde è noto come proprio le figure del caporale in agricoltura e del capo-cottimo in edilizia abbiano assunto un ruolo paradigmatico della necessità della previsione, nel 1960, del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro.

Tale divieto, però, non ha certo relegato alla storia questa pratica. Anzi, persino la cronaca giornalistica ha mostrato negli anni come, in questi ambiti più che altrove, essa non solo resisteva, ma diventava un fattore strutturale di quegli assetti produttivi, a volte addirittura necessario per garantire la suddetta tempestività del reperimento (e del trasporto) di manodopera e l'abbattimento dei costi di produzione, a sua volta imposto dalla struttura delle filiere di riferimento, si pensi in particolare a quelle agroalimentari[621]. Il condizionamento dei prezzi (e finanche del tipo di produzione) che esse impongono determina, infatti, una esigenza di riduzione dei costi che, in un mercato sempre più attento alla qualità del prodotto, non può che scaricarsi sulla forza lavoro.

Avendo presente queste caratteristiche il legislatore, trentasette anni dopo la l. n. 1369 del 1960, non ha voluto escludere i settori a rischio dalla possibilità di utilizzare il lavoro interinale, ma è stato prudente nell'introdurre la deroga al divieto di intermediazione proprio in ragione della diffusa presenza in agricoltura ed edilizia di fenomeni di interposizione illecita: il comma 3 dell'art. 1, l. n. 196/1997, ammetteva, così, che in tali contesti «i contratti di fornitura di lavoro temporaneo po[tessero] essere introdotti in via sperimentale previa intesa tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale circa le aree e le modalità della sperimentazione»[622].

La previsione di una fase sperimentale rappresentava il risultato di un compromesso tra il rischio che l'introduzione del lavoro temporaneo potesse consolidare (se non addirittura istituzionalizzare) la presenza dei caporali[623] e l'esigenza di flessibilità di settori in costante calo occupazionale, caratterizzati da una crescente difficoltà di reperimento immediato di manodopera e bisognosi di una regolamentazione che non fosse solo limitativa delle possibilità occupazionali, ma fornisse strumenti "alternativi" (e leciti) rispetto alle forme di reclutamento illegali. Peraltro l'idea della necessità di una maggiore flessibilizzazione del mercato del lavoro agricolo aveva già spinto a tale

---

[620] Sul tentativo della criminalità organizzata di condizionare pesantemente l'economia della filiera agroalimentare, dalla produzione agricola, alla gestione del mercato del lavoro, fino ai processi di trasformazione e commercializzazione, v. *Agromafie e capolarato. Secondo rapporto*, a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto, Ediesse, 2014.

[621] In tal senso v. la ricerca sulla produzione e la trasformazione del pomodoro in Italia: *Counteracting exploitation of migrant workers in Italian tomato production*, in https://www.dieh.dk/dyn/Normal/3/23/Normal_Content/file/944/1457951964/rapport_ieh-report_due-diligence-in-agricultural-supply-chains_italian-tomato-products.pdf.

[622] Su tale disposizione v. G. PELLACANI, *Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo: struttura ed ambito di operatività*, in *Il lavoro temporaneo*, a cura di L. GALANTINO, Giuffrè. 2000, 45.

[623] Che aveva indotto alla presentazione di proposte di regolamentazione più restrittive, si pensi al d.d.l. Giugni (n. 3638 del 13 gennaio 1994) presentato durante la XI legislatura in cui era proprio sancito il divieto di fornitura di lavoro temporaneo nei confronti delle imprese agricole (art. 2, co. 2, lett. e).

compromesso le parti sindacali che, nel Titolo dedicato al lavoro interinale del Patto per il Lavoro del 24 settembre 1996, avevano concordato l'introduzione dell'istituto in tutti i settori e, in via sperimentale, in edilizia e agricoltura.

L'apertura del sindacato alla sperimentazione è testimoniata dalla velocità con cui fu raccolto l'invito del legislatore: immediatamente nel settore agricolo (già con gli accordi del 1998[624]), ma poi anche nell'edilizia[625], la contrattazione collettiva ha disciplinato – in conformità a quanto previsto dalla legge – la possibilità di utilizzare il lavoro interinale, regolamentando le ipotesi in cui è consentito il ricorso al lavoro temporaneo, quelle in cui è vietato e i limiti percentuali all'utilizzo dell'istituto.

Sulla disciplina contrattuale si tornerà in seguito, quel che interessa qui preliminarmente sottolineare è come la sperimentazione avviata con la l. n. 196/1997 abbia cancellato i timori legati alla possibilità di una interposizione di manodopera (controllata e regolamentata) in questi settori, tant'è che nella successiva disciplina il legislatore non reitererà alcun vincolo specifico per essi. Il d.lgs. n. 276/2003, infatti, ha ammesso il ricorso alla somministrazione di lavoro anche in agricoltura e in edilizia secondo la regolamentazione ordinaria, salvo che per i profili previdenziali nell'agricoltura[626]. La scelta di non differenziare la disciplina è confermata dal d.lgs. n. 81/2015, che riscrive le regole in materia di somministrazione di lavoro, peraltro cancellando anche il riferimento (ormai inutile) alla salvezza delle clausole dei contratti collettivi che avevano regolamentato l'introduzione (in via sperimentale) della fornitura di lavoro temporaneo (così prima l'art. 23, co. 1, d.lgs. n. 276/2003).

## 2. La disciplina contrattuale della somministrazione di lavoro e la causalità della fattispecie.

In entrambi i settori oggetto di esame, già a partire dalla fase di sperimentazione, le parti collettive hanno introdotto una serie di vincoli contrattuali per il ricorso alla somministrazione di lavoro, sia allo scopo di contingentarne il ricorso, sia attraverso l'introduzione di clausole interdittive.

---

[624] In particolare il Protocollo di intesa sottoscritto da Confagricoltura, Coldiretti e Cia il 19 luglio, l'Accordo per le cooperative e i consorzi agricoli del 2 luglio e quello per le aziende di trasformazione di prodotti agricoli, zootecnicie lavorazione di prodotti alimentari del 13 ottobre

[625] Nel ccnl del 1998 Edilizia PMI è previsto solamente che: «Le parti contraenti ritengono che in relazione alla particolarità del settore edilizio il lavoro interinale possa essere utilizzato dai datori di lavoro, sempre rispettando la normativa vigente in materia, per utilizzazione di qualifiche altamente professionali». È invece solo nel 2000, col rinnovo nel gennaio di quell'anno del ccnl per i dipendenti delle imprese edili e affini (nonché dei contratti collettivi delle cooperative di produzione e lavoro dell'edilizia e attività affini firmato il 9 febbraio 2000 e dell'artigianato edilizia firmato il 15 giugno 2000) che si regolamenta per la prima volta la possibilità di utilizzazione del lavoro temporaneo tramite agenzia.

[626] Con la circolare n. 23 dell'8 febbraio 2005 l'Inps ha stabilito le procedure derivanti dalla particolare normativa in vigore per il settore agricolo, che impegnano le agenzie di somministrazione a dover presentare, in concomitanza del primo contratto con un'azienda utilizzatrice, il modello di Denuncia Aziendale (D.A.) previsto dall'art. 5 del d.lgs 375/1993 e, quindi, quello del Registro d'Impresa (R.I.) nei termini previsti dall'art.9*quater* della legge 608/96. Con l'entrata in vigore della l. 11 marzo 2006, n. 81, recante interventi urgenti per il settore agricolo, sono state introdotte importanti innovazioni nei principali adempimenti, tra cui la obbligatorietà della presentazione, esclusivamente in via telematica della D.A., che dovrà essere trasmessa una sola volta, in occasione del primo contratto, alla Sede Inps competente per territorio in relazione alla localizzazione della sede legale dell'Agenzia, entro 30 giorni dalla stipula del contratto con l'azienda utilizzatrice e deve precedere l'assunzione di operai utilizzati in aziende agricole per assolvere agli obblighi disposti per il collocamento in agricoltura. Il modello di avviamento R.I. deve essere presentato «in base all'ubicazione dell'azienda utilizzatrice», e dunque è in base a tale ubicazione che viene individuata l'aliquota contributiva (ivi comprese le eventuali riduzioni contributive previste per zone montane, svantaggiate, ecc) cui assoggettare le aziende di somministrazione di lavoro per gli operai agricoli impiegati.

Quanto a queste ultime, mentre la contrattazione collettiva vigente in agricoltura richiama la necessità delle «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'impresa agricola utilizzatrice»[627], nel settore edile la parti collettive individuano tassativamente le ipotesi in cui è consentito il ricorso alla somministrazione e quelle in cui è vietato.

È il caso degli operai edili, per i quali la contrattazione non si limita a riprendere – come avviene invece per gli impiegati – la formula delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, ma ammette il ricorso alla somministrazione a tempo determinato nei soli casi specificati nel contratto, ovvero «per le punte di attività connesse ad esigenze di mercato derivanti dall'acquisizione di nuovi lavori; per l'esecuzione di un'opera e di lavorazioni definite e predeterminate nel tempo che non possano essere attuate ricorrendo al normale livello occupazionale; per impiego di professionalità diverse o che rivestano carattere di eccezionalità rispetto a quelle normalmente occupate, in relazione alla specializzazione dell'impresa; per impiego di professionalità carenti sul mercato del lavoro locale; per sostituzione di lavoratori assenti, comprese le ipotesi di assenza per periodi di ferie non programmati, per lavoratori in aspettativa, congedo o temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni assegnate o che partecipino a corsi di formazione; per fronteggiare punte di più intensa attività riguardanti servizi o uffici, indotte da eventi specifici e definiti»[628].

Allo stesso modo la contrattazione elenca alcune ipotesi, che si aggiungono a quelle previste dalla legge, in cui il ricorso alla somministrazione è vietato sulla base di una valutazione di "rischiosità" del lavoro operata dalle stesse parti collettive. In particolare, sono considerati a rischio, salvo che non vengano somministrati da agenzie specificamente abilitate dalla legge allo svolgimento di tali attività, i lavori che espongono ad agenti cancerogeni; quelli con radiazioni ionizzanti che esigono la designazione di zone controllate o sorvegliate, quali definite dalla vigente normativa in materia di protezione dei lavoratori dalle radiazioni ionizzanti; i lavori per costruzioni di pozzi a profondità superiori a 10 metri; per lavori subacquei con respiratori; per lavori in cassoni ad aria compressa e per quelli comportanti l'impiego di esplosivi[629].

La suddetta disciplina contrattuale nasceva, tuttavia, in un contesto normativo in cui la necessità delle ragioni oggettive per la somministrazione a termine era imposta dalla legge e, dunque, si poneva in linea con la previsione legale sia là dove riprendeva la formula legislativa di cui all'art. 1 del d. lgs. n. 368/2001 delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, sia quando integrava quella norma elastica, predeterminando le ipotesi di legittimo ricorso alla somministrazione, come nel caso degli operai edili, dove sono tipizzate in modo restrittivo le causali giustificatrici della stessa.

---

[627] Così il Protocollo nazionale d'intesa per il contratto di somministrazione di lavoro richiamato e allegato al ccnl Impiegati agricoli del 4 giugno 2008 e poi richiamato in tutti i successivi rinnovi, fino al nuovo ccnl Quadri e impiegati agricoli del 23 febbraio 2017. In relazione a tele disciplina, rimasta immutata nonostante le ultime riforme legislative, le Parti sociali si impegnano, nell'ultimo rinnovo contrattuale, «a rivedere, entro il 31 dicembre 2017, il Protocollo nazionale d'intesa per il contratto di somministrazione di lavoro al fine di adeguarlo alle mutate esigenze del mercato del lavoro agricolo e dell'organizzazione produttiva».

[628] Così tutte le disposizioni contrattuali vigenti nel settore: l'art. 95 del ccnl per i dipendenti delle imprese edili e affini del 18 giugno 2008; l'art. 95 del ccnl Dipendenti delle imprese artigiane edili ed affini del 23 luglio 2008; l'art. 30bis del ccnl Dipendenti delle cooperative di produzione e lavoro dell'edilizia e attività affini del 24.6.2008; l'art. 97 del ccnl per gli addetti alle piccole e medie industrie edili e affini del 12 maggio 2010, tutte confermate in questa parte dai rinnovi successivi.

[629] V. nota precedente.

Quel contesto normativo, però, è stato modificato dal d.lgs. n. 81/2015 che di fatto ha reso totalmente acausale il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato e che, quindi, induce a una riflessione sulla perdurante validità della suddetta disciplina contrattuale a fronte della possibilità – ora ammessa dalla legge – di stipulare contratti di somministrazione a termine privi di giustificazione causale.

Sulla base della regola generale secondo cui la legge, salvo esplicito divieto, è sempre derogabile *in melius* dal contratto collettivo, dovrebbe ritenersi che, pur nei limiti di efficacia della contrattazione collettiva, la disciplina più restrittiva ivi prevista possa sopravvivere alla modifica legislativa, soprattutto ove reiterata nei successivi rinnovi contrattuali, proprio in quanto di miglior favore per i lavoratori[630]. Ammessa la sopravvivenza di tali clausole, l'effettiva capacità delle stesse di limitare le possibilità di utilizzo del contratto di somministrazione dipendono, però, dalle conseguenze collegate alla loro violazione.

La soluzione a questo interrogativo è tutt'altro che univoca: se, infatti, l'esigenza oggettiva non è prevista dal legislatore alla stregua di un requisito necessario e indefettibile della fattispecie, la limitazione discende unicamente dalla contrattazione collettiva e, dunque, le conseguenze della violazione della disciplina contrattuale dipendono dalla natura giuridica, normativa o obbligatoria, che si attribuisce alle clausole interdittive.

Se, come si ritiene, sono da inquadrare nella parte normativa del contratto collettivo, non si può che concludere per l'invalidità del contratto di somministrazione a termine stipulato senza la sussistenza (e l'indicazione) di una causale oggettiva, ma se esse dovessero essere ricondotte alla parte obbligatoria del contratto collettivo, la loro violazione sarebbe configurata come condotta lesiva delle prerogative del sindacato che, pur consentendo a quest'ultimo di ricorrere allo speciale procedimento di repressione della condotta sindacale disciplinato dall'art. 28 St. lav., non inciderebbe sulla validità del contratto di somministrazione a termine[631]. A parere di chi scrive, tuttavia, anche volendo riconoscere la natura obbligatoria delle clausole interdittive, il problema della conversione del contratto si ripropone come conseguenza del procedimento *ex* art. 28, in quanto il giudice, dovendo ordinare la rimozione degli effetti del comportamento illecito, non potrà che ritenere invalido il contratto stipulato in violazione della previsione collettiva[632].

---

[630] La questione si era posta, in termini analoghi, al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 368/2001 con riferimento proprio alle tipizzazioni contrattuali antecedenti all'introduzione della norma generale: v. M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, a cura di M. NAPOLI - A. GARILLI, Giappichelli, 2003, 45; A. BELLAVISTA, *Lavoro a termine e contrattazione collettiva*, in *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133*, a cura di A. BELLAVISTA - A. GARILLI - M. MARINELLI, Giappichelli, 2009, 25. Non vi è dubbio che, in presenza di una norma elastica, la contrattazione collettiva possa specificare le concrete esigenze temporanee di tipo oggettivo ad essa riconducibili: si tratta, infatti, di una esemplificazione o concretizzazione della norma legale perfettamente legittima e, addirittura, auspicabile (v., in tal senso, I. ALVINO, *Autonomia collettiva e legge nella regolazione dei rapporti di lavoro a termine*, in *I rapporti di lavoro a termine*, a cura di R. DEL PUNTA - R. ROMEI, Giuffrè, 2013, 35). Oggi, però, sparita nella legge la previsione della necessità della giustificazione del contratto a termine, la contrattazione restringe l'operatività di un istituto contrattuale che troverebbe applicazione senza più limitazioni. Tuttavia, si è detto nel testo, si ritiene che questa restrizione possa giustificarsi in virtù della regola generale della derogabilità *in melius* della disciplina legale da parte di quella contrattuale. Né si potrebbe sostenere che restringere la possibilità di stipulare contratti di somministrazione limita le possibilità di ingresso nel mercato del lavoro e che, dunque, si tratta di una modifica peggiorativa (argomenti simili, con riferimento sempre al contratto a termine, sono stati evidenziati da S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, 2008, in part. 242 e già da P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Giappichelli, 2005, in part. 178). È indubbio, infatti, che il contenimento degli spazi di operatività di contratti di lavoro a termine o somministrati sia una misura di tutela del lavoratore specularmente diretta ad aumentare gli spazi di operatività del contratto a tempo indeterminato che è (o dovrebbe essere) la normale forma di occupazione.

[631] Così I. ALVINO, *Autonomia collettiva e legge nella regolazione* cit., 44.

[632] Per la nullità dell'apposizione del termine in caso di violazione delle clausole collettive suddette v. A. BELLAVISTA, *Lavoro a termine e contrattazione collettiva*, cit., 29.

### 3. Le clausole di contingentamento.

Il d. lgs. n. 81/2015 impone oggi, quale limite all'utilizzo della somministrazione, sia a tempo determinato che indeterminato, una percentuale massima di lavoratori somministrati rispetto a quelli in forza presso l'utilizzatore. In particolare, l'art. 31 del suddetto decreto fissa direttamente al 20% la quota massima di lavoratori con contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, salvo poi la possibilità di una diversa previsione dei contratti collettivi, mentre rinvia alla contrattazione l'individuazione dei limiti quantitativi per la somministrazione a tempo determinato.

Invero nella regolamentazione contrattuale vigente nei settori presi in esame, già prima della modifica legislativa, le clausole di contingentamento erano molto diffuse e fortemente limitative, soprattutto in agricoltura. In tale settore, infatti, «i lavoratori somministrati occupati contemporaneamente nell'impresa utilizzatrice non possono superare il 15% dei lavoratori a tempo indeterminato dell'impresa o giornate equivalenti (divisore 270) occupati presso la stessa su base annua», ammettendosi però che «nei casi in cui tale rapporto percentuale dia luogo a un numero inferiore a due resta la possibilità di occupare contemporaneamente un massimo di due lavoratori temporanei»[633].

In edilizia, le parti sociali hanno individuato, invece, un unico limite che considera cumulativamente l'impiego temporaneo in azienda, e dunque è comprensivo sia dei rapporti di somministrazione che di quelli a tempo determinato. Tale limite è in progressivo aumento. In particolare, nella contrattazione del 2008, modificando la quota del 20% fissata come limite massimo in fase sperimentale dalla contrattazione collettiva del 2000[634], si stabiliva che il ricorso alla somministrazione a tempo determinato non potesse superare, «mediamente nell'anno, cumulativamente con i contratti a termine, il 25% dei rapporti di lavoro con contratto a tempo indeterminato dell'impresa», ferma restando, tuttavia, la possibilità di utilizzare «almeno sette rapporti di somministrazione a tempo determinato e/o di contratti a termine, comunque non eccedenti la misura di un terzo del numero di lavoratori a tempo indeterminato dell'impresa»[635]. La citata percentuale è stata nuovamente aumentata con i rinnovi contrattuali del 2013/2014 che, confermando interamente la precedente disciplina, hanno innalzato tale limite al 30% dei rapporti di lavoro a tempo determinato dell'impresa. Inoltre, nel rinnovo del ccnl per gli addetti delle piccole e medie industrie edili ed affini del 28 ottobre 2013 è espressamente disciplinato il caso di più cantieri, ipotesi in cui il limite percentuale è stato portato fino al 50% dei rapporti a tempo indeterminato.

La possibilità di limitare quantitativamente il ricorso alla somministrazione è, si è detto, perfettamente in linea con la legge: l'art. 31 del d. lgs. n. 81/2015 attribuisce alla contrattazione collettiva il potere di individuare i limiti quantitativi all'utilizzo della somministrazione. La previsione legale del contingentamento numerico risolve la questione delle conseguenze del superamento del limite[636]. Per espressa previsione normativa, infatti, la violazione dei commi 1 e 2 dell'art. 31, d.

---

[633] Così testualmente l'art. 26 ccnl Dipendenti delle Cooperative e dei Consorzi agrari del 3 agosto 2010, ma con disposizione analoga anche gli altri contratti di cui alla nota precedente.

[634] V. nota 5.

[635] V. contratti citati in nota 9.

[636] In assenza di una previsione legale si era posto il problema dell'applicabilità alla violazione delle clausole contrattuali dell'art. 27 del d. lgs. n. 276/2003 che dichiarava l'irregolarità, con applicazione delle relative sanzioni, di qualunque somministrazione che si

lgs. n. 81/2015, determina la irregolarità della somministrazione e, conseguentemente, il diritto del lavoratore di chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione[637].

## 4. I confini dell'interposizione illecita in agricoltura: prestazioni di servizi e contoterzismo. Verso una definizione specifica di appalto?

Nella delimitazione dei confini dell'interposizione lecita in agricoltura, un ruolo non secondario assume la verifica degli spazi di liceità dell'appalto di servizi in tale settore.

È noto che l'art. 29 del d. lgs. 276/2003 sancisce che «il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa».

Dunque, perché si abbia appalto (e non interposizione illecita di manodopera) è necessario verificare che vi sia l'organizzazione dei mezzi necessari per compiere l'opera o il servizio commissionati, che può concretizzarsi anche nell'organizzazione delle sole prestazioni di lavoro[638].

Se quanto appena detto ha certamente valenza generale, le regole dettate per gli appalti in agricoltura forniscono ulteriori elementi alla fattispecie, che potrebbero incidere sui confini della interposizione illecita in tale settore.

In particolare, la fornitura di servizi è qui disciplinata in tre distinte previsioni.

In primo luogo è possibile lo scambio di servizi tra piccoli imprenditori ai sensi dell'art. 2139 c.c., che lo ammette «secondo gli usi». La fattispecie è circoscritta ai piccoli imprenditori agricoli che, ai sensi dell'art. 2083 c.c., esercitano la propria attività professionale «prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia».

La disposizione codicistica fa riferimento sia allo scambio di servizi che a quello di manodopera e considera la c.d. "reciprocanza" come rimedio efficace ai problemi della imprenditoria piccola o coltivatrice. È dunque una norma permissiva, ma pure eccezionale, che deroga alle normali discipline sull'appalto e sul divieto di interposizione[639].

Quantitativamente ben più rilevante è però il fenomeno del c.d. contoterzismo.

---

fosse svolta al di fuori dei limiti stabiliti dall'art. 20. La soluzione positiva, che faceva discendere dalla violazione della clausola di contingentamento l'effetto di riconoscere al lavoratore somministrato il diritto a chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice, è stata largamente accolta, sia in dottrina che in giurisprudenza. V. Cass. 15 luglio 2011, n. 15610, in *OGL*, 2012, 301, nt. ALVINO. In tal senso, e per un approfondimento della questione, v. I. ALVINO, *Autonomia collettiva e legge nella regolazione* cit., 44 e ss. Così anche R. ROMEI, *Sub art. 20*, in *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO - G. SANTORO PASSARELLI, Cedam, 2007, 267.

[637] Così art. 38, d. lgg. n. 81/2015.

[638] Il dibattito sull'art. 29 è ampiamente sviluppato e non può essere affrontato in questa sede. Si v., tra i tanti contributi, R. DE LUCA TAMAJO - F. PATERNÒ, Sub *Art. 29*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO - G. SANTORO PASSARELLI, Cedam, 2007, 426.

[639] Su tale istituto si tornerà in seguito.

Il contoterzista è il soggetto che possiede macchinari agricoli, per lo più ad alta densità di capitale, che, attraverso l'utilizzo di tali macchinari, fornisce i servizi collegati alle lavorazioni meccaniche. Tale figura svolge un ruolo fondamentale in agricoltura, perché permette alle imprese agricole di non impegnare capitale nell'acquisto di macchinari costosi, il cui utilizzo sarebbe circoscritto ad alcune lavorazioni agricole, che si concentrano talvolta in periodi ristretti dell'anno o che richiedono, in relazione all'ampiezza del fondo, un uso temporalmente assai limitato. Per queste ragioni la fornitura di servizi da parte del contoterzista è decisamente in espansione ed è passata dalle originarie operazioni di aratura e raccolta, spesso circoscritte a taluni prodotti specifici, alla realizzazione di quasi tutte le operazioni colturali. Anzi, l'ultimo censimento[640] mostra un numero impressionante di aziende con contoterzismo passivo, soprattutto nelle zone del nord-est e del sud Italia[641].

Guardando alla disciplina specifica, esistono due tipi di contoterzismo, quello c.d. misto e quello puro.

La definizione del primo si ricava dall'art. 2135 c.c. che, dopo la sua riscrittura[642], include nella nozione di imprenditore agricolo anche chi esercita attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola. Si tratta di un'attività agricola "per connessione", che consente all'imprenditore che fornisce il servizio di usufruire di tutte le agevolazioni, sia fiscali che contributive, correlate alla qualifica di imprenditore agricolo[643].

In particolare, la norma prende in considerazione attività economiche che risultano connesse all'utilizzazione, non già dei prodotti agricoli conseguiti, ma fondamentalmente della struttura aziendale e delle sue attrezzature e che, per il tramite del loro impiego, risultino dirette alla fornitura sia di beni che di servizi. Per questa tipologia di attività, il limite per ammettere la connessione è affidata ad un criterio composito. Da una parte si richiede che in tali attività siano impegnate in prevalenza attrezzature e risorse dell'azienda[644], dall'altra, che le attrezzature e le risorse di provenienza aziendale siano quelle "normalmente" impiegate nell'attività agricola esercitata.

Il contoterzista c.d. puro, invece, è quello che possiede macchine e forza lavoro, ma che non utilizza prevalentemente attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola (come richiesto dall'art. 2135 c.c.) e che, almeno fino al 2004, non era qualificato come imprenditore agricolo.

---

[640] Il censimento dell'Agricoltura del 2010 è interamente consultabile al sito ad esso dedicato: censimentoagricoltura.istat.it

[641] Il totale è di 540.269 aziende, di cui circa 340.00 sono collocate nelle zone citate. Gli stessi dati sono confermati per il contoterzismo attivo: il totale è di 18.434 aziende di cui quasi 11.000 tra nord-est e sud italia. I dati del censimento 2010 mostrano comunque un aumento del contoterzismo in tutte le regioni italiane.

[642] Ad opera dell'art. 1 del d.lgs. 18.5.2001, n. 228. Sulla nozione di impresa agricola e di attività connesse, dopo la riscrittura dell'art 2135 v. E. CASADEI, *La nozione di impresa agricola dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. agr*., 2009, I, 309 ss.

[643] Il nuovo testo dell'art. 2135 c.c. ha ribadito la fondamentale distinzione tra *attività agricole principali* e *attività agricole per connessione: s*petta al criterio della *connessione* «il compito di delineare quel confine "mobile" in grado di attrarre nella sfera disciplinare prevista per l'impresa agricola l'esercizio di alcune attività economiche organizzate in forma di impresa, le quali, in mancanza della connessione, resterebbero assoggettate allo statuto dell'impresa commerciale», così A. IANNARELLI, *Impresa agricola*, in *treccani.it*.

[644] È possibile anche l'impiego di macchinari extraziendali sempre che, però, nell'esercizio di tali attività risultino prevalenti quelli propri dell'azienda: così A. IANNARELLI, *op. cit.*

L'art. 5 del d. lgs. n. 99/2004 (adottato in attuazione della delega conferita dalla legge n. 38/2003, c.d. "collegato agricolo") ha parzialmente sistemato la materia, introducendo nell'ordinamento la definizione giuridica di attività agromeccanica come «quella fornita a favore di terzi con mezzi meccanici per effettuare le operazioni colturali dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, la sistemazione e la manutenzione dei fondi agroforestali, la manutenzione del verde, nonchè tutte le operazioni successive alla raccolta dei prodotti per garantirne la messa in sicurezza. Sono altresì ricomprese nell'attività agromeccanica le operazioni relative al conferimento dei prodotti agricoli ai centri di stoccaggio e all'industria di trasformazione quando eseguite dallo stesso soggetto che ne ha effettuato la raccolta». L'intervento legislativo ha una funzione ben precisa: include nella definizione di imprenditore agricolo anche il contoterzista puro[645], così estendendo a tale figura gli incentivi correlati a suddetta qualifica e, conseguentemente, impedendo una concorrenza sleale tra i due soggetti[646].

Nel fornire, tuttavia, la definizione di attività agromeccanica la norma dà all'interprete dei dati ben precisi.

Quanto alle operazioni colturali, oltre a quelle in senso proprio, possono essere svolte in conto-terzismo tutte le attività a monte e a valle di queste, ovvero, da un lato, la sistemazione dei fondi e le operazioni preparatorie alla coltivazione e, dall'altro, le operazioni successive alla raccolta finalizzate a garantire la messa in sicurezza ed il conferimento o lo stoccaggio dei prodotti[647].

Per quel che qui più interessa, poi, la definizione legale di contoterzista, sia puro che misto, sembra legare la fattispecie a un elemento necessario: i mezzi. Se l'impresa possiede la "terra", essa può fornire servizi a terzi ma deve utilizzare le attrezzature che normalmente impiega sulla sua terra; se, invece, si occupa esclusivamente della fornitura di servizi – come previsto dall'art. 5 del d. lgs. n. 99/2004 – in tale attività deve utilizzare «mezzi meccanici». Nell'uno e nell'altro caso, dunque, attrezzature e mezzi entrano nella definizione della fattispecie e pongono all'interprete un problema ermeneutico di non scarsa rilevanza: è consentita in agricoltura la fornitura di servizi ove l'appaltatore non possieda attrezzature o mezzi, ma si limiti all'organizzazione del *know how* della forza lavoro?

È chiaro che ai sensi dell'art. 29 del d. lgs. 276/2003 l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore «può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto». Tuttavia, si potrebbe sostenere che le regole speciali vigenti nel settore agricolo

---

[645] Inducono in tal senso la formulazione del citato art. 5 che riproduce, come primo e connotante contenuto delle attività agromeccaniche, le medesime attività che l'art. 2135 c.c. identifica come proprie dell'attività agricola. Praticamente, se la norma codicistica, come novellata, identifica l'imprenditore agricolo non in ragione di qualità soggettive ma delle attività che l'imprenditore svolge, coincidendo tali attività con quelle indicate nel decreto del 2004 come agromeccaniche si può dedurre che queste sono *ex se* agricole. Sul punto si rinvia a ALBISINI, *Attività agromeccanica ed impresa agricola*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 2004, 5, 303, qui 310.

[646] Addirittura alcuni operatori, pur se interessati al solo svolgimento di attività agromeccanica, nel vigore della precedente disciplina erano indotti ad acquistare o fittare una modesta superficie di terreno al solo scopo di godere dei medesimi benefici dell'imprenditore agricolo.

[647] La definizione è così ampia, quanto alle operazioni colturali, che è stato sottolineato come da essa derivi una dimensione sistemica dell'insieme di aziende che operano nel settore agricolo, una specie di «network nel quale le imprese agricole operano quale parte di un sistema produttivo che alimentano e dal quale sono alimentate»: così F. ALBISINI, *Attività agromeccanica ed impresa agricola*, cit., 307.

forniscano, in un ambito caratterizzato da un'alta densità di manodopera, un indicatore della liceità dell'appalto nella proprietà di attrezzature e mezzi.

Attribuendo ai mezzi materiali la funzione di elemento di discrimine tra appalto (lecito) e interposizione illecita, si spostano nell'area della interposizione di manodopera tutti gli appalti in cui l'organizzazione dell'appaltatore investa solo la forza lavoro.

A tale interpretazione si potrebbe obiettare che le definizioni contenute nell'art. 2135 c.c. e nell'art. 5 d. lgs. n. 99/2004 non hanno funzione permissiva, ma quella di delimitare i confini della nozione di imprenditore agricolo o comunque di "agrarietà", a tutti i fini che poi ne scaturiscono[648]. E così si potrebbe sostenere che anche in agricoltura è possibile un appalto di servizi, ai sensi dell'art. 29 del d. lgs. 276/2003, da parte di un'azienda non agricola, che, dunque, non deve necessariamente essere proprietaria di mezzi ai sensi delle disposizioni citate.

Tuttavia, il fatto che sia l'art. 2135 c.c. che l'art. 5 del d. lgs. n. 99/2004, pur avendo la finalità di delineare l'agrarietà dell'attività, introducano quale elemento necessario per la fornitura di servizi proprio la proprietà dei mezzi, può rilevare a fini interpretativi per la costruzione di una nozione "speciale" di appalto lecito che tenga conto delle peculiarità del mercato del lavoro agricolo. Dalla formulazione delle due citate disposizioni, infatti, argomentando a contrario[649], si potrebbe sostenere che esse contengano al loro interno la norma inespressa che lega la fornitura di servizi in agricoltura alla proprietà di mezzi da parte dell'appaltatore. Se questa interpretazione è sicuramente possibile sulla base della formulazione letterale delle citate disposizioni, essa appare preferibile – almeno a giudizio di chi scrive – perché fornisce una chiara linea di demarcazione tra interposizione illecita ed appalto in un settore dove, si è detto, l'organizzazione della sola forza lavoro (senza quella dei mezzi) evoca diffusi e persistenti fenomeni di caporalato.

## 5. Oltre l'intermediazione: la possibilità di condivisione della forza lavoro in agricoltura. Lo scambio di manodopera...

Accanto alla somministrazione, in agricoltura esistono fattispecie, anche risalenti, in cui di fatto si realizza una dissociazione tra il soggetto titolare del contratto di lavoro e l'utilizzatore della prestazione.

Si è già accennato alla possibilità, prevista dall'art. 2139 c.c., dello scambio di manodopera tra piccoli imprenditori agricoli, effettuato secondo gli usi e avente per oggetto prestazioni di rilevanza economica minore. Si tratta dell'istituto della c.d. reciprocanza, che si ha quando l'imprenditore reciprocante o i suoi dipendenti svolgono la loro attività sul fondo di un altro imprenditore, gratuitamente ma con l'impegno allo scambio delle prestazioni[650].

---

[648] Analogamente a quanto disposto dall'art. 8 del d. lgs. 227/2001, ove si prevede che «le cooperative ed i loro consorzi che forniscono in via principale, anche nell'interesse di terzi, servizi nel settore selvicolturale, ivi comprese le sistemazioni idraulico-forestali, sono equiparati agli imprenditori agricoli».

[649] E precisamente utilizzando la variante produttiva dell'argomento a contrario, su cui, per tutti, si rinvia a R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, qui 153 ss.

[650] Sull'istituto v. R. ALESSI, *L'impresa agricola*, *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1990, in part. 261 e ss.; P. MAGNO, *Scambio di manodopera e di servizi in agricoltura*, in *Nss D.I.*, *App.*, VI, Torino, 1986, 997

La disposizione codicistica nasce, nel contesto dell'entrata in vigore del codice civile, per derogare ai divieti allora vigenti in materia di collocamento dei lavoratori[651] al fine di consentire ai piccoli imprenditori agricoli di far fronte a necessità colturali limitate nel tempo o ad eventi straordinari con la forza lavoro messa a disposizione da imprenditori vicini, con modalità determinate dalle consuetudini locali, senza la necessità di ricorrere all'assunzione di salariati e, dunque, di doverne sopportare i relativi costi retributivi e contributivi, ma solo con l'impegno a rendere analogo servizio quando ciò sia richiesto dal reciprocante. In questo modo entrambi gli imprenditori interessati riescono a soddisfare un bisogno temporaneo di manodopera senza costi aggiuntivi per l'impresa.

Perché lo scambio ricada nella disciplina dell'art. 2139 c.c. occorre che esso abbia ad oggetto prestazioni agricole reciproche, cioè rientranti nello specifico dell'attività agricola, principale o "connessa" che sia[652]. Non è elemento necessario la vicinanza dei fondi, mentre lo è la qualità degli imprenditori, che devono essere piccoli imprenditori. A tal proposito, il Ministero del Lavoro, con risposta all'interpello n. 6 del 3 marzo 2011, ha chiarito che la possibilità di reciproco scambio di manodopera può avvenire non solo tra coltivatori diretti, ma anche tra coloni e mezzadri, in quanto pacificamente rientranti nel concetto di piccolo imprenditore agricolo cui fa riferimento l'art. 2139 c.c., nonché nei confronti dell'imprenditore agricolo professionale (c.d. IAP) purché esso eserciti la sua attività imprenditoriale prevalentemente con lavoro proprio o dei componenti della sua famiglia, così come richiesto dall'art. 2083 c.c.

Sebbene normalmente la prestazione in reciprocanza è resa dell'imprenditore o dagli eventuali appartenenti al suo nucleo familiare, è certamente possibile che ad essere "prestato" sia un dipendente[653]. E in tal caso si ritiene che il datore di lavoro possa procedere all'invio del lavoratore presso altra azienda anche senza necessità del suo consenso[654].

Dottrina e giurisprudenza escludono, naturalmente, che possa esserci la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato tra beneficiario e lavoratore "scambiato"[655]; piuttosto, determinandosi di fatto la temporanea sottoposizione del prestatore al potere direttivo dell'utilizzatore, la fattispecie presenta rilevantissime analogie con quella del distacco e si presenta come una ipotesi derogatoria sia alla disciplina dell'art. 30 del d. lgs. n. 276/2003 sia al divieto di interposizione.

Peraltro, si tratta di una deroga che opera in situazioni ben delimitate. Deve trattarsi, come detto, di uno scambio di prestazioni agricole tra piccoli imprenditori e, salvo ulteriori specificazioni derivanti dagli usi camerali, non deve esserci alcuna remunerazione o corrispettivo in denaro o in

---

[651] La disposizione codicistica risolveva la questione della liceità di una prassi che sembrava in contrasto con il r.d. 29 marzo 1928, n. 1103: sul tema v. ampiamente A. DELLA VALLE, *Lo scambio di manodopera e di servizi nell'agricoltura*, in *Arch. Giur.*, XXI, 1957, 82. Con l'art. 10 d.l. 3 febbraio 1970, n. 7, sul collocamento in agricoltura, alla disposizione codicistica è espressamente riconosciuto carattere di eccezione: «è vietato il passaggio del lavoratore agricolo direttamente ed immediatamente dall'azienda nella quale è occupato ad un'altra» (co. 7), «è ammesso lo scambio di manodopera di cui all'art. 2139 del codice civile» (co. 8).

[652] V. Cass. 7 maggio 1998, n. 4636, che esclude la reciprocanza se lo scambio avviene tra prestazione agricola ed una di diverso genere. Così anche la circolare Inps del 16 dicembre 2009, n. 126.

[653] In tal senso depongono gli usi, su cui v. P. MAGNO, *Scambio di manodopera* cit., 997; A. DELLA VALLE, *op. cit.*, 82. Peraltro una conferma implicita di tale interpretazione si ha dalla contrattazione collettiva: il ccnl operai agricoli e florivivaisti, all'art. 10, menzione la fattispecie in esame tra quelle che possono incidere sul fabbisogno di manodopera salariata dell'imprenditore agricolo. Sul punto v. R. ALESSI, *L'impresa agricola*, Utet, 2011, spec. 265-266.

[654] Depone in questo senso la tipicità sociale dell'operazione prevista dal codice civile: così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato Cicu - Messineo*, I, 2000, Giuffrè, 495 - 496, che rileva come sia consueto che le aziende agricole si scambino fra loro i dipendenti per le fasi più impegnative del lavoro, come mietitura, trebbiatura, vendemmia.

[655] Così espressamente Cass. 31 luglio 1947, n. 1317, *FI,* I, 107. In dottrina R. ALESSI, *op. ult. cit.*, 267 ss.

natura espressamente scambiato tra le parti a ristoro della prestazione resa. La circolare Inps n. 126 del 2009 enfatizza non solo la qualifica di piccolo imprenditore, ma pure la gratuità della prestazione, precisando in proposito che le prestazioni date o ricevute devono prescindere da un qualunque calcolo di stretta equivalenza quantitativa e qualitativa.

## 6. …e l'assunzione congiunta.

Oltre allo scambio di manodopera, in agricoltura è specificamente prevista la possibilità di "condividere" un lavoratore assunto congiuntamente da più datori. L'art. 31 del d. lgs. 276/2003, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 76/2013 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 99/2013), ai commi 3*bis* e 3*ter* ammette che «le imprese agricole, ivi comprese quelle costituite in forma di cooperativa, appartenenti allo stesso gruppo di cui al comma 1, ovvero riconducibili allo stesso proprietario o a soggetti legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità entro il terzo grado» nonché le «imprese con contratto in rete quando almeno il 40% di esse siano agricole»[656] possano «procedere congiuntamente all'assunzione di lavoratori dipendenti per lo svolgimento di prestazioni lavorative presso le relative aziende».

Si tratta di un'obbligazione soggettivamente complessa *ex latere creditoris*[657], definita come una sorta di *job sharing* dal lato datoriale[658], che trova una (minima) disciplina nel successivo comma 3*quinquies*, il quale impone ai co-datori la responsabilità solidale per le obbligazioni contrattuali, previdenziali e di legge che scaturiscono dal rapporto di lavoro, sicché deve ritenersi che ogni datore risponde di tali obbligazioni per la totalità e l'adempimento di uno libera gli altri.

La esplicita previsione della solidarietà per i debiti non implica, però, che i datori congiunti siano anche solidalmente creditori per la prestazione, potendone ciascuno pretendere l'intero. Il citato comma 3*quinquies*, infatti, limita espressamente la solidarietà dei co-datori alle obbligazioni di cui essi «rispondono», confermando così l'operatività della regola (comunque presunta nei confronti dei co-debitori) della solidarietà passiva, ma senza introdurre quella della solidarietà attiva, secondo cui ogni creditore può pretendere l'intera prestazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il lavoratore verso tutti i creditori (art. 1292 c.c.). Tale disposizione, in assenza di una espressa previsione di legge o contrattuale, opera solo in caso di obbligazioni indivisibili, e dunque occorrerà indagare sulla natura dell'obbligazione di lavoro e sull'interesse dedotto in contratto per verificare se, nell'ipotesi di assunzione congiunta, trova applicazione l'art. 1292 c.c.[659]

---

[656] La quota del 40% è stata introdotta dall'art. 18 della l. n. 154/2016 che ha così ridotto la quota precedente del 50%.

[657] Si tratta di una categoria creata, in via di sintesi, dalla dottrina, che ha anche proceduto ad identificarne gli elementi costitutivi: v., per tutti, F.D. BUSNELLI, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, *Enc Dir*, XXIX, 1979, 329 e ss. e ID., *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Giuffrè, 1974.

[658] M. BIASI, *Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, *WP CSDLE*, *it*, n. 218/2014.

[659] Finora la dottrina sembra concorde sull'applicabilità dell'art. 1292 c.c., ritenendo i contitolari del contratto di lavoro creditori congiunti della prestazione, aventi ciascuno diritto all'intera esecuzione del lavoro: v. A. PERULLI, *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura*, in *La riforma del mercato del lavoro*, a cura di A. PERULLI - L. FIORILLO, Giappichelli, 2014, IV, 463, spec. 504; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione diretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo*, Giappichelli, 2013, qui 15.

ovvero l'art. 1314 c.c., secondo cui ciascuno dei creditori «non può domandare il soddisfacimento del credito che per la sua parte»[660].

Non è questa la sede per affrontare il complesso problema della divisibilità o meno della obbligazione lavorativa[661], ritenendosi, peraltro, che nel caso in esame acquisti rilevanza l'esistenza, *ab origine*, di distinti interessi creditori, idonei a configurare non una, ma più obbligazioni, corrispondenti alla pluralità originaria dei soggetti.

In altri termini, avrebbe utilità interrogarsi sulla divisibilità o meno dell'obbligazione lavorativa solo nella misura in cui si ritiene che l'assunzione congiunta realizza il soddisfacimento di un unico e identico interesse creditorio attraverso un'unica e identica prestazione. Ma se così fosse, si perderebbe la funzione connessa alla possibilità di assumere congiuntamente il lavoratore: di fronte ad un interesse di più soggetti perfettamente coincidente, che si sostanzia nella richiesta di una prestazione unica, identica e indivisibile, la parte datoriale diventa una e non ha più senso parlare di solidarietà attiva perché coincide l'interesse creditorio all'adempimento dell'intera obbligazione.

Se si ritiene, invece, che con l'assunzione congiunta convergono nello stesso contratto gli interessi, comuni ma distinti, di più datori, allora la medesima prestazione lavorativa dovrà ripartirsi

---

[660] V., per una ricognizione degli orientamenti, R. CAVALLO PERIN - B. GAGLIARDI, *Pluralità di soggetti e di prestazioni nelle obbligazioni*, in R. CAVALLO PERIN - L. LENTI - G.M. RACCA - A. ROSSI, *I diritti sociali come diritti della personalità*, Esi, 2010, 1; A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, *Enc dir*, 1979, XXIX, 298; F.D. BUSNELLI, *Obbligazioni soggettivamente* cit., 329.

[661] Si tratta di un problema ampiamente dibattuto. Ai sensi dell'art. 1316 c.c. le obbligazioni sono indivisibili quando la prestazione ha per oggetto «una cosa o un fatto che non è suscettibile di divisione per sua natura o per il modo in cui è stato considerato dalle parti contraenti». La dottrina ritiene divisibili le obbligazioni la cui prestazione «è scomponibile in parti che presentino questi due requisiti: di essere omogenee, cioè qualitativamente uguali fra di loro e all'intero, e quindi di assolvere una funzione economico-sociale di natura (anche se non di intensità) uguale a quella dell'intero; e di avere ciascuna un valore proporzionale al tutto» (così D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm Scialoja Branca*, Sub *Art. 1285 - 1320*, 1968, qui 345). In particolare, in relazione alle obbligazioni di fare, lo stesso Rubino ritiene divisibili quelle prestazioni che siano suscettibile di scomposizione in parti omogenee, il chè avviene, secondo tale Autore, «quando il risultato è valutabile per numero o misura», come nel caso di prestazione di un numero di giorni di lavoro (Id., op. ult. cit., p. 348). L'orientamento peraltro si pone in linea con la dottrina romanistica e civilistica del tempo: v., per tutti, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, 1901, 745. La divisibilità dell'obbligazione di durata in funzione del tempo è invece messa in discussione e negata da R. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazion*e, Jovene, 1953 e poi Id., *Il carattere di divisibilità o indivisibilità dell'obbligazione*, in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Arte Tipografica, 1969, ristampa corretta 1990, 3, secondo cui l'obbligazione avente ad oggetto la prestazione continuativa di opere è indivisibile proprio perché l'ordinamento non riconoscerebbe una divisibilità *ratione temporis*, ma solo la frazionabilità nello spazio in parti omogenee qualitativamente uguali. Così anche L. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Zanichelli, IV, 1953, 261, che, con specifico riferimento al contratto di lavoro, in relazione all'art. 1464 c.c., esclude la possibilità di adempimento parziale della prestazione in quanto indivisibile in più parti coesistenti in un medesimo momento di tempo. La tesi è ripresa da V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, Giuffrè, 2010, in part. 168, che spiega così l'operatività di un vincolo di solidarietà attiva nelle ipotesi di codatorialità. Tuttavia la soluzione non sembra così pacifica, soprattutto guardando all'attuale complessità dei rapporti di lavoro. Non può negarsi, infatti, che la divisibilità dell'obbligazione dipenda dalla «possibilità che l'adempimento dell'obbligazione parziale offra al creditore, proporzionalmente, la stessa utilità che sarebbe offerta dall'adempimento dell'obbligazione totale» (così lo stesso R. CICALA, *Il carattere di divisibilità o indivisibilità dell'obbligazione*, in *Saggi sull'obbligazione* cit., 41). E in tal senso, di fronte all'interesse dei co-datori all'adempimento parziale, ovvero a quel risultato parziale costituito dallo svolgimento delle mansioni contrattualmente dovuto nel giorno x, cui corrisponderà l'interesse dell'altro creditore all'adempimento delle medesime mansioni nel giorno k, non si può escludere a priori l'indivisibilità dell'obbligazione lavorativa. D'altronde a queste conclusioni perviene lo stesso Speziale con riferimento proprio all'art. 1464 c.c., che invece Mengoni aveva ritenuto inapplicabile al rapporto di lavoro: v. V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992, in part. 176 ss. Che la questione sia tutt'altro che pacifica è confermato, ancora, da quelle ricostruzioni che oggettivizzano il tempo, fino a ricomprenderlo nell'oggetto del contratto di lavoro: v. V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica alla de-oggettivazione del tempo lavoro*, Cacucci, 2008.

tra essi al fine di soddisfare i rispettivi interessi. Non si avrà, cioè, un rapporto unico, ma si costituiranno tante obbligazioni quanti sono i soggetti e troverà applicazione l'art. 1314 c.c., con la conseguenza che ognuno dei co-datori eserciterà il potere direttivo per la parte di propria competenza e solo per essa potrà chiedere la prestazione[662].

Quanto alle modalità con cui si procede all'assunzione congiunta in agricoltura, esse sono demandate dalla legge ad un decreto del Ministro del Lavoro e delle politiche sociali[663], che tuttavia non risolve nessuna delle esposte questioni interpretative, ma si limita ad individuare il soggetto incaricato di effettuare le comunicazioni di assunzione, trasformazione, proroga o cessazione concernenti i rapporti dei lavoratori assunti congiuntamente, peraltro sollevando ulteriori dubbi. In particolare distingue quattro ipotesi di assunzione congiunta: nei gruppi di imprese, dove il soggetto incaricato delle comunicazioni obbligatorie è individuato nell'impresa capogruppo (art. 2, co. 2); nelle reti, dove sarà il contratto di rete a determinare tale soggetto (art. 2, co. 4); nelle imprese riconducibili allo stesso proprietario, che è pure il soggetto gravato dell'onere delle comunicazioni (art. 2, co. 3) e, infine, nelle imprese riconducibili a soggetti legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità entro il terzo grado, dove sarà necessario «uno specifico accordo», depositato presso le associazioni di categoria, con modalità che ne garantiscano la data certa di sottoscrizione (art. 2, co. 4).

L'esplicita considerazione delle sole ipotesi citate impone già una preliminare riflessione sulla possibilità che lo strumento dell'assunzione congiunta sia limitato ai soggetti menzionati nel decreto. Una risposta affermativa, volta a negare a due imprenditori agricoli non in gruppo, né in rete, né legati da vincoli familiari di ripartirsi il lavoro di un unico soggetto, sarebbe contraria alla lettera della legge, che non contiene alcuna limitazione in tal senso, e non potrebbe certo ricavarsi dal decreto ministeriale, delegato esclusivamente a definire «le modalità con le quali si procede all'assunzione congiunta». D'altronde non si capirebbe perché, ad esempio, dovrebbe essere preclusa a Tizio e a Caio, proprietari di fondi confinanti, la possibilità di assumere congiuntamente Sempronio per la raccolta delle pesche su entrambi i fondi!

Piuttosto, una riflessione concernente l'individuazione dei soggetti abilitati all'assunzione congiunta si impone, relativamente alla lettera della legge, con riferimento alla necessità che gli imprenditori siano agricoli. In particolare, ci si chiede se, stante l'espressa previsione per le imprese agricole della possibilità di assumere congiuntamente lavoratori, si possa escludere il ricorso a tale strumento di condivisione per imprenditori non agricoli. La giurisprudenza, sebbene con riferimento alla rete, ha ammesso la contitolarità in capo a due imprese del medesimo rapporto di lavoro[664]. E certo non si può ricavare dalla formulazione della disposizione di legge alcuna limitazione della possibilità per gli imprenditori non agricoli di assumere congiuntamente lavoratori.

L'espressa menzione dei soli imprenditori agricoli ha probabilmente la funzione di chiarire, in relazione alle specificità di un settore "congenitamente" esposto a fenomeni illegali di reclutamento di manodopera, la possibilità (e la liceità) di utilizzare strumenti di condivisione della forza lavoro di per sé già astrattamente utilizzabili. Il che potrebbe anche rispondere allo scopo di incentivare il ricorso alle assunzioni congiunte in un settore in cui per molte piccole realtà familiari (quelle

[662] Sul punto si v. R. CICALA, *La rilevanza del carattere di divisibilità o indivisibilità dell'obbligazione*, in *Saggi sull'obbligazione* cit., 43.
[663] Il Decreto è stato emanato il 27 marzo 2014 (G.U., 11 agosto 2014, n. 185) e si compone di due soli articoli.
[664] Cfr. Cass. 24 marzo 2003, n. 4274.

specificatamente prese in considerazione dal decreto ministeriale) la possibilità di condivisione del lavoratore può spesso coincidere con la stessa possibilità di assunzione.

## 7. La legge contro il caporalato in agricoltura e altri strumenti di prevenzione.

La persistente e ampia diffusione del fenomeno del caporalato, soprattutto nel settore agricolo, ha indotto il legislatore nazionale a intervenire anche sul piano penale: con il d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, introduce il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro[665] e, a soli cinque anni di distanza, con la l. n. 199 del 4 novembre 2016, recante proprio disposizioni «in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro *in agricoltura* e di riallineamento retributivo nel settore agricolo», ne riscrive la disciplina allo scopo di allargarne l'operatività, correggendo lo strabismo strutturale della precedente formulazione.

Il nuovo art. 603-*bis* c.p. punisce oggi non solo chi recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori, ma anche chi la utilizza, assume o impiega, non importa se direttamente o mediante intermediari[666], sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento e approfittando del loro stato di bisogno. Prevede, poi, un aggravamento della pena se i fatti sopra descritti sono commessi mediante violenza o minaccia[667] e una attenuante per chi collabora con l'autorità di polizia o con quella giudiziaria.

Dalla lettura della diposizione codicistica emerge immediatamente come la fattispecie penale non sia affatto limitata né all'agricoltura, nonostante la disciplina sia stata riformata da una legge avente specificatamente ad oggetto il contrasto del lavoro irregolare in agricoltura, né all'intermediazione, operando ora anche nell'ipotesi in cui lo sfruttamento del lavoratore sia posto in essere da chi ha assunto "direttamente" la manodopera[668]. È proprio lo "sfruttamento" dei lavoratori perseguito approfittando del loro stato di bisogno la condotta sanzionata dalla norma penale, così che più che di reato di caporalato, come più volte è stato mediaticamente presentato, si dovrebbe correttamente parlare di reato di "sfruttamento del lavoro"[669].

---

[665] Sulla introduzione della fattispecie v., tra i tanti, P. SCEVI, *Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: alcuni spunti di riflessione*, *Riv. pen.*, 2012, 11, p. 1059; A. SCARCELLA, *Il reato di "caporalato" entra nel codice penale*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 10, p. 1183

[666] L'attuale formulazione della disposizione penale (che fa riferimento a chi utilizza assume o impiega manodopera «*anche* mediante intermediari») corregge la principale miopia della precedente, che colpiva solo l'intermediario e non *anche* l'utilizzatore.

[667] E anche qui corregge la originaria formulazione, trasformando la violenza e minaccia in un elemento aggravante della pena e non costituitivo del reato.

[668] Anzi in tal senso la nuova fattispecie risulta ampliata anche rispetto al testo previgente della stessa disposizione, essendo ora il reato in esame slegato dal requisito dello svolgimento di «un'attività organizzata di intermediazione». Peraltro, l'attribuzione di rilevanza penale allo sfruttamento della manodopera in sé, anche in assenza di un'attività illecita di intermediazione, si pone in linea con (e a completamento de) l'art. 22, co. 12-*bis*, del. d.lgs. n. 286/1998 (c.d. T.U. sull'immigrazione), che punisce penalmente il datore di lavoro il quale occupi alle proprie dipendenze – non importa se avviati al lavoro mediante "caporale" o meno – lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno ovvero con il permesso scaduto, revocato o annullato, quando essi siano sottoposti alle condizioni di particolare sfruttamento di cui all'attuale terzo comma dell'articolo 603-bis c.p. Sul piano sistematico, così, lo sfruttamento dei lavoratori trova una tutela penale sempre, e non solo se si tratta di un lavoratore immigrato irregolare.

[669] Il terzo comma dell'art. 603-*bis* c.p., al fine di consentire un'agevole individuazione della ricorrenza dello stato di sfruttamento, chiarisce che costituisce indice di tale stato la reiterata corresponsione di retribuzioni palesemente difformi dai contratti collettivi; la reiterata violazione delle norme sull'orario di lavoro, i riposi e le ferie; la violazione delle norme in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro; la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

Non è questa la sede per esaminare la norma penale[670], essendo piuttosto rilevante sottolineare come con la riscrittura dell'art. 603-*bis* c.p. ritorni la repressione penale (anche) della intermediazione illecita di manodopera (con sfruttamento dei lavoratori), dopo che, solo pochi mesi prima dell'approvazione definitiva di tale legge, essa era stata depenalizzata e trasformata in un mero illecito amministrativo[671].

Pur apprezzando lo sforzo del legislatore di un ritorno alla fattispecie penale, peraltro chiarita e ampliata rispetto alla versione originariamente introdotta[672], restano dubbi sulla sua effettività proprio con riferimento ai settori presi in esame. In mercati del lavoro caratterizzati da una marcata precarietà e vulnerabilità della manodopera, come quello agricolo o edile, denunciare il datore e attivare i meccanismi sanzionatori (lavoristici, amministrativi e penali) significa sostanzialmente perdere l'occasione di guadagno. Per non parlare di quei territori in cui vi è un legame tra i caporali e la criminalità organizzata che accresce la condizione di omertà delle vittime dello sfruttamento.

Non è un caso, d'altronde, che il reato introdotto già nel 2011 abbia visto in questi anni solo qualche centinaia di denunce e poche decine di iscrizioni presso le Procure della Repubblica del territorio italiano. Certamente lo scarso successo della fattispecie penale è stato determinato dalla miopia della precedente formulazione, che – si è detto – puniva il solo intermediario e nel solo caso in cui vi fossero violenze o minacce. Ma comunque resta il dubbio sulla adeguatezza del diritto penale a governare da solo il problema[673]. Pur apprezzando, cioè, la modifica apportata all'art. 360-*bis* c.p., non si può non rilevare come la vastità del fenomeno e il suo carattere congenito, se non proprio strutturale, richieda il concorso di molteplici strumenti di azione, non solo repressivi, ma anche di incentivo e di controllo.

Specie in agricoltura, ad esempio, è necessario intervenire sulle filiere agroalimentari per premiare gli imprenditori virtuosi, incidendo sulle convenienze e sulla necessità di abbattimento dei costi del lavoro. In tal senso molto più efficace della repressione penale potrebbe essere la proposta di potenziare, nell'ambito della Politica Agricola Comune (PAC), il meccanismo della condizionalità per l'erogazione dei contributi europei non solo al rispetto delle regole in materia di ambiente e salute, ma anche a quelle del lavoro, attraverso l'introduzione di una sorta di "condizionalità sociale" [674] . O ancora, l'estensione a tutto il territorio nazionale del sistema,

[670] Per la quale si rinvia a D. PIVA, *I limiti all'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della l. n. 199/2016*, *Arch. Pen.*, 2017, 1 e, con specifico riferimento agli effetti della riforma e alle difficoltà applicative in agricoltura, N. DE ANGELIS, *Il lavoro irregolare dei braccianti immigrati. Profili critici e azioni di contrasto*, cit.

[671] In tal senso le modifiche apportate prima con il d. lgs. n. 81/2015, che ha abrogato l'ipotesi di somministrazione fraudolente, e poi con il d.lgs. n. 8/2016, che trasforma in illecito amministrativo sia la somministrazione abusiva che l'utilizzazione illecita, fatta eccezione per la sola somministrazione abusiva con sfruttamento di minori che conserva natura penale.

[672] Sul punto v. D. PIVA, *I limiti all'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della l. n. 199/2016*, *cit.*; Solleva non poche perplessità sull'ampliamento della fattispecie delittuosa A. DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. Contemp.*, 2017, consultabile in http://www.penalecontemporaneo .it/upload/DERUBEIS_2017a.pdf

[673] Con riguardo all'efficacia del diritto penale per il contrasto del caporalato si veda A. DI MARTINO, *"Caporalato" e repressione penale. Appunti su una correlazione (troppo scontata)*, in *Leggi migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, cit., 92 ss.; D. PIVA, *I limiti all'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della l. n. 199/2016*, *cit.*, par. 4.

[674] La condizionalità è uno dei principali pilastri della Politica Agricola Europea, introdotta con il Reg. CE 1782/2003 e ora disciplinata dal Reg. CE n. 1306/2013 del 17 dicembre 2013, per realizzare una "Agricoltura ecosostenibile" nel pieno rispetto dell'ambiente. Essa

sperimentato dalla Regione Puglia, degli indici di congruità, che subordinano qualsiasi beneficio erogato da istituzioni pubbliche alla "congruità" del rapporto tra la quantità e qualità dei beni o dei servizi offerti e la quantità delle ore lavorate[675].

Sempre sul piano delle convenienze mirava ad agire la proposta della istituzione di una Rete del lavoro agricolo di qualità, poi introdotta dall'art. 5 del d.l. n. 91/2014, convertito nella l. n. 116/2014, e recentemente modificata dalla l. n. 199/2016. Invero, l'idea presentata unitariamente da Flai-cgil, Fai-cisl e Uila-Uil nella Conferenza stampa del 26 febbraio 2014 e confluita nel d.d.l. S. 1467, volta a riconoscere nella iscrizione alla Rete un marchio distintivo di "lavoro di qualità" indispensabile per il riconoscimento delle agevolazioni contributive, è fondamentalmente svilita, almeno in una prima fase, in un mero esonero delle imprese ad essa iscritte dall'attività di vigilanza posta in essere dall'Ispettorato del lavoro o dall'Inps, che viene così orientata «nei confronti delle imprese non appartenenti alla Rete del lavoro agricolo di qualità salvi i casi di richiesta dell'intervento proveniente dal lavoratore, dalle organizzazioni sindacali, dall'Autorità giudiziaria o da autorità amministrative»[676]. Peraltro i presupposti per l'iscrizione nell'elenco della Rete del lavoro agricolo di qualità non sono volti a verificare l'eticità dell'impresa e l'applicazione della normativa di tutela del lavoro, ma consistono solo nell'assenza di condanne penali e di sanzioni amministrative per violazione, in particolare, della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale[677].

Con l'ultimo intervento legislativo, tuttavia, qualche passo nella direzione auspicata si è fatto.

Prima di tutto l'art. 8 della l. n. 199/2016 modifica i requisiti di accesso alla Rete richiedendo espressamente la necessità per l'imprenditore che voglia aderire di applicare i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Inoltre potenzia le funzioni della Rete e prevede la sua articolazione

si sostanzia in tutti quegli impegni (criteri di gestione obbligatoria – direttive e regolamenti) e norme (buone condizioni agronomiche ambientali) in materia di sanità pubblica, di ambiente, di sicurezza alimentare, di salute animale e vegetale e di benessere degli animali cui deve attenersi ogni agricoltore che fa richiesta di beneficiare di regimi di aiuto. Gli impegni di condizionalità devono essere rispettati su qualsiasi superficie agricola dell'azienda beneficiaria di pagamenti o premi, anche per i terreni che non rientrano direttamente nell'aiuto. Sull'estensione della condizionalità nel senso descritto nel testo v. C. DE MARTINO - M. LOZITO - D. SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, cit., p. 320. La proposta convince da più punti di vista, anche perché si potrebbe provocatoriamente osservare che tra gli animali di cui l'imprenditore deve garantire "salute e benessere" dovrebbe quantomeno essere ricompreso anche l'uomo!

[675] Non è questa la sede per l'esame della politica regionale pugliese, per la quale si rinvia a V. PINTO, *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura, cit.*, 360 ss.; ID., *Sanzioni promozionali ed indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, *RGL*, 2008, 25; M. ESPOSITO - U. GARGIULO, *Il contrasto al lavoro sommerso: potestà legislativa regionale e strumenti di intervento,* in *Dossier ADAPT*, 2007, 25, 15 ss.; C. DI CARLUCCIO, *Lavoro sommerso e politiche regionali, DLM*, 2007, 25.

[676] Sulla Rete del lavoro agricolo di qualità, nel contesto di una più ampia riflessione sulle strategie di contrasto e i modelli di intervento contro il lavoro illegale, v. A. VISCOMI, *Lavoro e legalità: «settori a rischio» o «rischio di settore»? Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione*, *RGL*, 2015, 603, qui 606 e ss., che giustamente sottolinea come l'inserimento nell'elenco determini l'allentamento dell'attività di vigilanza «benchè sia del tutto evidente che l'inesistenza di provvedimenti sanzionatori nel recente passato (oggetto della verifica da parte della cabina di regia) non comporta di per sé l'inesistenza di eventuali infrazioni in atto (oggetto di verifica da parte dell'attività ispettiva)».

[677] L'iscrizione è preclusa anche a coloro che hanno riportato condanne per delitti contro la P.A. (es. corruzione, concussione, peculato); l'incolumità pubblica (ad es. stragi, incendi, inondazioni); l'economia pubblica, l'industria e il commercio (ad es. frodi alimentari, contraffazione di DOC, DOP, etc.); il sentimento per gli animali (ad es. uccisione o maltrattamento di animali per crudeltà e senza necessità); la personalità individuale (riduzione in schiavitù, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro) e in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

in sezioni territoriali (Comitati CISOA)[678] che possono promuovere a livello locale iniziative «in materia di politiche attive del lavoro, contrasto al lavoro sommerso e all'evasione contributiva, organizzazione e gestione dei flussi di manodopera stagionale, assistenza dei lavoratori stranieri immigrati». Alla cabina di regia istituita presso la l. n. 199/2016 affida, tra gli altri, il potere di stipulare convenzioni per il trasporto dei lavoratori agricoli[679], quello di monitorare l'andamento del mercato del lavoro agricolo e di formulare «indici di coerenza del comportamento aziendale strettamente correlati alle caratteristiche della produzione agricola del territorio». Questi ultimi, in particolare, sembrano rievocare, sebbene sotto una definizione parzialmente differente, i noti indici di congruità di cui alla legge della Regione Puglia, sebbene allo stato sia difficile immaginare similitudini e differenze tra i due strumenti, in quanto la l. n. 199/2016 si limita a nominarli, lasciandone indeterminata sia la struttura che le funzioni. Certamente, però, proprio tale indeterminatezza può consentire alla cabina di regia della Rete, se vi fosse la volontà politica, di "confezionare" uno strumento idoneo a controllare la "coerenza" occupazionale, incentivare l'emersione e indirizzare i benefici verso le aziende che appaiono, appunto, "coerenti".

Questa strada convince certamente più di quella della mera repressione penale, anche se molto può e deve essere fatto. È indubbio, infatti, che, proprio in quei settori in cui il caporalato è divenuto un sistema di produzione, per abbatterlo è necessario incidere sulle convenienze e quindi solo un coordinamento di politiche pubbliche in campo economico e sociale può dare qualche risultato.

## 8. Brevi osservazioni sulla divaricazione di disciplina tra i due settori congenitamente "a rischio".

La riflessione sin qui condotta sui fenomeni interpositori o di condivisione della forza lavoro in edilizia e agricoltura mostra la complessità della regolamentazione attualmente esistente in materia, nonché una profonda divaricazione di disciplina del lavoro agricolo rispetto a quello edile e, più in generale, agli altri settori produttivi.

In particolare, anche rispetto all'edilizia, che pure presenta un mercato del lavoro con caratteristiche analoghe (stagionalità del lavoro e surrogabilità della manodopera, precarietà dell'impiego, lavoro nero, caporalato), in agricoltura la disciplina dei diversi strumenti interpositori o di condivisione della forza lavoro si è differenziata soprattutto nei tempi più recenti, in cui si è assistito a un vistoso adattamento delle regole del lavoro alla specificità dei rischi e delle esigenze che ivi emergono.

Proprio dalle sollecitazioni delle federazioni sindacali che operano in tale settore nasce l'intervento legislativo volto (prima) a introdurre lo strumento di repressione penale delle pratiche

[678] Le sezioni territoriali della Rete inoltre possono promuovere modalità sperimentali di intermediazione fra domanda e offerta di lavoro nel settore agricolo, in stretta collaborazione con l'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, e con la Rete nazionale dei servizi per le politiche del lavoro, al fine di garantire una modulazione a livello territoriale dei servizi all'impiego.

[679] In questa direzione si era mosso già il Protocollo sperimentale contro il caporalato e lo sfruttamento dei lavoratori in agricoltura sottoscritto il 27 maggio 2016 dai Ministeri del lavoro, dell'interno e delle politiche agricole, d'intesa con cinque regioni, le parti sociali maggiormente rappresentative nel settore agricolo e le organizzazioni di volontariato e non governative. Esso prevedeva la costituzione di tavoli permanenti di coordinamento, composti da ispettori del lavoro, dell'Asl e dell'Inail e presieduti dai prefetti delle province di Caserta, Foggia, Bari, Potenza, Reggio Calabria e Ragusa, volti al sostegno di alcune attività, quali, in particolare, la stipulazione di convenzioni per la realizzazione del trasporto gratuito dei braccianti, nonché l'istituzione di presidi medico sanitari mobili, la distribuzione gratuita di acqua e cibo, il potenziamento di iniziative volte alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, la sperimentazione di sportelli informativi sulla ricerca dell'alloggio dei lavoratori e più in generale sui loro diritti, la destinazione degli immobili confiscati alla criminalità organizzata in centri di servizi e/o assistenza per i prestatori di lavoro.

interpositorie illecite tuttora qui diffuse e (poi) ad ampliare notevolmente la fattispecie di reato, fino a comprendervi ipotesi non legate all'intermediazione, come quella del lavoro sottopagato o della reiterata violazione della disciplina sull'orario di lavoro o sulla sicurezza. Contemporaneamente, però, sempre in agricoltura, il legislatore, al fine di fornire risposte lecite alla domanda improvvisa (e a basso costo) di manodopera, ha incentivato l'utilizzabilità di strumenti di condivisione della forza lavoro: si pensi, al di là della totale apertura verso la somministrazione, alla persistente applicazione di usi risalenti come quello dello scambio di prestazioni – che nei fatti determina una interposizione lecita nella prestazione di lavoro del soggetto "scambiato" e la sottoposizione di questo alla direzione di un utilizzatore che non è il suo effettivo datore di lavoro – o all'introduzione di discipline funzionali alla condivisione di manodopera, come quella dell'assunzione congiunta di lavoratori, pure (e soprattutto) fuori dal gruppo o dalla rete di imprese.

Due logiche di intervento solo apparentemente in contraddizione: ampliando l'area sia del lecito che dell'illecito si cerca di aumentare sia le possibilità dell'imprenditore agricolo di procurarsi lavoro "aggiuntivo" in modo legale sia quelle di punire, anche penalmente, ogni deviazione.

La sensazione, tuttavia, è che tra la carota e il bastone si poteva fare altro, che c'erano altre strade (forse più pratiche) da percorrere. Si pensi, ad esempio, alla perdurante assenza di qualsiasi intervento volto a ridurre la marcata temporaneità dell'impiego, che nel tempo ha provocato la netta prevalenza del contratto a tempo determinato rispetto a quello indeterminato (in un rapporto quasi di 9 a 1)[680], ma soprattutto, per quanto qui più interessa, alla opportunità dell'introduzione di specifiche misure premiali e incentivanti che minino la convenienza delle (purtroppo persistenti) pratiche interpositorie illecite.

La Rete del lavoro agricolo di qualità può essere un primo passo, ma è troppo piccolo se non la si fornisce degli strumenti necessari per controllare le aziende e incentivare la legalità. E forse anche destinato a non portare da nessuna parte se non si accompagna a politiche concrete volte ad intervenire sui meccanismi di potere che regolano le filiere agro alimentari e, conseguentemente, sui meccanismi di determinazione di prezzi che "strozzano" molti produttori, offrendo loro poche alternative alla illiceità.

[680] Ed anzi è stato introdotto un consistente incentivo contributivo per l'assunzione dei giovani in agricoltura, che opera anche per i contratti a tempo determinato, purchè di durata non inferiore ai tre anni. In particolare, l'art. 5 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, recante «Disposizioni per l'incentivo all'assunzione di giovani lavoratori agricoli e la riduzione del costo del lavoro in agricoltura», conv. in l. 11 agosto 2014, n. 116, istituisce, «un incentivo per i datori di lavoro che hanno i requisiti di cui all'articolo 2135 del codice civile e che assumono, con contratto di lavoro a tempo indeterminato o con contratto di lavoro a tempo determinato» lavoratori «di età compresa tra i 18 ed i 35 anni, che si trovano in una delle seguenti condizioni: a) essere privi di impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi; b) essere privi di un diploma di istruzione secondaria di secondo grado». Ai fini della concessione dell'incentivo, il contratto di lavoro a tempo determinato deve avere durata almeno triennale e garantire al lavoratore un periodo di occupazione minima di 102 giornate all'anno. L'incentivo «è pari a un terzo della retribuzione lorda imponibile ai fini previdenziali, per un periodo complessivo di 18 mesi, riconosciuto al datore di lavoro unicamente mediante compensazione dei contributi dovuti».

# Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*

Marco Biasi

1. Premessa. 190

2. Un passo indietro: la veduta corta di Albany e i suoi (im)prevedibili effetti. 193

3. Il caso FNV Kunsten e la chiusura (apparente) alla contrattazione collettiva degli autonomi. 195

4. Segue. I "falsi autonomi" nella decisione FNV Kunsten. 197

5. Una rilettura basata sul diritto fondamentale alla contrattazione collettiva (anche) nell'area del lavoro autonomo. 199

6. Segue. Diritto della concorrenza e contrattazione collettiva nell'ambito del lavoro autonomo esclusivamente e prevalentemente personale. 202

7. Segue. Il nodo della libertà sindacale del piccolo imprenditore. 204

8. Un percorso alternativo. Il piccolo imprenditore "integrato" e la nozione funzionale di impresa a fini *antitrust.* 206

9. Brevi note finali. 208

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 358/2018

## 1. Premessa.

In una nota pronuncia del 2004, la Suprema Corte di Cassazione, nell'escludere il diritto del collaboratore coordinato e continuativo alla garanzia di cui all'art. 36 Cost., osservava che «*il dato sociologico della condizione (*ab origine*) di sottoprotezione (cui l'ordinamento reagisce con la peculiare normativa "di sostegno") costituisce un attributo tipico e specifico del solo lavoro prestato in regime di subordinazione*»[681].

A distanza di non più di un quindicennio, il quadro pare mutato radicalmente, se si guarda alla recente introduzione, mediante la l. n. 81 del 2017, di uno statuto del lavoro autonomo, dalla natura promozionale[682] e dall'ambizione tendenzialmente universalistica[683].

Peraltro, proprio guardando alla materia "retributiva", era già in precedenza in atto un processo di progressiva estensione del diritto del lavoro oltre l'area classica della subordinazione[684], visibile nell'apertura alle collaborazioni coordinate e continuative contenuta nella delega del *Jobs Act* sul salario minimo legale alla fissazione di un compenso minimo a favore del collaboratore a progetto parametrato sulla retribuzione del "corrispondente" lavoratore subordinato[685], senza dimenticare

---

[681] Cass. 25 ottobre 2003, n. 16059, in *Rep. Foro It.*, 2003, *Lavoro autonomo*, n. 4; nello stesso senso, Cass. 18 dicembre 2003, n. 19435, *ivi*, 2003, *Professioni intellettuali*, n. 119; Cass. 21 ottobre 2000, n. 13491, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2001, pag. 154; Cass. 21 gennaio 1998, n. 531, in *Rep. Foro It.*, 2003, *Sanitario*, n. 531; Cass. 9 marzo 1998, n. 1245, *ivi*, 1989, I, n. 1480; Cass. 26 luglio 1990, n. 7543, *ivi*, 1990, *Lavoro autonomo*, n. 6. In una diversa prospettiva, v. già G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979, pagg. 23-25, sulla base della debolezza contrattuale del lavoratore parasubordinato; a favore di una lettura dell'art. 36 Cost. in grado di rispondere alle esigenze di tutela del lavoro non solo subordinato, M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Jus*, 2008, 1, pagg. 67-72; nella giurisprudenza di merito meno recente, v. Pret. Napoli 1 marzo 1993, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1993, pag. 918, ove si propende per l'applicabilità della norma costituzionale «*anche ai rapporti di lavoro parasubordinato, purché, in base ad un'indagine da effettuarsi in relazione a ogni singolo caso concreto, risultino sottoprotetti*»; nello stesso senso, Pret. Napoli 19 aprile 1985, in *Riv. Giur. Lav.*, 1987, II, pag. 462; Pret. Venezia 3 luglio 1984, in *Lav. 80*, 1984, pag. 1117 (in materia di agenzia); Pret. Cagliari 17 aprile 1982, in *Foro It.*, 1984, I, col. 879.

[682] R. SALOMONE, *La regolazione del lavoro autonomo al tempo del* Jobs Act, in *Quad. Rass. Sind.*, 2017, 1, pag. 99; S. GIUBBONI, *Prime osservazioni sul disegno di legge in materia di lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, 4, pag. 245; ID., *Il* Jobs act *del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, 3, pagg. 474 e 482; O. RAZZOLINI, *Il ddl sul lavoro autonomo: dalla tutela della dipendenza alla tutela della persona*, in *nelmerito.com*, 6 maggio 2016; G. ALLEGRI, G. BRONZINI, *Libertà e lavoro dopo il* Jobs Act. *Per un garantismo sociale oltre la subordinazione*, Roma, 2015, pag. 63 e segg.

[683] G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, *Introduzione: la "coda" del Jobs Act o la "testa" del nuovo diritto del lavoro?*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Padova, 2018, pag. 13 e segg.

[684] S. PALLADINI, *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Torino, 2012, pag. 65.

[685] Come noto, l'art. 1, comma 23, lett. *c*), l. 28 giugno 2012, n. 92, nel riscrivere il testo dell'art. 63, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, ha introdotto, in aggiunta al criterio di proporzionalità del compenso, la regola per cui il corrispettivo spettante al collaboratore a progetto non possa essere inferiore ai minimi previsti, «*in modo specifico per ciascun settore di attività*», dalla contrattazione collettiva dedicata a tale tipologia contrattuale (1° comma), ovvero, in mancanza di quest'ultima, alla retribuzione minima riconosciuta dai contratti collettivi a favore dei lavoratori subordinati «*il cui profilo di competenza e di esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto*» (2° comma). Pur essendo vero che al comma 1 il rinvio era alla contrattazione collettiva specifica per il lavoro autonomo, il comma 2 prevedeva come, "*in ogni caso*", il termine di riferimento fosse quello del lavoratore subordinato "comparabile" (per gli opportuni riferimenti, si consenta il rinvio a M. BIASI, *Il «salario minimo» per i collaboratori a progetto*, in M. PERSIANI, S. LIEBMAN (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (cd. "riforma Fornero") dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 99 del 2013*, Torino, 2013, pag. 223 e segg.; cfr., in precedenza, art. 3, comma 1, lett. b) del progetto di legge Smuraglia, approvato dal Senato il 4 febbraio 1999, su cui S. HERNANDEZ, *Lavori atipici e autonomia collettiva: un incontro difficile*, in *Dir. Lav.*, 2000, I, pag. 289 e segg.). In realtà, proprio attraverso l'ancoraggio del compenso minimo del lavoratore a progetto al livello retributivo (e alla relativa modalità di calcolo, normalmente a tempo e non a risultato) del lavoratore subordinato, la disposizione ha finito per svolgere una funzione antielusiva più che di garanzia di un equo compenso (D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione svolta nell'ambito delle Giornate di Studio AIDLASS svoltesi a Cassino il 18-19 maggio 2017 e dedicate al tema ''Frammentazione organizzativa e Lavoro: i rapporti individuali e collettivi', pag. 93 del dattiloscritto), a conferma dell'assunto secondo cui, in taluni casi,

la sfortunata, ma significativa, vicenda dell'equo compenso dei giornalisti non subordinati[686].

Non poteva perciò non balzare agli occhi l'assenza, nell'impianto della l. n. 81 del 2017, di una previsione in materia di equo compenso[687], colmata in minor parte, per le sole libere professioni[688] e unicamente nei rapporti tra i professionisti e taluni committenti "medio/grandi"[689], dalla successiva l. 4 dicembre 2017, n. 172; sicché, salvo un improbabile ripensamento, se non proprio una vera fuga in avanti, della giurisprudenza sull'art. 36 Cost. e/o ad una valorizzazione del divieto di clausole e condotte abusive di cui all'art. 3 l. n. 81 del 2017[690], la determinazione del compenso parrebbe ancora affidata, nella più vasta area del lavoro autonomo, alla legge del mercato, ovvero alla negoziazione individuale tra le parti.

Se, però, il diritto del lavoro si caratterizza da sempre per il peculiare intreccio di fonti eteronome ed autonome, il silenzio delle prime su un tema di centrale interesse per i lavoratori (qui da intendersi *sans phrase*) potrebbe lasciare spazio alle seconde, specie considerando il deciso sostegno offerto di recente alla contrattazione collettiva nell'ambito del lavoro – formalmente – autonomo da parte dello stesso legislatore[691].

Come noto, infatti, l'art. 2, comma 2, lett. a), prevede la possibilità, già ampiamente utilizzata[692]

---

per scongiurare gli abusi nel ricorso al "falso" lavoro autonomo (v. *infra*) possa risultare più utile operare sul piano del costo del lavoro che su quella della (ri)qualificazione ai sensi dell'art. 2094 Cod. Civ. e/o, oggi, dell'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015 (M. MAROCCO, *A volte ritornano: i falsi co.co.co*, in *www.lavoce.info*, 11 novembre 2016).

[686] In tema, per tutti, A. AVONDOLA, *Lavoro giornalistico ed equo (s)compenso*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2017, 2, pag. 369 e segg.

[687] S. GIUBBONI, *Il* Jobs act *del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, 3, pag. 492; G. MARCHI, *Il diritto ad un salario minimo per i lavoratori nella* sharing economy, Convegno Internazionale "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale", Brescia, 12-13 ottobre 2017, dattiloscritto, pag. 8 e segg.; M. CASSARO, Jobs Act *del lavoro autonomo e* smart working: *il quadro delle nuove disposizioni*, in *ilgiuslavorista*, 16 giugno 2017, pag. 20.

[688] V. il nuovo art. 13-*bis* l. 31 dicembre 2012, n. 247, inserito dalla l. 4 dicembre 2017, n. 172, in sede di conversione del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili: P. P. FERRARO, *Le deleghe sulle professioni organizzate in ordini e collegi e le proposte in discussione in materia di tariffe professionali*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto*, op. cit., pag. 330 e segg. è significativo che nei d.d.l. che hanno preceduto l'approvazione della disposizione menzionata (irritualmente contenuta nella manovra di bilancio) si fosse da più parti invocata una norma a garanzia di un compenso equo per i liberi professionisti in attuazione dell'art. 36 Cost. (cfr. art. 1, comma 1, d.d.l. n. 4582 "Disposizioni in materia di equo compenso nell'esercizio delle professioni regolamentate e del lavoro autonomo", ad iniziativa dell'on. Damiano e altri, presentato l'11 luglio 2017; art. 1, comma 1, d.d.l. n. 2858 "Disposizioni in materia di equità del compenso e responsabilità professionale delle professioni regolamentate", ad iniziativa del Sen. Sacconi, comunicato alla Presidenza il 14 giugno 2017), mentre in precedenza la giurisprudenza aveva escluso recisamente l'applicabilità dell'art. 36 Cost. alle prestazioni d'opera intellettuali (già Corte Cost. 7 luglio 1964, n. 75 (sia in forma di *obiter*); più di recente, Cass. 28 giugno 2017, n. 16213, e Cass. 25 gennaio 2017, n. 1900, entrambe in *Banca Dati DeJure*; Cass. 5 ottobre 2009, n. 21235, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 10, pag. 1412; in dottrina, R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, Padova, 2010, pag. 163 e segg.; G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, 1987, pag. 1065 e segg.).

[689] Sul campo di applicazione dell'art. 13-*bis* l. 31 dicembre 2012, n. 247, F. CAPPONI, *Compenso equo: non si applica ai collaboratori*, in *Boll. Adapt*, 17 dicembre 2017, n. 42.

[690] V. M. MATTIONI, *La tutela del lavoro autonomo nelle transazioni commerciali (art. 2) e le clausole e le condotte abusive (art. 3, commi 1-3)*, e G. CAVALLINI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica e gli strumenti del "nuovo" diritto civile a servizio del lavoro autonomo*, entrambi in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto*, op. cit., rispettivamente pag. 265 e segg. e pag. 285 e segg.

[691] Cfr. F. MARTELLONI, *I rimedi nel "nuovo" lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, 2017, 3-4, pag. 524, che, con riguardo all'art. 2, comma 2 d.lgs. n. 81 del 2015, ha parlato di un "presidio della contrattazione collettiva".

[692] L. IMBERTI, *L'eccezione è la regola?!*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 2, pag. 393 e segg.; C. SANTORO, *La delega "in bianco" alla contrattazione collettiva sulle collaborazioni "etero-organizzate" e prime applicazioni concrete*, *ivi*, 2015, 4, pagg. 1168-1170.

(non solo nell'ambito dei *call center in outsourcing*[693]), di una regolazione *ad hoc*, da parte degli accordi collettivi[694], del trattamento economico, oltre che normativo, dei lavoratori (autonomi ma) etero-organizzati, con il dirimente effetto di rendere inapplicabile il comma 1 della medesima disposizione e, di tal guisa, di privare i lavoratori in parola – autonomi, appunto, a meno di non leggere la disposizione come norma di fattispecie o norma apparente[695] – delle garanzie proprie del lavoro subordinato, ivi inclusa, in assenza di una diversa indicazione, quella relativa alla retribuzione adeguata[696].

Né, peraltro, può essere sottaciuto che i contratti collettivi sottoscritti per prestazioni di lavoro autonomo (collaborazioni coordinate e continuative[697] e, soprattutto, agenzia[698] e lavoro agricolo[699]), costituiscono un dato acquisito nel contesto economico[700] e ordinamentale nazionale[701].

---

[693] Cfr. E. VILLA, *Crisi della funzione anticoncorrenziale del contratto collettivo nazionale*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva nello spazio economico europeo*, Bologna, 2017, pagg. 76-80; La M. RENDINA, *La disciplina contrattuale delle collaborazioni per lo svolgimento delle attività di* call center "outbound", *ilgiuslavorista*, 16 ottobre 2017.

[694] Si tratta, però, degli accordi stipulati a livello nazionale dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, come peraltro previsto nell'art. 1, comma 7, lett. g), l. n. 183 del 2014: sottolinea a ragione la diversità tra questa tipologia di rinvio e quelli – tranne il menzionato art. 2, comma 2, lett a) – *ex* d.lgs. n. 81 del 2015, M. DELFINO, *Legge e contrattazione collettiva sui minimi salariali nel prisma dei principi costituzionali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 2, pag. 361 e segg.; cfr. il meccanismo di selezione dei contratti collettivi *ex* art. 3, comma 1, l. n. 142 del 2001, su cui v., per tutti, S. PALLADINI, *La retribuzione del socio di cooperativa tra principi costituzionali e vincoli di sistema*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2017, 2, pag. 347 e segg.

[695] Cfr. M. BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto*, op. cit., pag. 77 e segg. e ivi ulteriori riferimenti.

[696] Sulle problematiche sollevate dall'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, R. SANTAGATA DE CASTRO, *Indisponibilità del tipo, ragionevolezza e autonomia collettiva. Sul nuovo articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, 2, pag. 408 e segg.; M. RUSSO, *Brevi osservazioni sulle collaborazioni escluse a priori dall'applicazione della disciplina del lavoro subordinato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, I, pag. 135 e segg.

[697] Sul "variegato campione di contratti collettivi, non riducibile al settore degli operatori telefonici dei call center *outbound*, specchio, innanzitutto, delle variegate figure professionali presenti in diversi contesti produttivi, specie nel mondo dei servizi", M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione (artt. 1, 2, 52, 55, d.lgs. n. 81/2015*), in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P. A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016, pagg. 17-18; sugli accordi raggiunti a cavallo del Millennio, ampiamente, C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza*, op. cit., pag. 141 e segg.

[698] Da ultimo, F. M. PUTATURO DONATI, *Agenti e Jobs Act degli autonomi: contraddittorietà sistemiche e incertezze applicative*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto*, op. cit., pag. 256 e segg., anche per la bibliografia.

[699] Per una dettagliata ricostruzione storica, v. R. VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Bari, 2004, pag. 73 e segg., che, a ragione, segnala come non possa considerarsi del tutto inedita la recente "espansione del diritto del lavoro verso aree…caratterizzate da una situazione che – solo per brevità – possiamo definire di sottoprotezione sociale" (qui pag. 80).

[700] Oltre ai contributi monografici di A. M. GRECO, *Libertà e azione sindacale dei lavoratori autonomi*, Napoli, 2005, e di C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Torino, 2006, v. M. MONDELLI, *Libertà sindacale e diritto di sciopero oltre i confini della subordinazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 3, pag. 674 e segg.; S. FERRARIO, *Rappresentanza, organizzazione e azione sindacale di tutela del lavoro autonomo caratterizzato da debolezza contrattuale ed economica*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, I, pag. 47 e segg.; L. BELLARDI, *Nuovi lavori e rappresentanza. Limiti e potenzialità di innovazione della realtà sindacale attuale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, 1, pag. 70 e segg.; A. VALLEBONA, *Lavoro autonomo coordinato e diritto sindacale*, in *Dir. Lav.*, 2000, I, pag. 311 e segg.; F. SCARPELLI, *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati*, in *Lav. Dir.*, 1999, 4, pag. 553 e segg.; da una prospettiva socio/economica, v., da ultimo, i contributi in AA.VV., *Lavoro autonomo e professioni*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2017, 1, pag. 33 e segg., e ivi, ai fini della presente trattazione, A. CIARINI, L. DORIGATTI, *Tra cooperazione e conflitto. Sindacati e organizzazioni autonome nella rappresentanza del lavoro parasubordinato e professionale*, pag. 127 e segg.

[701] V. l'art. 2113 Cod. Civ., così come modificato dalla l. n. 533 del 1973. Del resto, come ricorda E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Torino, 2017, pag. 138, già in passato, la l. 14 luglio 1959, n. 741, comprendeva all'art. 2 i "rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata" tra quelli per i quali il Governo veniva delegato ad emanare norme giuridiche dirette ad assicurare i minimi inderogabili di trattamento economico e normativo *erga omnes*, per quanto, al di fuori del lavoro subordinato, la previsione in parola abbia "finito per operare in una molto limitata serie di ipotesi, tutte rientranti

Ciò premesso, il dirimente problema di natura teorica che si intende qui affrontare, per quanto non ancora emerso, a quanto consta, nell'esperienza pratica, riguarda la compatibilità di un tale sistema (e dei relativi principi ispiratori) con il diritto europeo della concorrenza, così come interpretato della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale ha, a più riprese, ritenuto di non potere estendere al di fuori della contrattazione collettiva relativa al lavoro subordinato, l'esenzione dal divieto, assistito dalla sanzione di nullità, di porre in essere pratiche concordate di fissazione concordata del prezzo dei servizi dalle imprese, alle quali i lavoratori autonomi vengono dal Giudice europeo assimilati ai fini *antitrust*.

Di tal guisa, il presente studio si propone di fornire una risposta all'apparente antinomia, se non al paradosso, che deriverebbe dalla spinta verso la contrattazione collettiva nell'ambito del lavoro autonomo da parte del legislatore nazionale, sulla scia di chiare istanze provenienti dalla realtà sociale[702] – emerse, in particolare, con riguardo ai lavoratori della c.d. *gig economy*[703], per quanto ritenuti emblema, a prescindere dalla qualificazione dei relativi rapporti di lavoro, della più recente disintermediazione[704] – e l'ostacolo che deriverebbe da un'interpretazione formalistica, se non miope, del diritto della concorrenza[705].

## 2. Un passo indietro: la veduta corta di Albany e i suoi (im)prevedibili effetti.

Come noto, il problema del rapporto tra la libertà di mercato e la contrattazione collettiva è antico, trovando traccia già nella Loi Le Chapelier del 1791[706], risalente ad un momento storico in cui il decisore politico, nel guardare con sospetto ai corpi intermedi, si opponeva strenuamente alle azioni collettive dirette ad estromettere il prezzo del lavoro dal mercato, ovvero dalla contrattazione individuale tra due parti egualmente (*recte*, formalmente) libere[707].

In epoca più recente, la questione è divenuta più spinosa quando, nell'ordinamento eurounitario, è sorta la necessità di conciliare – dunque, non più solo opporre – il principio della libera

---

nello schema del contratto di agenzia" (P. SANDULLI, *In tema di collaborazione autonomo coordinata e continuativa*, in *Dir. Lav.*, 1982, I, pag. 280).

[702] Si considerino le proteste volte all'ottenimento di un compenso equo da parte dei lavoratori della c.d. "gig economy", tra i quali i fattorini di Foodora: G. A. RECCHIA, *Alone in the crowd? La rappresentanza e la contrattazione collettiva ai tempi della sharing economy*, Convegno Internazionale "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale", Brescia, 12-13 ottobre 2017, dattiloscritto, pag. 2.

[703] A. LASSANDARI, *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali*, in *Quad. Riv. Giur. Lav.*, 2017, 2, pag. 59 e segg.; P. TERRANOVA, *Il lavoro nelle piattaforme digitali: nuove e vecchie sfide per la contrattazione*, *ibidem*, pag. 123 e segg.; M. FORLIVESI, *Interessi collettivi e rappresentanza dei lavoratori del* web, in P. TULLINI (a cura di), Web *e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, pag. 179 e segg.

[704] Tra i contributi più recenti, B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintemedizione e re-intermediazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 3, pag. 560 e segg.; M. FINKIN, *Beclouded Work, Beclouded Workers in Historical Perspective*, in *Comp. Lab. Law & Policy Journal*, 2016, 37, pagg. 615-618.

[705] V. anche L. IMBERTI, *L'eccezione è la regola?!*, op. cit., pagg. 424-425.

[706] A. JACOBS, *Collective Self-Regulation*, in B. HEPPLE (a cura di), *The Making of Labour Law in Europe*, Portland, 1986, pag. 196 e segg.; v. anche il successivo Combination Act britannico del 1799, su cui P. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Merc. Conc. Regole*, 2000, 3, pag. 635.

[707] V., tra gli ultimi contributi, P. TOSI, *Concorrenza, lavoro, diritti (aspetti collettivo-sindacali)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 6, spec. pag. 1338; R. DE LUCA TAMAJO, *Concorrenza e diritto del lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2016, pag. 13 e segg.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino, 2017, 2a ed., pag. 75 e segg.

concorrenza[708], cifra primigenia del mercato comune[709], con i valori propri della dimensione sociale progressivamente acquisita.

In assenza di una chiara presa di posizione del legislatore europeo, di tale nodo si è dovuta occupare la Corte di Giustizia a partire dal celebre caso Albany[710].

Nell'occasione, il Giudice europeo, di fronte alla controversa compatibilità tra la decisione dell'autorità pubblica olandese di rendere obbligatoria, su istanza delle parti sociali, l'iscrizione ad un fondo integrativo di previdenza settoriale e la disciplina comunitaria della concorrenza, ha sottratto gli accordi collettivi al diritto *antitrust*, fondando il proprio ragionamento su argomenti segnati sin da subito da una dicotomica ambiguità, destinata a ripercuotersi sulla successivamente giurisprudenza della Corte del Lussemburgo.

Da un lato, la Corte, pur dando atto di come gli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori producano naturalmente taluni effetti restrittivi della concorrenza, osservava che gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi (e riconosciuti nel Trattato) sarebbero risultati "gravemente compromessi" se le parti sociali fossero state soggette all'art. 85 TCE (oggi 101 TFUE) "nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro"[711].

Da ciò sarebbe derivata (e deriverebbe tutt'ora: v. *infra*) l'impossibilità di operare alcun bilanciamento tra i principi alla base della contrattazione collettiva e della libera concorrenza e l'esigenza di riconoscere la prevalenza delle funzioni svolte dalla contrattazione collettiva in nome del principio di solidarietà[712].

Dall'altro lato, tale ruolo, nel ragionamento della Corte, veniva assunto dai soli contratti collettivi che, "per loro natura o per il lavoro oggetto", fossero volti a conseguire gli obiettivi di miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro[713]: *in cauda venenum*, dunque, posto che un'*antitrust immunity* che scontava un controllo sul contenuto e sui fini dell'azione sociale – per quanto non sulle materie, come aveva proposto l'avv. Generale Jacobs nelle sue lunghe e "dotte"

---

[708] V. il divieto di intese restrittive della concorrenza *ex* art. 85 TCE (oggi, art. 101 TFUE) e, in ambito italiano, *ex* artt. 2-4 l. n. 287 del 1990, su cui, ampiamente, G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991, pag. 295 e segg.; sul collegamento tra libera concorrenza e libera circolazione dei lavoratori, già G. F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità Europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, 1988, pag. 24; per una dettagliata ricognizione diacronica dei rapporti tra diritto della concorrenza e diritto del lavoro a livello comunitario sin dall'origine della CEE, v. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, pag. 168 e segg.

[709] A. PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 527; in termini di concorrenza quale "parametro di riferimento dell'intera normativa comunitaria", L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali. Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Napoli, 2004, pag. 62.

[710] Corte Giust. Ue 21 settembre 1999, C-67/97, Albany, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 209, con nota di M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*; in *Lav. Giur.*, 2000, 1, pag. 22, con nota di A. ALLAMPRESE, *Diritto comunitario della concorrenza e contratti collettivi*; sulla pronuncia *de qua*, v. anche L. DI VIA, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Dir. Merc. Reg.*, 2000, 2, pagg. 281-285.

[711] Corte Giust. Ue 21 settembre 1999, C-67/97, cit., punto 59.

[712] Come rileva S. NADALET, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: articolazioni possibili. Qualche proposta scomoda in tema di "globalizzazione"*, in *Lav. Dir.*, 2002, 1, pag. 101, però, l'analisi dei giudici europei si apre alle funzionalità solidaristiche quando si tratta di valutare se far rientrare l'istituto olandese nelle eccezioni di natura sociale, ma non al momento di decidere se lo stesso rientri nella sfera di competenza del diritto della concorrenza.

[713] Corte Giust. Ue 21 settembre 1999, C-67/97, cit., punto 60.

conclusioni[714] – non poteva dirsi del tutto scevra dai condizionamenti derivanti dalle ragioni di mercato, sulle quali, invece, gli obiettivi sociali avrebbero dovuto teoricamente prevalere[715].

Quanto ai contratti collettivi sottoscritti per i lavoratori autonomi, non rientrando gli stessi all'interno del perimetro (angusto) tracciato nella decisione Albany[716], quest'ultimi non potevano godere di alcuna esenzione dal diritto della concorrenza, salvo che gli stessi non trovassero – appunto – una giustificazione, agli occhi del Giudice del Lussemburgo – nella tutela del mercato[717], o che, comunque, venissero recepiti attraverso un atto del decisore politico nazionale, perdendo, tuttavia, in tal modo la loro caratteristica di atti riferibili all'autonomia collettiva[718].

## 3. Il caso FNV Kunsten e la chiusura (apparente) alla contrattazione collettiva degli autonomi.

Del campo di applicazione soggettivo dell'esenzione Albany, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di occuparsi *funditus* nella pronuncia FNV Kunsten[719].

Il caso riguardava gli accordi collettivi stipulati in Olanda tra una confederazione sindacale rappresentativa di lavoratori subordinati e autonomi e un'associazione datoriale, le quali pattuivano i compensi dei musicisti che operavano quali "supplenti" nelle orchestre, in forza, alternativamente, di un contratto di lavoro subordinato o di un rapporto di lavoro autonomo esclusivamente personale.

Gli accordi in parola giungevano immediatamente all'attenzione dell'Autorità Olandese per la Concorrenza, ad avviso della quale gli stessi, implicando una fissazione concertata del prezzo dell'attività svolta da soggetti – i lavoratori autonomi – esclusi dall'ambito dell'esenzione Albany, si sarebbero posti in contrasto con la normativa europea in materia di concorrenza ed in

---

[714] V. le conclusioni presentate dall'Avv. Generale Jacobs il 28 gennaio 1999 nell'ambito del caso Albany.

[715] F. LUNARDON, *Le relazioni collettive*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Torino, 2015, pag. 377; P. LAMBERTUCCI, *Principi comunitari della concorrenza e contrattazione collettiva: alcuni profili problematici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, 1, pag. 141 e segg.; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, op. cit., pagg. 227-228.

[716] S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia Europea*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2000, 3, pagg. 596-597: cfr. Corte Giust. Ue 21 settembre 1999, C-219/97, Bokken; Corte Giust. Ue 21 settembre 1999, C-115/97, Brentjens.

[717] V., per i medici specialisti e i relativi fondi pensione obbligatori, Corte Giust. Ue 12 settembre 2000, da C-180/98 a C-184/98, Pavlov, nonché, per gli avvocati, gli esperti contabili e i relativi ordini professionali, v., rispettivamente, Corte Giust. Ue 19 febbraio 2002, C-309/99, Wouters e Corte Giust. Ue 28 febbraio 2013, C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas.

[718] V. le note pronunce sulle tariffe degli avvocati: Corte Giust. Ue 19 febbraio 2002, C-35/99, Arduino, in *Foro It.*, 2002, IV, col. 187, con nota di S. BASTIANON, *Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di Giustizia*; Corte Giust. Ue 5 dicembre 2006, C-94/04 e C-202/04, Cipolla, in *Giur. It.*, 2007, 3, pag. 639, con nota di A. BERTOLOTTI, *Le libere professioni tra Corte di Giustizia e Decreto Bersani: luci e ombre (o meglio, più ombre che luci)*; Corte Giust. Ue 5 maggio 2008, C-386/07, Hospital Consulting, e, da ultimo, Corte Giust. Ue 8 dicembre 2016, C-532/15, Urbaser, in *Dir. Giust.*, 2016, 98, pag. 3, con nota di G. MILIZIA, *Le tariffe forensi imposte dallo Stato non derogano al diritto dell'Ue*, ove, con riguardo ai procuratori legali (non coincidenti con gli avvocati ai sensi del diritto spagnolo), pur ritenendosi l'art. 101 TFUE applicabile (unitamente all'art. 4, par. 3 TFUE) ai provvedimenti, come quello di fissazione degli onorari da parte del Governo spagnolo, "idonei a pregiudicare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese" (punto 34), nondimeno non viola l'art. 101 TFUE, posto che non delega il potere di elaborare tale normativa o la sua attuazione alle associazioni professionali, trattandosi di un intervento di carattere pubblico e non di una decisione di una "associazione di imprese": cfr. il diverso caso delle tariffe degli spedizionieri italiani (Corte Giust. Ue 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia, in *Corr. Giur.*, 1999, 1, pag. 41, con nota di F. M. DORE, *Professioni e impresa tra diritto interno e diritto comunitario: il problema delle tariffe*) e, di recente, degli avvocati bulgari (Corte Giust. Ue 23 novembre 2017, cause riunite C-427/16 e C-428/16).

[719] Corte Giust. Ue 11 settembre 2014, C-413/13, FNV Kunsten, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, pag. 566, con nota di P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri;* in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, II, pag. 301, con nota di S. ZITTI, *Contrattazione collettiva e concorrenza: il «prezzo» dell'armonia*; per un commento, v. anche A. ARENA, *La* labor antitrust exemption *al vaglio della Corte di Giustizia: quale contrattazione collettiva per i lavoratori c.d. falsi autonomi?*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2016, 1, pag. 144 e segg.

particolare con l'art. 101, par. 1 TFEU, la cui formulazione era stata fedelmente ripresa nella disciplina nazionale.

A seguito di tale presa di posizione, i contratti collettivi in esame venivano disdettati dall'associazione datoriale stipulante, circostanza che induceva il sindacato FNV a rivolgersi al giudice distrettuale de L'Aja, chiedendo l'accertamento della compatibilità con il diritto della concorrenza di pattuizione collettive che avevano tra le proprie finalità quella di tutelare i lavoratori dipendenti dalla concorrenza sleale dei lavoratori autonomi e che non per nulla fissavano delle tariffe maggiorate del 16% in ipotesi di impiego di supplenti non subordinati.

Dopo che il ricorso veniva rigettato in primo grado dal Tribunale dell'Aja, sulla base dell'assunto (o, meglio, del postulato) per cui gli accordi non avrebbero contribuito direttamente al miglioramento delle condizioni di lavoro (non integrandosi così uno dei requisiti richiesti per accedere all'eccezione Albany), il Giudice d'Appello decideva cautelativamente di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia due questioni: 1) se la disposizione di un accordo di natura mista che fissasse una tariffa minima per i lavoratori subordinati e pure per gli autonomi che svolgessero la medesima attività esulasse dal campo di applicazione dell'101 TFUE "per il solo fatto di essere contenuta in un contratto collettivo di lavoro" e, in caso di risposta negativa, 2) se potesse essere comunque riconosciuta l'esenzione *antitrust* se il contratto fosse stato teso a migliorare le condizioni dei lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione dello stesso.

Se, specie con il secondo quesito, il Giudice nazionale sembrava invitare la Corte di Giustizia a prendere espressa posizione sulla funzione di un contratto collettivo "misto" di impedire la concorrenza (o, meglio, il possibile *dumping*) tra le due categorie, il Giudice europeo sceglieva di non affrontare la questione direttamente, decidendo di concentrandosi piuttosto sul profilo riguardante l'eventuale estensione dell'esenzione *antitrust* alle pratiche concordate di fissazione del "prezzo" per le prestazioni svolte dai lavoratori autonomi.

Partendo dal presupposto che i lavoratori autonomi, i quali "offrono i loro servizi dietro corrispettivo in un determinato mercato ed esercitano la loro attività come operatori economici indipendenti rispetto ai loro committenti"[720], gli stessi, ad avviso della Corte, non potevano non rientrare "in linea di principio" nella nozione di impresa ai sensi dell'art. 101, par. 1 TFUE[721].

Di tal guisa, come rilevato anche dall'Avv. Generale nelle sue conclusioni[722], da un lato, l'organizzazione che agiva per loro conto era un'associazione di imprese e non un'associazione sindacale, dall'altro lato, nel momento in cui veniva stipulato un accordo per la regolazione delle condizioni contrattuali concernenti l'attività di tali soggetti, questo non poteva essere ritenuto esente dal diritto della concorrenza in base alla giurisprudenza Albany.

Ciò, però, aveva modo di precisare subito dopo la Corte, a patto che i lavoratori *de quibus* non fossero – si badi bene, ai fini del diritto della concorrenza – "falsi autonomi", ossia "prestatori che si trovino in una situazione paragonabile a quella dei lavoratori [subordinati]"[723]. Stando alla pronuncia FNV Kunsten, al ricorrere di tale presupposto anche gli accordi collettivi ove venisse fissato

[720] Corte Giust. Ue 11 settembre 2014, C-413/13, cit., punto 27.
[721] V. *infra*.
[722] V. anche Conclusioni dell'Avv. Gen. Nils Wahl, presentate l'11 settembre 2014, in C-413/13, punto 26.
[723] Corte Giust. Ue 11 settembre 2014, C-413/13, cit., punto 31.

il prezzo delle prestazioni rese da lavoratori non subordinati potrebbero dunque accedere all'esenzione Albany.

### 4. Segue. I "falsi autonomi" nella decisione FNV Kunsten.

Nel tracciare la – dirimente – linea di confine tra veri e falsi autonomi ai fini del (*recte*, dell'esenzione dal) diritto della concorrenza, il Giudice europeo partiva dal suo consolidato approccio di tipo funzionale alla nozione di impresa valevole ai sensi del diritto *antitrust*.

In mancanza di una definizione di impresa nell'ambito del diritto eurounitario (della concorrenza e non)[724], infatti, alla stessa la giurisprudenza europea ha sempre ricondotto qualsiasi soggetto, comprese perciò le persone fisiche e, dunque, il lavoratore autonomo[725], che eserciti un'attività economica, a prescindere dal relativo *status* giuridico, così come dalle rispettive modalità di finanziamento[726].

Se ad assumere rilievo non potevano essere, dunque, le caratteristiche dell'agente, ma gli effetti della condotta sul mercato, la Corte aveva comunque modo di osservare che "un prestatore di servizi può perdere la qualità di operatore economico indipendente, e dunque di impresa, [solo] qualora non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipenda interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo"[727].

---

[724] Cfr., invece, art. 2082 Cod. Civ.; del resto, "come nel vecchio codice di commercio, nel diritto comunitario il soggetto rilevante non è l'imprenditore, cioè il soggetto che svolge attività economica, essendo, invece, il fulcro della disciplina il fenomeno economico in sé, costituito dallo svolgimento dell'attività": così L. DI VIA, *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, 1997, I, pag. 253; v. anche G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1993, I, pag. 279.

[725] Risulta paradigmatico il caso dei professionisti intellettuali: v. già il regolamento n. 2137 del 1985, che ha disciplinato il G.E.I.E. come strumento di cooperazione esteso a imprese e libere professioni, nonché le decisioni della Commissione Europea del 30 gennaio 1995 e del 16 novembre 1995 (su cui R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, op. cit., pag. 40). In generale, sulla riconduzione del libero professionista alla nozione di impresa ai fini del diritto della concorrenza europeo, P. SACCOMANNO, *L'accesso alle professioni*, in G. A. BENACCHIO, F. CASUCCI (a cura di), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, pag. 35 e segg.; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, 2014, pag. 161 e segg.; V. PUTORTÌ, *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Pers. Merc.*, 2011, 1, pag. 68 e segg.; A. MONTANARI, *Professioni regolamentate e mercato*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2010, pag. 361 e segg.; M. MAGNANI, *Lavoro autonomo e riforma dei servizi professionali alla luce delle disposizioni comunitarie*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, I, pag. 294 e segg.; F. FERRARO, *L'avvocato comunitario. Contributo allo studio delle libertà di circolazione e di concorrenza dei professionisti*, Napoli, 2005; G. OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, 2, pag. 123 e segg., spec. pag. 123, che parla di "mortificazione" per assimilazione libera professione a impresa; F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. Impr.*, 1997, pag. 1 e segg.; ritiene "assurdo" in sé considerare una persona come un'impresa S. BOLOGNA, Knowledge workers. *Dall'operaio massa al* freelance, Trieste, 2017, pag. 39. Sull'esclusione della natura mercantile di una prestazione di lavoro, inoltre, v. M. GRANDI, *"Il lavoro non è una merce": una formula da rimeditare*, in *Lav. Dir.*, 1997, 4, pag. 557 e segg., a commento della celebre affermazione ("*labor is not a commodity*") racchiusa nella Section 6 del Clayton Act.

[726] In tema, G. CAGGIANO, *Il concetto di impresa*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, pag. 47 e segg.; L. C. NATALI, I. L. NOCERA, *Contrattazione collettiva e concorrenzialità del mercato*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, 31, pag. 1730; G. LEONE, *La nozione di impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, pag. 994 e segg.; F. GHEZZI, *Art. 85*, in P. MARCHETTI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario Breve al Diritto della Concorrenza*, Padova, 1997, pag. 12 e segg., spec. pag. 14; P. VERRUCOLI (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977; di approccio funzionale ha parlato l'Avvocato Generale Jacobs, Conclusioni 22 maggio 2003, AOK, C-264/01 e nel punto 331 delle Conclusioni nell'ambito del caso Albany. Per due prese di posizione, ben note ai giuslavoristi, della Corte di Giustizia sulla nozione di impresa ai sensi del diritto europeo, Corte Giust. Ue 23 aprile 1991, C-41/90, Macroton, e Corte Giust. Ue 11 dicembre 1997, C-55/96, Job Centre II.

[727] Corte Giust. Ue 11 settembre 2014, C-413/13, cit., punto 33.

Dal momento che si trattava di un approccio funzionale alla nozione di impresa, non di lavoratore (subordinato)[728], nel ragionamento della Corte non avrebbero a rigore dovuto trovare considerazione alcuna gli elementi che fondano la distinzione tra lavoratore (autonomo) e (piccola) impresa[729], né, tanto meno, tra lavoratore autonomo e lavoratore subordinato.

Invece, nel chiamare il giudice di merito a valutare se i lavoratori *de quibus* siano "falsi autonomi", la Corte confondeva i piani, indicando tra i criteri per operare una simile verifica quelli caratteristici della nozione di lavoratore subordinato di «portata comunitaria» (elaborati in materia di libertà di circolazione[730] - mentre, come noto, il lavoro autonomo è soggetto alla libera circolazione di servizi e libertà di stabilimento[731] -, di parità retributiva[732], di licenziamento collettivo[733] e di insolvenza del datore di lavoro)[734], tra cui la "maggiore autonomia e flessibilità rispetto ai lavoratori che svolgono la medesima attività, per quanto riguarda la determinazione dell'orario di lavoro, del luogo e delle modalità di esecuzione dei compiti assegnati"[735].

Traslando, però, il criterio dell'eterodirezione e/o etero-organizzazione dal giudizio sulla qualificazione del rapporto a quello sul grado di indipendenza di un soggetto economico sul mercato e, perciò, sulla sua qualificazione come impresa a fini *antitrust*, sembrerebbero ridursi gli spazi per l'estensione della giurisprudenza Albany oltre la sfera del lavoro subordinato[736], aperti dalla stessa Corte mediante il riferimento all'eventuale situazione di (pari) debolezza contrattuale del prestatore di lavoro autonomo[737]. Quest'ultima non concorre tuttavia nell'identificare la figura del lavoratore subordinato (nemmeno a livello europeo)[738].

---

[728] In tema, cfr. G. DAVIDOV, *Setting Labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity*, in *Oxfor Journ. Legal Studies*, 2014, 34, 3, pag. 543 e segg.; ID., *A Purposive approach to Labour Law*, Oxford, 2016, spec. pag. 115 e segg.; A. TODOLI-SIGNES, *The End of Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection of Crowdworkers*, in *Int. Journ. Comp. Lab. Law & Ind. Rel.*, 2017, 2, pagg. 264-268; per un'apertura nei confronti di un approccio selettivo alle tutele lavoristiche, v., con riferimento allo scenario italiano, T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavoratori della gig economy*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, 2017, 136, pag. 14 e segg.

[729] Cfr. R. M. BABIRAD, *Case comment: FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, in *Europ. Comp. Law Rev.*, 2015, 36, 4, pagg. 185-186.

[730] Corte Giust. Ue 26 febbraio 1982, C-357/89, Raulin; Corte Giust. Ue 3 luglio 1986, C-66/85, Lawrie-Blum; Corte Giust. Ue 23 marzo 1982, C-53/81, Levin.

[731] M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006, pagg. 84-87.

[732] Corte Giust. Ue 13 gennaio 2004, C-256/01, Allonby.

[733] C. Giust. Ue 13 febbraio 2014, *Commissione europea* c. *Repubblica italiana*, C-596/12, in *Giur It.*, 2014, 5, pag. 1154, con nota di P. TOSI, *Il licenziamento collettivo dei dirigenti*; Corte Giust. Ue 18 gennaio 2007, *Confédération générale du travail (CGT) e altri* c. *Premier ministre e Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*, C-385/05, in *Dir. Rel. Ind.*, 2007, 3, pag. 891, con commento di R. COSIO, *I licenziamenti collettivi e il diritto europeo*; Corte Giust. Ue 27 gennaio 2005, *Irmtraud Junk* c. *Wolfgang Kühnel*, C-188/03, in *Orient. Giur. Lav.*, 2005, II, pag. 11.

[734] Corte Giust. Ue 16 dicembre 1993, C-334/92, Miret.

[735] Corte Giust. Ue 11 settembre 2014, C-413/13, cit., punti 34 e 36. Sulla nozione europea di lavoratore subordinato, v., *ex multis*, S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Milano, 2017, pag. 121 e segg.; K. FIORENZA, *Il lavoro*, in G. A. BENACCHIO, F. CASUCCI (a cura di), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, pagg. 256-258; S. BORELLI, *Lavoratore (definizione eurunitaria*), in M. PEDRAZZOLI (ordinato da), *Lessico giuslavoristico*, Bologna, 2011, 3, pag. 123 e segg.; L. NOGLER, *The concept of «subordination» in European and Comparative Law*, Trento, 2009, pagg. 1-20.

[736] Secondo G. ORLANDINI, *Rapporti di lavoro internazionali*, in *Diritto on line Treccani*, 2017, par. 2, con la pronuncia FNV Kunsten si sarebbe "chiuso ogni spazio di immunità dalle regole della concorrenza alla contrattazione collettiva nell'ambito del lavoro autonomo, disconoscendo così le esigenze di protezione sociale del lavoro c.d. "parasubordinato".

[737] T. NOVITZ, *The Paradigm of Sustainability in a European Social Context: Collective Participation in Protection of Future Interests?*, in *Int. Journ. Comp. Labour Law Ind. Rel.*, 2015, 31, 3, pag. 252.

[738] G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo*, in *Enc. Dir.*, Annali, V, 2012, pag. 740.

Soprattutto, ad essere fuorviante, inficiando il percorso logico della Corte, è l'utilizzo dell'espressione "falso autonomo", che rimanda, ad ogni latitudine, al lavoro subordinato mascherato (c.d. "*Bogus Self-Employment*")[739]: piuttosto, ove avesse inteso riferirsi ad un soggetto così integrato da perdere la sua qualità di soggetto economico indipendente (v. *infra*), la Corte avrebbe potuto (o, meglio, dovuto) esprimersi in termini di "falsa-impresa", o, semplicemente, di "non impresa" ai fini *antitrust*, lasciando così la definizione della "falsa autonomia" al campo semantico e concettuale della qualificazione del rapporto di lavoro.

## 5. Una rilettura basata sul diritto fondamentale alla contrattazione collettiva (anche) nell'area del lavoro autonomo.

Un attento commentatore ha giustamente messo in evidenza la circostanza che, nel corpo della pronuncia FNV Kunsten, non si trovi alcuna menzione dell'art. 28 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza)[740], che, come noto, riconosce "il diritto dei lavoratori…di negoziare e di concludere contratti collettivi"[741].

Pur non essendo dato sapere se ciò dipenda dalla volontà del Giudice europeo di collocarsi sulla scia della decisione Albany, resa in un momento anteriore all'approvazione della Carta di Nizza[742], di certo sarebbe stato opportuno che la Corte avesse preso posizione circa la possibile estensione di tale diritto, riconosciuto al massimo livello dell'ordinamento euro-unitario, oltre la sfera del lavoro subordinato.

È pure vero, però, che dal diritto europeo giungono indicazioni tutt'altro che univoche, se non proprio ambivalenti, circa il possibile affiancamento della contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo a quella concernente il lavoro dipendente nel perseguimento degli obiettivi "di altissima rilevanza" – quali la "promozione della pace sociale e la predisposizione di un sistema di tutela sociale equo per tutti i cittadini" – caratteristici del dialogo sociale[743].

Da un lato, infatti, il diritto europeo conosce una fondamentale distinzione tra libertà professionale e libertà di impresa, come dimostrerebbe la circostanza che alle stesse vengono dedicate due diverse disposizioni della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (rispettivamente, l'art. 15 e l'art. 16)[744], senza contare la recente apertura, dal carattere sostanzialmente

---

[739] Cfr. A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, I, pag. 174; in precedenza, G. SANTORO PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente dipendente ma genuino: due nozioni a confronto*, *ivi*, 2013, I, pag. 103 e segg.; del resto, pure nel punto 52 delle conclusioni dell'Avv. Generale Wahl nel caso FNV Kunsten, si legge che i falsi lavoratori autonomi andrebbero intesi alla stregua di "lavoratori subordinati mascherati da lavoratori autonomi al fine di evitare l'applicazione di una specifica normativa…ritenuta sfavorevole al datore di lavoro".

[740] Al contrario, l'art. 16 della Carta, in materia di libertà d'impresa ha rivestito un ruolo fondamentale, in una diversa prospettiva, nell'ambito del discusso caso Iraklis: Corte Giust. Ue 21 dicembre 2016, C-201/15, Iraklis, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, II, pag. 446, con nota di M. T. SALIMBENI, *Dalla Corte di Giustizia un invito all'introduzione di limiti causali al licenziamento collettivo?*.

[741] M. CORTI, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, 151, 3, pag. 510. Sull'art. 28 della c.d. "Carta di Nizza" v., ampiamente, M. V. BALLESTRERO, A. LO FARO, O. RAZZOLINI, *Art. 28*, in AA.VV., *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, pag. 524 e segg.

[742] Cfr. F. RAVELLI, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, 2, pag. 323.

[743] V. il punto 33, nt. 14, delle conclusioni dell'Avv. Generale Wahl caso FNV Kunsten, che sembra riferirsi alla sola contrattazione collettiva relativa al lavoro subordinato.

[744] Sulla prima disposizione, v. L. NOGLER, *La libertà di lavorare*, e G. COLAVITTI, *Libertà professionale e tradizioni costituzionali comuni: le attività professionali nella Carta dei Diritti Fondamentali Ue*, sulla seconda, C. MALBERTI, *Libertà d'impresa*, tutti in AA.VV., *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, rispettivamente, pag. 283 e segg., 296 e segg., e pag. 308 e segg.; cfr. D.

politico, verso la fissazione di un nucleo di diritti sociali fondamentali – tra i quali troverebbe spazio la libertà di associazione – azionabili a prescindere dal tipo di rapporto di lavoro[745].

Dall'altro lato, però, la raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003 qualifica, all'art. 1, come "impresa" ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica, a titolo individuale o familiare…» e, soprattutto, come "microimpresa" «un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro»[746].

In sostanza, il diritto europeo non sembra cogliere l'essenza della distinzione tra un'attività di impresa svolta mediante un'organizzazione di piccole dimensioni e un numero limitato di dipendenti e un'attività lavorativa svolta in via esclusivamente o prevalentemente personale da una persona fisica[747], non potendo ciò che riflettersi sul mancato riconoscimento del diritto sociale alla contrattazione collettiva in capo a quest'ultimo soggetto[748].

A fronte di simili incertezze, se non proprio ambiguità, si potrebbe guardare al diritto internazionale, ove si registrano indubbie aperture verso la contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi[749], le quali hanno indotto una parte della dottrina a sostenere che si tratti di un diritto umano (per sua natura, universale, inviolabile e indisponibile)[750].

Una seconda veduta, preferibile in quanto più in linea con il dettato del diritto cogente[751], potrebbe partire dal rinvio al diritto nazionale contenuto nell'art. 28 della Carta di Nizza[752], così da

---

ASCHIAGBOR, *Article 15*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (edited by), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford e Portland, 2014, pag. 425, ove si legge che "article 15 restates the economic freedoms conferred by the TFUE on EU citizens who are economically active".

[745] Così COMMISSIONE EUROPEA, *Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, (COM(2017) 250 final, sulla quale P. TULLINI, *In nome della libertà d'impresa, concorrenza e dumping sociale cancellano i diritti*, in *Guida Dir.*, 2017, 36, pag. VIII; cfr., in precedenza, il noto Libro Verde del 26 novembre 2006 "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI Secolo", e ivi la necessità segnalata di fornire tutele collettive per tutta l'area del lavoro economicamente dipendente.

[746] V. anche COMMISSIONE EUROPEA, *Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa*, comunicazione del 25 giugno 2008, e, con riguardo all'Italia, v. l. 11 novembre 2011, n. 180, sul c.d. "Small Business Act", che detta alcune regole sullo «statuto delle imprese e dell'imprenditore al fine di assicurare lo sviluppo della persona attraverso il valore del lavoro, sia esso svolto in forma autonoma che d'impresa, e di garantire la libertà di iniziativa economica privata in conformità agli articoli 35 e 41 della Costituzione» (art. 1, comma 1): sul punto cfr. L. GIANI, *La rilevanza delle microimprese*, in *Anal. Giur. Econ.*, 2014, 1, pag. 119 e segg., C. E. PUPO, *Lo «Small Business Act» e il* work in progress *della sua attuazione*, *ibidem*, pag. 135 e segg.

[747] M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro alla prova dello* Small Business Act, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 1-2, pag. 22 e segg., spec. pag. 23, la quale a ragione rimarca che "nella politica di promozione europea sfuma la distinzione tra imprese, appunto, e lavoratori autonomi";

[748] A conferma dell'ambivalenza nell'approccio dei *policy makers* europei alla tematica in esame, v. PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione del 10 marzo 2009 in tema di piccola impresa, ove si invita, invece, la Commissione a "garantire ai lavoratori autonomi il diritto di stabilire tariffe generali, di organizzarsi collettivamente e di concludere contratti collettivi, se la loro controparte è una grande impresa che detiene una posizione dominante…" (punto 8 delle Considerazioni Generali).

[749] Convenzione OIL n. 47 del 1948 e n. 98 del 1949, che si riferiscono, nel riconoscere le fondamentali garanzie della *freedom of association* e del *right to organize and collective bargaining*, ai *workers* e non (solo) agli *employees*: v., ampiamente, B. CREIGHTON, S. MCCRYSTAL, *Who is a "Worker" in International Law?*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Journ.*, 2016, 37, pag. 694 e segg.

[750] V. DE STEFANO, *Non-standard workers and freedom of association: a critical analysis of restrictions to collective rights from a human rights perspective*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, 2015, 123, pag. 20 e segg.

[751] Rimane comunque vero che le citate convenzioni dell'OIL n. 47 del 1948 e n. 98 del 1949 sono state ratificate e rese esecutive in Italia con l. 23 marzo 1958, n. 367.

[752] Cfr. A. ROTA, *Il web come luogo e veicolo del conflitto collettivo: nuove frontiere della lotta sindacale*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro*, op. cit., pag. 209.

definire il referente soggettivo del diritto fondamentale alla contrattazione collettiva da una prospettiva di diritto interno[753].

In ambito nazionale, può ormai dirsi consolidata l'estensione della libertà sindacale oltre la sola subordinazione, così come emersa nelle pronunce relative a situazioni che, pur variamente definite, rientrano nel campo del lavoro personale[754].

Trovando la libertà sindacale il proprio riconoscimento, insieme ai suoi corollari (contrattazione collettiva e azione collettiva), nell'art. 39, comma 1 Cost.[755] (e, dunque, in una fonte di massimo rango), essa potrebbe fungere da controlimite all'applicazione della normativa europea sulla concorrenza nei riguardi dei contratti collettivi stipulati per il lavoro autonomo *ex* art. 2, comma 2 d.lgs. n. 81 del 2017 e non solo[756].

Né sembra possibile, a maggior ragione all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 81 del 2017, disconoscere la natura sindacale dell'attività organizzata e diretta all'autotutela dei propri interessi da parte di chi si trovi, riprendendo l'espressione riportata in apertura, in quella "condizione di sottoprotezione" tale da indurre l'ordinamento nazionale a dotarsi di una normativa "di sostegno" e la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea ad estendere, dietro l'ingannevole etichetta del "falso" lavoro autonomo, l'eccezione *antitrust* anche al di fuori dell'area classica della subordinazione[757].

---

[753] La volontà di ancorarsi *in re*, non solo ai principi, ma anche alle categorie di riferimento del diritto nazionale si spiega altresì ricordando che, nella prospettiva del diritto europeo (specie delle origini), si guardava al lavoratore quale fattore di produzione cui riconoscere, non troppo diversamente dalle merci e dai capitali, la mobilità (la quale, sia pure sotto diverse spoglie, è comune a subordinati e autonomi), secondo una logica di concorrenza (anche interna alla forza lavoro stessa) e non già in funzione di destinatari di una disciplina protettiva: cfr. L. NOGLER, *Rethinking the Lawrie-Blum Doctrine of Subordination: A Critical Analysis Prompted by Recent Developments in Italian Employment Law*, in *Int. Journ. Comp. Lab. Law & Ind. Rel.*, 2010, 26, 1, pag. 100, e, da ultimo, S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, op. cit., pag. 125 e ivi ulteriori riferimenti.

[754] Corte Cost. 17 luglio 1975, n. 222, in *Foro It.*, 1975, I, col. 159, che, oltre ad escludere il configurarsi di una serrata in mancanza di dipendenti, ha sottolineato che "la realtà dimostra che ci si trova pur sempre di fronte ad una categoria di lavoratori, definibili autonomi in quanto svincolati da ogni rapporto di dipendenza, la cui forma di autotutela, strutturata dallo stesso codice sul modello di quella dei lavoratori dipendenti, non può non essere compresa in quel più ampio concetto di sciopero, che ha trovato modo di esprimersi nell'attuale mondo del lavoro", trovando gli interessi di "questa speciale categoria di lavoratori autonomi ampia protezione nelle norme racchiuse nel titolo terzo, parte prima, della Costituzione"; in tema v. A. TOPO, *Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, 1997, 2, pag. 205 e segg.; Cass. 29 giugno 1978, n. 3278, in *Foro It.*, 1978, I, col. 1630, sull'astensione dei medici "convenzionati"; Corte cost. 24 marzo 1986, n. 53, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1986, pag. 293, che nega il diritto di sciopero al piccolo imprenditore con abbia alle proprie dipendenze uno o due lavoratori; Cass. Sez. VI Pen., 10 aprile 1989, in *Foro It.*, 1990, II, col. 112, sulla protesta dei farmacisti, cui viene negato il diritto di sciopero, in quanto imprenditori; con riguardo all'esclusione dalla titolarità del lavoratore autonomo degli strumenti artt. 14, 20, 27 e 28 l. n. 300 del 1970 a livello aziendale: Corte Cost. 17 dicembre 1975, n. 241, in *Mass. Giur. Lav.*, 1975, pag. 669, data l'estraneità degli autonomi all'organizzazione aziendale.

[755] A. TOPO, *Tutela e rappresentanza*, op. cit., pag. 210, S. FERRARIO, *Rappresentanza, organizzazione*, op. cit., pag. 58; F. SANTONI, *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, in *Dir. Lav.*, 1999, I, pag. 4; F. SCARPELLI, *Autonomia collettiva e autonomia individuale*, op. cit., pag. 556; sul diritto di sciopero nel rapporto di agenzia e negli altri rapporti connotati dalla collaborazione permanente e coordinata ad una impresa, Cass. 12 aprile 1985, n. 2433, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 507; Cass. 8 febbraio 1986, n. 815, *ivi*, 1986, I, 973.

[756] In generale, sul tema dei diritti sociali, con particolare riferimento al "nucleo essenziale della libertà sindacale e della contrattazione collettiva che derivano dalla disciplina costituzionale nazionale", quali controlimiti alla primazia del diritto europeo, v. L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali*, op. cit., pag. 80 e segg., e ivi anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali alla c.d. teoria dei controlimiti. Sui diritti sociali fondamentali come "argine" o "antidoto" nei confronti dell'infiltrazione del diritto della concorrenza, v., rispettivamente, R. DE LUCA TAMAJO, *Concorrenza e diritto del lavoro*, op. cit., pag. 19, e S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, op. cit., pag. 203 e segg.; di una ragione imperativa di pubblico interesse ha, invece, parlato M. FORLIVESI, *Interessi collettivi e rappresentanza*, op. cit., pag. 187.

[757] Sulla centralità della persona che lavora quale *ratio* dell'intervento realizzato con l. n. 81 del 2017, cfr. O. RAZZOLINI, *Il ddl sul lavoro autonomo: dalla tutela della dipendenza alla tutela della persona*, in *nelmerito.com*, 6 maggio 2016.

## 6. Segue. Diritto della concorrenza e contrattazione collettiva nell'ambito del lavoro autonomo esclusivamente e prevalentemente personale.

Nelle sue conclusioni sul caso FNV Kunsten, l'Avvocato generale Wahl, ha rimarcato come il lavoro autonomo costituisca un insieme eterogeneo[758], solo una parte del quale presenterebbe le caratteristiche di debolezza economica che ne giustificherebbero l'equiparazione al lavoro subordinato ai fini dell'esenzione *antitrust*[759].

Nel vagliare una tesi che individua nella personalità della prestazione la caratteristica in grado di giustificare l'accesso all'esenzione *antitrust*, ci si trova necessariamente a confrontarsi, nello scenario italiano, con una tassonomia del lavoro autonomo che vede la presenza i) del lavoro eteroorganizzato ed esclusivamente personale *ex* art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015, ii) del lavoro coordinato, continuativo e prevalentemente personale contemplato dall'art. 409 Cod. Proc. Civ., oltre che iii) del lavoro prevalentemente proprio svolto – secondo parte degli interpreti, da un piccolo imprenditore: v. *infra* – in forza di un contratto d'opera *ex* art. 2222 Cod. Civ.

Se è sin pleonastico osservare che non possano esservi dubbi sulla natura personale dell'attività svolta dai lavoratori *sub* i), quali ad esempio gli orchestrali del caso FNV o i *riders* di Foodora[760], una simile conclusione non appare altrettanto immediata con riguardo alle collaborazioni coordinate e continuative, dal momento che si verte nell'ipotesi di una prestazione caratterizzata da prevalente (ma non esclusiva) personalità, la quale, come è stato puntualmente rilevato, "è qualcosa di meno di una prestazione esclusivamente personale dal punto di vista della personalità del lavoro"[761].

È, tuttavia, innegabile che gli esiti di un processo di espansione del diritto del lavoro da tempo in atto abbiano condotto verso l'estensione delle tutele sindacali "ipotesi di dipendenza sociale ed economica di chi svolga attività lavorativa a favore del soggetto a favore del quale l'attività stessa è rivolta"[762].

---

[758] Sulla necessità di declinare il lavoro autonomo al plurale, v., in chiave nazionale, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Milano, 1996, pag. 52 e segg.; in ambito europeo, L. NOGLER, *Introduzione al mercato unico delle «attività autonome»*, in L. NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, Torino, pag. 4; in un altro contesto ordinamentale, J. FUDGE, *Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, 44, 4, pag. 621: "the self-employed do not make up an homogeneous category: they range from the high-income professional who employs others to the child-care provider who works out of her home and employs no one".

[759] V. anche Conclusioni dell'Avv. Generale Nils Wahl presentate l'11 settembre 2014 in Causa C-413/13, punti 48 e 52 e 55.

[760] G. A. RECCHIA, *Alone in the crowd?*, op. cit., pag. 1 e segg., spec. pagg. 9-10; S. BORELLI, J. M. SERRANO GARCÍA, *Il necessario riconoscimento dei diritti sindacali ai lavoratori dell'economia digitale*, op. cit., spec. pag. 18, ove si trova menzione dell'importante *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 su* un'agenda europea per l'economia collaborativa (*2017/2003*(*INI*)), che, al punto 39, rimarca l'importanza fondamentale di tutelare il diritto alla contrattazione collettiva ("anche per quanto riguarda la retribuzione": così al punto 41).

[761] M. PEDRAZZOLI, *Prefazione*, O. RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Torino, 2012, pag. IX. Anche sotto il frangente della dipendenza economica e contrattuale, lo stesso A. aveva avuto modo di osservare che, nell'ambito del lavoro c.d. parasubordinato, questa fosse "statisticamente vera, ma tipologicamente falsa" (M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1984, I, pag. 510, citato anche da A. M. GRIECO, *Libertà e azione sindacale*, op. cit., pag. 139).

[762] F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro*, 1, *Diritto sindacale*, 7a ed., 2017, pagg. 108 e 114, ove si esclude ogni dubbio circa la titolarità del diritto di libertà sindacale da parte dei lavoratori parasubordinati; cfr. F. CORSO, *La libertà sindacale nelle trasformazioni del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, pag. 365 e segg., spec. pag. 368 e segg.; M. T. CARINCI, *Attività professionali, rappresentanza collettiva, strumenti di autotutela*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2008, 69, pag. 20; P. ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione*, in AA.VV., *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, I, Bari, 1999, spec. pag. 534. Per una lettura estensiva del significato di lavoro nel quadro costituzionale, v. P. RESCIGNO, *Quarant'anni di costituzione economica: il lavoro (1990)*, in P. RESCIGNO, *Persona e comunità.*

A maggior ragione con l'approvazione della l. n. 81 del 2017 (nel cui ambito di applicazione rientrano le collaborazioni coordinate e continuative), non pare revocabile in dubbio che il lavoro autonomo di seconda generazione sia definitivamente entrato nel firmamento dell'art. 35 Cost."[763] e, dunque, in una dimensione sociale ove, in nome del principio di solidarietà, non possa che trovare spazio un momento collettivo[764].

Del resto, non può essere un caso che, negli ordinamenti, come quello tedesco[765] e spagnolo[766], ove viene prevista una categoria c.d. "intermedia" tra subordinazione e autonomia, ai lavoratori alla stessa appartenenti vengono riconosciuti i diritti collettivi e che, addirittura, la figura canadese del *depedent contractor*, elaborata dapprima in dottrina[767] e poi entrata nella legislazione a livello statale[768], si lega proprio alla volontà di estendere il diritto di contrattare collettivamente le proprie condizioni di lavoro in capo a coloro che si trovino "in una posizione di dipendenza

*Saggi di diritto privato*, III, Padova, 1999, pagg. 396-397, che parla del lavoro (non solo subordinato) come "nozione che pervade l'intero sistema costituzionale"; cfr. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 3, pag. 628 e segg., oltre all'ovvio rinvio a C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, I, pag. 152 e segg., da ultimo ripreso da G. COLAVITTI, *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Torino, 2012, pag. 28 e segg., che valorizza altresì l'art. 15 della Carta di Nizza, propugnando la collocazione della stessa "verso il polo dell'orizzonte lavoristico, piuttosto che verso il lido (ideologico oltre che giuridico) della libertà di impresa" (pag. 5).

[763] Così G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, I, pag. 339.

[764] G. P. CELLA, *The representation of non-standard workers. Theory and culture of collective bargaining*, in *Transfer*, 2012, 18, 2, pag. 171 e segg., spec. pag. 181; cfr. Cass. 19 ottobre 2005, n. 20197, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2006, 3, pag. 278: "la libertà sindacale…non può ritenersi prerogativa esclusiva dei lavoratori subordinati, in un sistema, come quello vigente, nel quale il lavoro, nella sua accezione più ampia, deve ritenersi riconosciuto e incoraggiato in tutte le sue forme e manifestazioni", cosicché "la tutela dell'associazionismo, del proselitismo e dell'attivismo, per finalità collettive di lavoro, anche se parasubordinato o autonomo, costituisce un'esigenza primaria, insita nel sistema, ancorché non codificata".

[765] Agli lavoratori simil-subordinati ("arbeitnehmehranhliche Selbsständigepersone"), legittimati ad agire in giudizio presso il tribunali del lavoro, in luogo dei giudici ordinari, sin dall'Arbeitsgerichtsgesetz del 1926 (ArbGG), viene garantito il diritto di stipulare contratti collettivi ex §12a Tarifvertragsgesetz (TGV), inserito nell'articolato normativo nel 1974: si tratta di "persone, che sono economicamente dipendenti e paragonabili ad un lavoratore subordinato bisognoso di tutela (persone simili ai lavoratori subordinati), quando in base a contratti d'opera o di servizio lavorano per altre persone, forniscono le prestazioni dovute personalmente ed essenzialmente senza la collaborazione di altri dipendenti e a) sono occupati in prevalenza presso una persona b) ad essi venga corrisposto da una persona in media più della metà del compenso che complessivamente spetta ad essi per la loro attività retribuita": S. SORGE, *German Law on Dependent Self-Employed Workers: A Comparison to the Current Situation under Spanish Law*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Journ.*, 2010, 31, pag. 249 e segg.; W. DÄUBLER, *Working People in Germany*, *ivi*, 1999, 21, pag. 88 e segg.; O. E. KEMPEN, R. KRETZSCHMAR, *I problemi e le difficoltà di organizzare sindacalmente i lavoratori "semiautonomi" in Germania*, in *Lav. Dir.*, 1999, 4, pagg. 602-603.

[766] J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes*, IN J. M. DE SOTO RIOJA (a cura di), *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*, Siviglia, 2009, pag. 175 e segg.; in generale, sul trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) ai sensi dell'art. 11 dello Statuto del Lavoro Autonomo spagnolo (Ley 11 luglio 2007, n. 20 – LETA) ed in particolare sui requisiti (l'esercizio in forma personale, diretta ed abituale di un'attività auto-organizzata, con disponibilità di materiali e infrastrutture, oltre alla soglia minima del 75% del proprio reddito derivante da un singolo committente), v. J.C. VILLALON, *Il lavoro autonomo economicamente dipendente in Spagna*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2013, 2, pag. 287 e segg.; F. VALDÉS DAL-RÉ, A. VALDÉS ALONSO, *Lo Statuto del lavoro autonomo nella legislazione spagnola, con particolare riferimento al lavoro autonomo economicamente dipendente*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 3, pag. 725 e segg.

[767] H. W. ARTHURS, *The Dependent Contractor: A Study of the Legal Problems of Countervailing Power*, in *Univ. Toronto Law Journal*, 1966, 16, pag. 89 e segg., il quale, tuttavia, in uno scritto più recente, (H. W. ARTHURS, *Fairness at Work – Federal Labour Standards for the 21st Century*, Report for Her Majesty the Queen in the Right of Canada, 2006) ha suggerito l'estensione del diritto del lavoro verso la non coincidente categoria intermedia del c.d. "*autonomous worker*".

[768] Si tratta degli Stati dell'Ontario, della British Columbia e del Newfouldland: J. FUDGE, *A Canadian Perspective on the Scope of Employment Standards, Labor Rights, and Social Protection: The Good, the Bad, and the Ugly*, 2010, 31, pag. 255.

economica che ricorda più quella di un lavoratore dipendente che di un lavoratore indipendente"[769].

Per il momento scongiurata, mediante l'approvazione della l. n. 81 del 2017, l'ipotesi di introdurre una categoria intermedia in Italia[770], per le ragioni sopra esposte non parrebbe neppure necessario che il diritto dei lavoratori autonomi *sub* i) e ii) di organizzarsi e di contrattare collettivamente le proprie condizioni di lavoro venga sancito attraverso la legge ordinaria: soprattutto, volendo dialogare *de iure condendo* con Adalberto Perulli, non parrebbe ragionevole limitare un simile, eventuale intervento – che assumerebbe al più un valore simbolico, in quanto meramente ricognitivo di un diritto del quale, stando alla presente ricostruzione, i collaboratori autonomi in parola godrebbero già – ai lavoratori delle piattaforme, sulla scia della più recente esperienza francese[771], posto che l'esigenza di protezione qui in discussione si fonderebbe, non già sulle caratteristiche del committente, bensì sull'implicazione della persona "in carne e ossa", che non varia a seconda della natura, materiale o virtuale, degli strumenti utilizzati per il coordinamento della prestazione.

## 7. Segue. Il nodo della libertà sindacale del piccolo imprenditore.

Venendo all'ipotesi sopra indicata *sub* iii), una questione di notevole rilievo, utile anche ai fini del riconoscimento del diritto alla contrattazione collettiva e della correlata *antitrust immunity*, concerne la distinzione tra il lavoratore autonomo ed il piccolo imprenditore *ex* art. 2083 Cod. Civ., figura nel cui ambito un'organizzazione di tipo imprenditoriale (per quanto limitata) si combina con gli elementi caratteristici del lavoro personale (in misura prevalente rispetto alla prima).

Un'autorevole veduta del passato tendeva come noto ad assimilare le due figure, con la conseguenza di privare di ogni valore discretivo il profilo dell'organizzazione[772], che, invece, rivestiva

[769] Section 1(1) Labour Relations Act 1975 e Labour Relations Act S.O. 1995: cfr. S. McCrystal, *Designing Collective Bargaining Frameworks for Self-Employed Workers: Lessons from Australia and Canada*, in *Int. Journ. Comp. Lab. Law & Ind. Rel*., 2014, 30, 2, pag. 225; B. A. Langille, G. Davidov, *Beyond Employees and Independent Contractors: A View from Canada*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Journ.*, 1999, 21, pag. 22 e segg.

[770] Cfr. F. Carinci, *Prefazione*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto*, op. cit., pag. V.

[771] A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto*, op. cit., pag. 50, e ivi i riferimenti all'art. 60 Loi 8 août 2016, n. 2016-1088. Ad avviso dell'A. citato, invece, la regolazione francese regolazione "dimostra, da un lato, che non sono necessarie forzate riconduzioni a subordinazione per garantire un'efficace base di protezione per i lavoratori *app-driven* e che, di converso, non è sufficiente dotarsi di categorie qualificatorie efficaci nell'identificazione della fattispecie, ma è necessario intervenire a monte della qualificazione con regolazioni selettive a tutela del lavoratore autonomo della piattaforma, per limitare le prerogative, talora molto invasive, di un contraente forte cui deve essere imposto il rispetto di una adeguata "responsabilità sociale".

[772] W. Bigiavi, *La piccola impresa*, Milano, 1947. Vi è però chi ha messo in dubbio che la semplice organizzazione a fini produttivi del proprio lavoro possa essere considerata organizzazione di tipo imprenditoriale (G. F. Campobasso, *La ricodificazione del piccolo imprenditore*, in *Riv. Dir. Civ*., 1992, I, pag. 348: "contro l'idea della sufficienza della semplice autoorganizzazione depone innanzitutto la comune valutazione sociale che rifiuta di fare un unico fascio di lustrascarpe e imprenditori"; P. Ferro-Luzzi, *Alla ricerca del piccolo imprenditore*, in *Giur. Comm*., 1980, 1, pag. 46: "se impresa è attività di organizzazione dei fattori della produzione, piccola impresa è invece attività direttamente esecutiva, personalmente svolta da un soggetto". La concezione che assimila il requisito dell'organizzazione a quello della professionalità viene oggi ritenuta superata in letteratura: cfr. G. Terranova, *Che cosa resta del piccolo imprenditore?*, in *Riv. Dir. Comm*., 2010, 3, pag. 737; in giurisprudenza, v. Corte Cost. 6 ottobre 2014, n. 228, in *Giur. Cost*., 2014, 5, pag. 3731, ove si legge che, a differenza che nel caso del piccolo imprenditore, l'attività svolta dai lavoratori autonomi si caratterizza per la preminenza dell'apporto del lavoro proprio e per la marginalità dell'apparato organizzativo, che assume poi differenti gradazioni a seconda della tipologia di lavoratori autonomi, sino a divenire quasi assenza nei casi in cui è più accentuata la natura intellettuale dell'attività svolta, come per le professioni liberali.

un ruolo centrale nell'opinione di chi, tenendo ben separato il piccolo imprenditore dal lavoratore autonomo[773], notava come tale elemento dovesse necessariamente esservi nel primo caso, ma non nel secondo[774].

Anche chi non ritiene la distinzione priva ogni significato non può comunque negare che la stessa si riveli quanto mai complessa, se non addirittura "evanescente"[775], specie nell'attuale contesto dell'impresa dematerializzata[776].

Anche per questo motivo, nell'ottica del presente lavoro sembra più utile riprendere i più recenti studi nei quali ha trovato una convincente valorizzazione la componente di prevalente personalità della prestazione resa anche nell'ambito della piccola impresa, sulla scorta del rilievo per cui l'esistenza di un'organizzazione non elida necessariamente il rilievo giuridico e sociale del lavoro personale[777].

Se, come sostenuto da Roberto Voza, "anche il piccolo imprenditore si caratterizza sempre più come un "lavoratore" portatore di interessi meritevoli di tutela"[778], vi sarebbero buoni motivi, argomentando da una prospettiva sostanzialistica, per riconoscere le guarentigie sindacali anche in capo ai piccoli imprenditori il cui lavoro assuma prevalenza sul capitale investito.

In tal modo opinando, non solo i *riders* di foodora, dotati di bici e di smartphone[779] - la versione moderna del portabagagli munito di cinghia da trasporto, paradigma del piccolo imprenditore nella veduta bigiaviana[780]-, ma anche, e, anzi, soprattutto, i corrieri di Amazon, che si avvalgono del proprio mezzo per le consegne[781], dovrebbero vedersi garantita, a prescindere dalla loro

---

[773] G. OPPO, *Impresa e imprenditore*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, 1989, pag. 9.

[774] Per tutti, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, op. cit., pag. 48.

[775] Cfr. P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012, pag. 390; addirittura, A. GENOVESE, *Il piccolo imprenditore commerciale*, in *Riv. Dir. Comm*., 1971, I, pag. 266, ha sostenuto che si tratti del "più noto dei nostri *puzzles* legali"; cfr. F. FERRARA JR., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 7a ed., Milano, 1987, pag. 73, che segnalano come fosse già risultato assai complesso individuare il "piccolo commerciante" nei vari progetti di codice di commercio risalenti ai primi decenni del Novecento; più di recente, v. L. STANGHELLINI, *La piccola impresa, oppure «in memoria del piccolo imprenditore»*, in *Anal. Giur. Econ.*, 2014, 1, pag. 103 e segg. e M. MAGNANI, *Quale «Statuto» per il lavoro autonomo?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 3, pag. 599.

[776] Trib. Torino, ord. 7 luglio 2011, in *Foro It.*, 2013, I, col. 2288, con nota di G. CASABURI, che ha ravvisato la qualità dell'imprenditore in capo al soggetto che "avvia i contatti e calamita le amicizie virtuali di un Gruppo costituito all'interno del social network Facebook", data la rilevanza economica e la potenzialità commerciale dell'attività: sul punto P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, in *An. Giur. Econ.*, 2014, 1, pag. 45 e segg.

[777] O. RAZZOLINI, *Lavoro autonomo organizzato*, in M. PEDRAZZOLI (ordinato da), *Lessico Giuslavoristico*, 2, Bologna, 2010, pag. 79 e segg., nonché, *amplius*, EAD., *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Torino, 2012, *passim*. Sul giudizio di prevalenza del lavoro dell'imprenditore e il capitale investito nell'impresa, cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2000, 3a ed., pag. 60.

[778] A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi*, op. cit., pag. 180, che, richiamando l. n. 180 del 2011 (Statuto delle Imprese), nota come, nel riconoscere la finalità di assicurare lo sviluppo della persona tramite il lavoro, il legislatore abbia operato anche per la piccola impresa un implicito riferimento agli artt. 1, 4 e 35 Cost.; cfr. anche S. GIUBBONI, *Il* Jobs act *del lavoro autonomo*, op. cit., pag. 483, che, con riguardo ai piccoli imprenditori *ex* art. 2083 Cod. Civ., ha parlato di figure che, in funzione della rilevanza del loro apporto lavorativo personale, rientrerebbero nell'art. 35 Cost.; v. anche F. M. PUTATURO DONATI, *Agenti e Jobs Act degli autonomi*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto*, op. cit., pag. 254, il quale rimarca il "sempre più evidente riavvicinamento della piccola e micro impresa alla dimensione del lavoro personale, che, se accomuna imprenditore e lavoratore autonomo, dovrebbe portare ad una revisione delle tutele contrattuali e di *welfare".*

[779] Si esprime in termini di "micro-imprenditori figli della tecnologia digitale" M. FORLIVESI, *La sfida della rappresentanza sindacale dei lavoratori 2.0*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 3, pag. 664.

[780] W. BIGIAVI, *La piccola impresa*, Milano, 1947, pag. 102.

[781] Cfr. M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *Some Reflections on the "Personal Scope" of Collective Labour Law*, in *Ind. Law Journ*., 2017, 46, 1, pag. 68, i quali, proprio con riguardo alla pronuncia FNV Kunsten, osservano: *"personal work overwhelmingly shapes the service*

formale qualificazione alla stregua di (lavoratori autonomi e/o) piccoli imprenditori, la libertà sindacale[782] e i relativi accordi collettivi ricadere nell'*antitrust immunity*[783].

## 8. Un percorso alternativo. Il piccolo imprenditore "integrato" e la nozione funzionale di impresa a fini *antitrust.*

Anche attribuendo un significato sistematico all'esclusione del piccolo imprenditore dallo statuto del lavoro autonomo[784] o, specularmente, collocandosi sulla scia della giurisprudenza che

---

*provided, over and above the amount of capital that he or she may be availing herself of to assist him or her, which ought to be marginal and ancillary*".

[782] R. VOZA, *Interessi collettivi*, op. cit., pag. 241 e segg.; cfr. A. M. GRIECO, *Libertà e azione sindacale*, op. cit., pag. 12: "la contrapposizione tra chi lavora soltanto e chi organizza mezzi e forza lavoro, quand'anche con impegno personale, continua a riflettere una antinomìa tra classi di soggetti portatori di distinti e contrapposti interessi". Tale lettura potrebbe trovare altresì sostegno nel riconoscimento nella considerazione unitaria, da parte dell'art. 2-*bis* l. n. 146 del 1990, così come modificata da parte dell'art. 2 l. n. 83 del 2000, delle "astensione collettiva dalle prestazioni, a fini di protesta o di rivendicazione di categoria", poste in essere da parte dei lavoratori autonomi, dei liberi professionisti e, appunto, dei piccoli imprenditori, anche se, va detto, ai precipui fini della legge in parola e, dunque, nella prospettiva di tutela dell'utenza: B. CARUSO, G. NICOSIA, *Il conflitto collettivo post-moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2006, 43, pagg. 34-37; A. PILATI, *Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo*, in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Milano, 2000, pag. 64 e segg., qui pagg. 68 e 69, e, più di recente, G. NICOSIA, *Coalizione e protezione. Il bilanciamento possibile nello sciopero del lavoro indipendente*, Torino, 2017; M. FERRARESI, *Le astensioni collettive degli avvocati: fattispecie, responsabilità e sanzioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 6, pag. 1441 e segg.

[783] A questo riguardo, anche nello scenario statunitense, partendo dal presupposto che l'*antitrust* sarebbe nato per porre un freno alle concentrazioni di ricchezza che creavano nocumento al mercato e non per privare gli attori economici meno forti della possibilità di cooperare per bilanciare lo strapotere dei primi (S. M. PAUL, *The Enduring Ambiguities of Antitrust Liability for Worker Collective Action*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2006, 47, pag. 972; altrimenti, ha osservato causticamente, W. S. GRIMES, *The Sherman Act's Unintended Bias against Lilliputians: Small Players' Collective Action as a Counter to Relational Market Power*, in *Antitrust Law Journal*, 2001, 69, pag. 195, si cadrebbe vittima di un "pregiudizio nei riguardi dei lillipuziani" che non trova ragione nella normativa *de qua*), la dottrina ha di recente osservato che, ai fini della valutazione di eventuali pratiche collusive, non si possa non tenere conto della posizione unitaria sul mercato (tracce in Copperweld Corp. V. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984), ove si è ritenuto che due società dello stesso gruppo, fortemente integrate e perciò mosse da un interesse unitario, non in grado di "cospirare" ai sensi della Section 1 Sherman Act: cfr. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, 5th ed., St. Paul, 2016, pag. 245 e segg.), tanto da doversi includere i soggetti economici che non siano in grado di provvedere ai propri interessi su un piano di parità sul mercato (tra cui i lavoratori autonomi e i professionisti) nella *Antitrust Labor Exemption* (K. V.W STONE, *Legal Protections for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers*, in *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 2006, 27, 2, pag. 283 e segg.; M. LINDER, *Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Journ.*, 1999, 21, pag. 187 e segg.), superando così l'orientamento della giurisprudenza costante, che fa discendere dall'espressa esclusione degli "*independent contractors*" e dei "*professionals*" dal campo di applicazione del NLRA (Section 2(a) NLRA, così come inserito dal Taft-Hartley Act del 1947, mentre in precedenza, nel silenzio della legge, la Suprema Corte, nel celebre caso N.L.R.B. v. Hearst Publ'ns, Inc., 322 U.S. 111 (1944), aveva esteso, secondo un approccio che oggi si direbbe funzionale, l'ambito di applicazione del Wagner Act a tutti coloro fossero "subject, as a matter of economic fact, to the evils the statue was designed to eradicate", a prescindere dal formale inquadramento come *employees*) la soggezione dei relativi accordi collettivi al divieto di pratiche collusive in *restraint of trade* (Los Angeles Meat & Provisions Drivers Union v. United States, 371 U.S. 94 (1962), Columbia River Packers Association v. Hinton, 315 U.S. 143 (142); Taylor v. Local No 7, 353 F.2d 593 (4th Circ. 1965). Cfr. le proposte di un intervento a livello federale (E. WARREN, *Strenghtening the Basic Bargain for Workers in the Modern Economy*", New America Annual Conference, 19 maggio 2016, pag. 6 del dattiloscritto) con cui estendere ai lavoratori autonomi il diritto di organizzarsi collettivamente, oltre alla nota spinta verso l'introduzione della categoria intermedia di lavoratore cui riconoscere (anche) l'esenzione antitrust per la contrattazione collettiva (S.D. HARRIS, A.B. KRUEGER, A *Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker"*, The Hamilton Project, 2015), nonché, *de iure condito*, l'ordinanza della città di Seattle che ha autorizzato la contrattazione collettiva tra i lavoratori autonomi e le imprese operanti nell'ambito dei servizi taxi e di trasporto gestito tramite app (Seattle City Council, Ordinance Relating to taxicab, transportation network company, and for-hire vehicle drivers n. 124968, approvata il 14 dicembre 2015), la cui legittimità, contestata dalla Camera di Commercio locale, è stata avallata in primo grado dalla Corte distrettuale dello Stato di Washington (Western District Court of Washington at Seattle 1 agosto 2017, C17-0370RSL, Chamber of Commerce of the United States of America et al. v. The City of Seattle).

[784] V. art. 1, comma 2, l. n. 81 del 2017, su cui, per tutti, M. PALLINI, *Gli incerti confini dell'ambito di applicazione dello statuto del lavoro autonomo*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), Commentario Breve allo Statuto, op. cit., spec. pagg. 244-246; O. RAZZOLINI, Jobs Act

continua ad assimilare il lavoratore autonomo al piccolo imprenditore[785], si potrebbe comunque sostenere che quest'ultimo, a patto che operi a committenza unica (o largamente prevalente) e particolarmente invasiva, possa, attraverso una valorizzazione della nozione funzionale di impresa proposta – pur con le incongruenze già evidenziate – nella stessa pronuncia FNV Kunsten rientrare nell'esenzione dall'*antitrust*, o, meglio, risultare proprio estraneo all'ambito di applicazione del diritto della concorrenza.

Si potrebbe, infatti, sostenere che, in presenza di una sovraordinazione tra soggetti economici in grado di far sì che gli stessi si presentino e si muovano unitariamente sul mercato, si possa escludere che la parte sottordinata rivesta le caratteristiche di soggetto indipendente e, dunque, di "impresa" ai fini del divieto di cui all'art. 101 TFUE.

L'argomento, in passato sviluppato nelle decisioni del Giudice europeo "Becu"[786] e "Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio"[787], è stato ripreso nell'ambito della recente discussione del caso Uber avanti alla Corte di Giustizia, concernente, come noto, non già il rapporto tra gli autisti e la piattaforma (*recte*, la società che gestisce quest'ultima)[788], bensì la qualificazione dell'attività svolta da Uber quale servizio di trasporto (in concorrenza con i servizi di taxi, ecc.), ovvero, in alternativa, quale "società di servizi della società dell'informazione" (al pari dei servizi di vendita *online*)[789].

---

*degli autonomi e lavoro esclusivamente personale. L'ambito della legge n. 81/2017*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il* jobs act *del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, pagg. 22-25, ad avviso della quale la nozione di lavoro autonomo di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 81 del 2017 includerebbe solo il lavoro autonomo esclusivamente personale.

[785] Cass. 21 maggio 2010, n. 12519, secondo cui il contratto d'opera si distingue dall'appalto, perché nel primo l'esecuzione dell'opera commissionata avviene con il prevalente lavoro del prestatore d'opera, eventualmente coadiuvato "secondo il modulo organizzativo della piccola impresa"; nello stesso senso, Cass. 29 maggio 2001, n. 7307 e Trib. Arezzo 6 settembre 2012, in *Banca Dati DeJure*.

[786] Corte Giust. Ue 16 settembre 1999, C-22/98, Becu, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 306, punto 26 (sia pure avuto riguardo a lavoratori subordinati): "costituendo parte integrante, per la durata del loro rapporto di lavoro, delle dette imprese e formando…con ognuna di esse un'unità economica, i lavoratori portuali non rappresentano pertanto di per sé "imprese" ai sensi del diritto comunitario della concorrenza"; cfr., in precedenza, Corte Giust. 16 dicembre 1975, C-40/73, Suiker Unie.

[787] Corte Giust. Ue 14 dicembre 2006, C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, cit., ripresa da S. BORELLI, J. M. SERRANO GARCÍA, *Il necessario riconoscimento dei diritti sindacali ai lavoratori dell'economia digitale*, Convegno Internazionale "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale", Brescia, 12-13 ottobre 2017, dattiloscritto, pagg. 21-22 e non per nulla richiamata in Corte Giust. Ue 11 settembre 2014, C-413/13, cit., punto 33.

[788] V. Conclusioni presentate dall'Avv. Generale Maciej Szpunar l'11 maggio 2017 nell'ambito del caso Uber System Spain, C-434/15, punto 61, ove si precisa che la riconduzione di Uber ad un "vero e proprio organizzatore e operatore di servizi di trasporto urbano" non significa per forza ricondurre i conducenti nell'alveo del lavoro subordinato, ben potendo "la società di cui trattasi erogare le sue prestazioni servendosi di imprenditori indipendenti che agiscono a suo nome come contraenti"; così anche al punto 54: "la polemica relativa allo status dei conducenti nei confronti di Uber…è del tutto estranea alle questioni di cui siamo chiamati ad occupaci nell'ambito della presente causa".

[789] Tale tesi è stata sostenuta con scarsa fortuna da Uber, tanto nei giudizi riguardanti la presunta attività di concorrenza sleale perpetrata nei confronti dei servizi di taxi (Trib. Milano 25 maggio 2015, in *Dir. Ind.*, 2015, 2, pag. 245), quanto nelle cause concernenti la qualificazione del rapporto tra la società e gli autisti (nel Regno Unito: London Employment Tribunal 28 ottobre 2016, Aslam & Farrar v. Uber B.V., in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, 2, pag. 575, con nota di D. CABRELLI, *Uber e il concetto giuridico di "worker": la prospettiva britannica*; London Employment Appeal Tribunal 10 novembre 2017, UKEAT/0056/17/DA, su cui G. PACELLA, Drivers *di Uber: confermato che si tratta di* workers *e non di* self-employed, in *Lab. Law Issues*, 2017, 3, pag. 48 e segg.; negli Stati Uniti: O'Connor v. Uber Technologies, Inc., C.A. No. 13-03826-EMC (N.D. Cal); in Brasile: Vara Do Trabalho de Belo Horizonte 14 febbraio 2017, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, II, pag. 560, con nota di G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*; in Australia: Fair Work Commission 21 dicembre 2017, Mr Michail Kaseris v. Rasier Pacific V.O.F, U2017/9452). Per un riepilogo del caso Uber, V. BRINO, *Il caso Uber, tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto*, op. cit., pag. 135 e segg., e ivi ulteriori richiami.

Nelle Conclusioni ivi presentate dall'Avv. Generale Szpunar viene, infatti, dato conto dell'esistenza di un "insieme inscindibile" tra le prestazioni offerte dagli autisti di Uber e dalla piattaforma e da tale circostanza viene fatto discendere che, non svolgendo i primi un'attività indipendente ed anzi venendo esercitata un'influenza decisiva sulle condizioni di erogazione della stessa (a partire dal prezzo) da parte di Uber, gli autisti potrebbero non essere considerati imprese ai sensi del diritto della concorrenza[790].

Si potrebbe, tuttavia, obiettare che, Uber e i *drivers* si muovono sì unitariamente sul mercato, ma su quello "esterno" dei beni o dei servizi ai consumatori[791], e non quello "interno" del lavoro (e del relativo costo)[792], rispetto al quale, quand'anche particolarmente integrati, coloro che prestano e coloro che ricevono la prestazione (*recte*, il servizio) mantengono una posizione separata ed anzi contrapposta, non spiegandosi altrimenti l'interesse ad addivenire ad un accordo – per giunta, mediante i propri rappresentanti, nel caso dei lavoratori – per la fissazione del "prezzo" della rispettiva attività[793].

Piuttosto, l'elevata integrazione tra i due soggetti potrebbe rilevare in punto di qualificazione del rapporto di lavoro tra gli stessi intercorrente[794], ma sempre a patto di non sovrapporre, come avvenuto nella pronuncia FNV Kunsten, i criteri per l'accertamento della natura di soggetto economico indipendente (dunque, di impresa) a fini *antitrust* e quelli per l'indagine circa la "falsa autonomia" di un lavoratore dal punto di vista guiuslavoristico.

## 9. Brevi note finali.

Sulla scorta di quanto sinora evidenziato, l'estensione dell'esenzione *antitrust* per la contrattazione collettiva per il lavoro autonomo si radica nella qualificazione del diritto alla contrattazione

---

[790] *Ibidem*, punto 35; v., poi, Corte Giust. Ue 20 dicembre 2017, C-434/15, punto 39: "il servizio d'intermediazione della Uber si basa sulla selezione di conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo ai quali tale società fornisce un'applicazione senza la quale, da un lato, tali conducenti non sarebbero indotti a fornire servizi di trasporto e, dall'altro, le persone che intendono effettuare uno spostamento nell'aerea urbana non ricorrerebbero ai servizi di tali conducenti…Uber esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti. In relazione a tale ultimo punto, emerge segnatamente che la Uber fissa, mediante l'omonima applicazione, se non altro il prezzo massimo della corsa, che tale società riceve tale somma dal cliente prima di versarne una parte al conducente non professionista del veicolo e che essa esercita un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti nonché sul comportamento di quest'ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione".

[791] V. la *class action*, al momento in fase di stallo, promossa contro il fondatore e amministratore delegato di Uber sul presupposto per cui la piattaforma abbia agito insieme agli autisti come un cartello diretto alla fissazione (tramite algoritmo) del prezzo di un servizio reso sul mercato da soggetti (gli autisti, appunto) non dipendenti da Uber, ma lavoratori formalmente autonomi: Meyer v. Kalanick, No. 1:2015cv09796 - Document 37 (S.D.N.Y. 2016), consultabile in https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2015cv09796/451250/37/: cfr., anche per i riferimenti, V. BRINO, *Il caso Uber*, op. cit., pag. 146.

[792] Cfr. S. M. PAUL, *Uber as For-Profit Hiring Hall: A Price-Fixing Paradox and Its Implications*, in *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 2017, 38, 2, pag. 248 e segg.

[793] Cfr., con riguardo però ai lavoratori subordinati, P. NIHOUL, *Do workers constitute undertakings for the purpose of the competition rules?*, in *Eur. Law Review*, 2000, 25, 4, pag. 812: "*employees are not undertakings where they act in their capacity as employees. That is, competition rules should not apply wherever they act in their relation with the employer…another solution would apply if the employee were to act outside of the employment relationship. Suppose that an employee forms an association with all other employees within a firm in order to determine the conditions (tariff, etc.) under which they agree to perform their tasks in the future*".

[794] Cfr., sul punto, A. PREVIATO, *La sentenza della Cgue sul "caso Uber": uno spartiacque per la corretta determinazione dei modelli della* sharing economy, in *www.questionegiutizia.it*, 6 marzo 2018; G. P. GOGLIETTINO, *Economia digitale e diritto del lavoro: de iure condito o de iure condendo?*, in http://csdle.lex.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20180109-085246_Economia_digitale_e_diritto_del_lavoropdf.pdf (consultato il 10 gennaio 2018), pag. 4 e segg. del dattiloscritto.

collettiva come diritto sociale fondamentale, mentre nulla si è detto circa le eventuali ragioni di mercato a sostegno di una simile presa di posizione[795].

Un diverso punto di vista potrebbe guardare alle funzioni dello stesso diritto *antitrust*, tra le quali vi è la correzione delle distorsioni della concorrenzialità perfetta del mercato, ben potendo tra queste rientrare la "distorsione conseguente alla posizione di dipendenza economica in cui si trova chi collabora in modo continuativo ed esclusivo con una sola azienda"[796].

Si potrebbe così propugnare l'applicabilità, in tale ipotesi, dell'art. 101, par. 3 TFUE[797], che consente l'esenzione dal divieto di intese anticoncorrenziali in presenza di accordi che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico[798].

Tuttavia, ove si guardasse unicamente al mercato, ossia alla funzione di correzione delle *market failures*, quale presupposto per il riconoscimento (*recte*, la concessione) dell'*antitrust immunity*, i risultati, come emerge dall'esperienza comparata[799], potrebbero essere esiti incerti e/o scarsamente appaganti.

Infatti, pur non potendosi a priori escludere che "a fronte della disparità contrattuale che caratterizza gli scambi mercantili, sia lo stesso diritto della concorrenza ad intervenire per un fine di tutela del mercato intrecciato inevitabilmente con considerazioni di equità e giustizia"[800], si

---

[795] Sulla diversità dei due punti di vista al tema *de quo*, v. già G. PERONE, *L'implicazione della persona nel lavoro autonomo*, in AA.VV., *Diritto e libertà*, op. cit., II, pagg. 1199-1202.

[796] Cfr. P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato*, op. cit., pagg. 578-579.

[797] V., in ambito italiano, art. 4 l. n. 287 del 1990, ossia una disposizione che, come ricorda L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali*, op. cit., pag. 157, "non è mai stata strumento per valutazioni di tipo sociale".

[798] Nel caso degli accordi collettivi misti, poi, come quelli del caso FNV Kunsten, si potrebbe anche prendere in considerazione la loro funzione di prevenzione della concorrenza a ribasso sul costo del lavoro da parte dei lavoratori autonomia, a garanzia della stessa tenuta del sistema di determinazione collettiva dei livelli salariali dei lavoratori subordinati operanti nello stesso. V., nella giurisprudenza statunitense, proprio con riguardo alle determinazioni delle condizioni di lavoro dei membri di un'orchestra, American Fed'n of Musicians v. Carroll, 391 U.S. 99, 113 (1968); cfr. Home Box Office, Inc. v. Directors Guild of Am., Inc., 531 F. Supp. 578, 597 (S.D.N.Y. 1982); Milk Wagon Drivers' Union Local No. 753 v. Lake Valley Farm Prods., Inc., 311 U.S. 91 (1940).

[799] V., in particolare, l'esempio dell'Australia, ove, se i lavoratori subordinati (*employees*) godono di una generale copertura generale rispetto alle condotte concertate volte alla fissazione dei prezzi del lavoro" (Competition and Consumer Act 2000, 51(2)(a), su cui S. MCCRYSTAL, P. SYRPIS, *Competition Law and Worker Voice. Competition Law Impediments to Collective Bargaining in Australia and the European Union*, in A. BOGG, T. NOVITZ (a cura di), *Voices at Work. Continuity and Change in the Common Law World*, Oxford, 2014, pag. 425 e segg.), i lavoratori autonomi (*independent contractors*) possono chiedere all'Australian Competition and Consumer Commission il permesso di avviare una negoziazione collettiva, a fronte della dimostrazione dell'esistenza di un fallimento del mercato da cui derivi un interesse pubblico rispetto ad un'attività di contrattazione collettiva. Si badi bene, però, che il c.d. "*public benefit test*" previsto dalle Sections 88-90 Competition and Consumer Act 2010 si basa su obiettivi di natura strettamente economica e non certo di carattere sociale (S. MCCRYSTAL, *Is there a "Public Benefic" in Improving Working Conditions for Independent Contractors? Collective Bargaining and the Trade Practices Act 1974 (Cth)*, *in Federal Law Review*, 2009, 37, pag. 270 e segg.) e, pur mirando alla "efficienza e al progresso dell'intera società" (così Re 7-Eleven Stores Pty Ltd, (1994) ATPR 41-357, trad. mia), la giurisprudenza guarda sostanzialmente alla riduzione dell'asimmetria informativa e dei costi transattivi nel mercato di riferimento, che peraltro costituiscono elementi di complessa dimostrazione in concreto da parte degli istanti (W. PENGILLEY, *The competition tribunal and chicken meat: Do Exclusionary provisions have any future hope of authorization?*, in *Competion & Consumer Law Journal*, 2006, 14, pag. 196 e segg.). Riveste in proposito un notevole interesse anche il caso dell'Irlanda, ove, proprio all'indomani della pronuncia FNV Kunsten, il legislatore ha introdotto una modifica al Competition Act al fine di consentire agli accordi collettivi relativi ai lavoratori autonomi "del tutto dipendenti" (*fully dependent*, ossia coloro il cui compenso derivi da non più di due soggetti) di beneficiare della deroga *antitrust*, ma solo a condizione che gli accordi in parola non spieghino più che minimi effetti sul mercato di riferimento: sul punto, v., anche per i riferimenti, V. DE STEFANO, A. ALOISI, *Fundamental Labour Rights, Platform Work and Human-Rights Protection of Non-Standard Workers*, in J. R. BELLACE, B. TER HAAR (a cura di), *Labour, Business and Human Rights Law*, in corso di pubblicazione.

[800] V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione Europea*, Padova, 2012, pag. 26.

potrebbe altresì argomentare che, consentendo ai fattorini di Foodora (o ai corrieri di Amazon) di coalizzarsi e di pattuire condizioni migliorative per l'attività di consegna, si finirebbe per ridurre i margini di profitto dell'impresa, che verrebbe così indotta, per preservare il proprio modello di *business*[801], ad aumentare il costo delle consegne, il quale finirebbe per ricadere interamente e, da un certo punto di vista, "ingiustamente" sui consumatori finali[802].

Invero, il discorso, che non è ovviamente possibile sviluppare in questa sede, è assai più ampio, chiamando in causa la tradizionale contrapposizione tra chi, semplificando al massimo, sostiene l'effetto positivo del diritto del lavoro (individuale e collettivo) sulla concorrenzialità del mercato[803] e chi, al contrario, ne denuncia la natura di restrizione liberticida[804].

Di certo, guardando agli orientamenti e alle tendenze, anche più recenti, della Corte di Giustizia, non sembra potersi escludere che, di fronte ad un ipotetico bilanciamento tra il diritto alla contrattazione collettiva e la protezione della libera concorrenza, quest'ultima venga a prevalere, al pari di quanto avvenuto tra le libertà economiche e i diritti sociali, parimenti fondamentali, nell'ambito del celebre "quartetto Laval"[805].

Invece, sul presupposto per cui sia insita nella logica dei diritti sociali l'alterazione, in chiave redistributiva, della logica paritaria tra i soggetti all'interno di un mercato[806], il presente studio insiste sulla difesa di un diritto alla contrattazione collettiva che legato all'idea stessa di persona che lavora[807] e proprio per questo immune al diritto *antitrust*.

Come insegna la giurisprudenza tedesca, laddove il diritto alla contrattazione collettiva trovi riconoscimento a livello costituzionale, lo stesso non sarà passibile di condizionamento né, tanto meno un bilanciamento, con il diritto della concorrenza, posto che o l'esenzione opera, in forza della preminenza di un diritto sociale fondamentale, o non potrà che vigere la "pura" legge della concorrenza e del mercato: *tertium non datur*[808], se non si vuole sottoporre la contrattazione collettiva ad un vaglio di merito, irrimediabilmente lesivo dell'autonomia propria di quest'ultima.

---

[801] R. EPSTEIN, *Uber and Lyft in California: How to Use Employment Law to Wreck An Industry*, in *Forbes*, 16 marzo 2015.

[802] Cfr. M. FANA, *Il prezzo delle consegne a domicilio lo pagano i fattorini*, in *Internazionale*, 13 ottobre 2016.

[803] G. LYON-CAEN, *L'infiltration du Druit du Travail par le Droit de la concurrence*, in *Dr. Ouv.*, 1992, pag. 313 e segg.; S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Labour law and economic theory: A reappraisal*, in H. COLLINS, P. DAVIES, R. RIDEOUT (a cura di), *Legal Regulation of the Employment Relation*, Londra, 2000, pag. 29 e segg.

[804] R. A. EPSTEIN, *A Common Law for Labor Relations: A Critique of the New Deal Legislation*, in *Yale Law Journal*, 1983, 92, pag. 1357 e segg.; R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 8th ed., 2011, Alphen aan den Rijn, pag. 425 e segg.

[805] Ci si riferisce qui, naturalmente, alle decisioni Corte Giust. Ue 11 dicembre 2007, C-438/05, Viking, in *Riv. Dir. Int.*, 2008, 3, pag. 848; Corte Giust. Ue 18 dicembre 2007, C-341/05, Laval, in *Dir. Rel. Ind.*, 2009, 3, pag. 821, con nota di L. VIESPOLI, *Servizi transnazionali, giurisprudenza comunitaria e mercati del lavoro nazionali*; Corte Giust. Ue 3 aprile 2008, C-346/06, Rüffert, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, pag. 479, con nota di V. BRINO, *Gli equilibrismi della Corte di giustizia: il caso Rüffert*; Corte Giust. Ue 19 giugno 2008, C-319/06, Commissione c. Granducato di Lussemburgo, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, 4, pag. 1223, con nota di D. VENTURI, *L'ordine pubblico e la disciplina dei controlli di vigilanza nello Stato ospitante: limiti ed effetti sulla libera circolazione dei servizi*. Sulle pronunce in parola, la bibliografia è notoriamente sterminata: v., almeno, M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, 7a ed., Padova, 2016, pag. 441 e segg.

[806] L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali*, op. cit., pag. 309; sui diritti sociali come "espressione di un'evoluzione in senso sostanziale del principio di eguaglianza", capace di andare oltre la riconduzione della giustizia ad un criterio di efficienza, L. MENGONI, *I diritti sociali* (1998), in ID., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, pag. 131.

[807] Cfr. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano, 1999, pag. 291 e segg., e ivi ulteriori riferimenti.

[808] V. la posizione sul punto della giurisprudenza del lavoro tedesca: BAG 27 giugno 1989, 1 AZR 404/88.

Quanto ai suoi destinatari, poi, innanzi al cambio di tassonomia della materia conseguente alla (o, meglio, alla base della) approvazione della l. n. 81 del 2017, non sembra più possibile escludere che l'*antitrust immunity* si estenda all'area del lavoro autonomo "di seconda generazione" svolto, in misura prevalentemente personale, da soggetti che si trovano ad operare – mutuando il linguaggio della Corte di Giustizia – in condizioni di debolezza contrattuale, prima ancora che socio/economica, "paragonabili" a quelle del lavoro dipendente.

Ciò non significa, naturalmente, assimilare a tutti gli effetti i lavoratori subordinati ai lavoratori autonomi, travolgendo una distinzione radicata non solo a livello nazionale[809], ma dare atto che, diversamente opinando, "nell'ordinamento delle singole economie vi sarebbe posto soltanto per un assetto predatorio o parassitario, al quale la veste contrattuale tutt'al più si sovrapporrebbe come maschera per un più completo trionfo dei forti"[810], preservando in tal modo l'autonomia del diritto del lavoro e delle sue categorie dalle infiltrazioni di altre discipline e, soprattutto, delle loro dottrine al momento più in voga[811].

---

[809] Tra gli ultimi contributi, O. RAZZOLINI, *Jobs act degli autonomi e lavoro*, op. cit., pagg. 17 e 21, L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *Lav. Dir.*, 2016, 4, pag. 605 e segg., e, con particolare riguardo ai lavoratori della c.d. "gig economy", E. GRAGNOLI, *Conclusioni*, Convegno "Il lavoro a distanza", Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano 15 maggio 2017, dattiloscritto.

[810] G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1904, II, pag. 460, che, con riguardo alla situazione di inferiorità economica alla base dell'aggregazione dei lavoratori in gruppi professionali ed alla successiva negoziazione collettiva delle tariffe, osserva "*la debolezza economica del salariato, il suo isolamento, la necessità stringente di dover vendere il suo lavoro a ogni ora sotto la minaccia di non avere altrimenti mezzi di sussistenza, agiscono in quelle fasi contrattuali come cause annullanti in fatto la libertà di scelta delle più convenienti condizioni di lavoro, che in principio resta garantita all'operaio dall'eguaglianza giuridica che la legge gli dà di fronte all'imprenditore…dall'azione della libera concorrenza s'attendeva che operaio e allogatore ottenessero quanto loro conveniva, ma essa s'è dimostrata nella pratica perfettamente insufficiente*".

[811] Cfr. L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale* (1982), in M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, Milano, 2004, pagg. 58-60, ove, a proposito dei rischi dell'"economismo" enucleati nell'enciclica "Laborem exercens" del 1981 (in particolare, quello di obliterare, in nome dello scientismo, i valori dell'umanesimo, trasformando la tecnica da valore-mezzo a valore in sé, così da ribaltarne il rapporto con la persona), ricorda che "il conflitto sindacale può svolgere una funzione positiva…di mezzo fecondo di confronto tra valutazioni diverse in ordine al «bene della giustizia sociale», mediato dall'ordinamento giuridico del lavoro, sorto allo scopo di impedire che la "finzione del lavoro come bene di mercato…trascenda in conseguenze pregiudizievoli (per usare l'espressione dell'art. 41, comma 2 Cost.) alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana" (pag. 51).

# Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*

Riccardo Vianello

1. Considerazioni introduttive. 213

2. Il "nuovo" parametro di determinazione del risarcimento: l'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto». 217

3. Il rapporto tra le ipotesi risarcitorie previste dal d.lgs. n. 23/2015 e il meccanismo derogatorio di cui all'art. 8, co. 2, lett. c, d.l. n. 138/2011. 221

4. Il problema dell'individuazione dell'«ultima retribuzione». 227

5. Breve nota conclusiva. 231

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 359/2018

## 1. Considerazioni introduttive.

Il d.lgs. n. 23/2015 ha dato attuazione all'art. 1, co. 7, lett. c, l. n. 183/2014, introducendo, per le nuove assunzioni, il «contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio».

Sebbene il titolo del decreto sia avvolgente e onnicomprensivo («Disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (…)»), in realtà le norme di cui esso si compone sono dedicate esclusivamente alla disciplina del «regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo» (art. 1), così rivelando l'esorbitanza terminologica del plurale utilizzato (chiaro residuo della versione della norma approvata al Senato), posto che l'unica "crescita" (peraltro non illimitata[812]), collegata all'«anzianità di servizio», attiene al *quantum* di tutela economica riconoscibile, appunto, allorché il licenziamento risulti viziato[813].

D'altra parte, che la preoccupazione principale del legislatore delegante fosse quella di predeterminare i costi del licenziamento è dato di tutta evidenza, se solo si consideri che la previsione di «un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio» costituisce uno dei principi e criteri direttivi dell'introduzione del contratto a tutele crescenti, e che l'esigenza di "certezza" è viepiù accentuata dall'ulteriore (ma, in realtà, superflua[814] e, di fatto, inattuata) previsione di «termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

L'obiettivo di rendere certo quel costo è stato perseguito essenzialmente forfetizzando l'ammontare del risarcimento nelle ipotesi di licenziamento ingiustificato (art. 3, co. 1) nonché di licenziamento collettivo viziato solo per violazione delle procedure o dei criteri di scelta (art. 10, co. 1), di licenziamento ingiustificato purché sia provata l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, ma ciò limitatamente al periodo che precede la pronuncia di reintegrazione (v. l'art. 3, co. 2, e, per i datori di lavoro che non raggiungono i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 St. lav., l'art. 9, co. 1), di licenziamento affetto da vizi formali e procedurali, anche se disposto da «piccole imprese» (artt. 4 e 9, co. 1): tutto ciò sulla falsariga di quanto, in realtà, già previsto dall'art. 18 St. lav. (nel testo novellato dall'art. 1, co. 42, l. n. 92/2012), che pure aveva percorso la medesima via della predeterminazione del *quantum* risarcitorio entro limiti minimi e massimi, sebbene avesse preservato un margine di discrezionalità, che nel d.lgs. n. 23/2015 è ormai venuto meno a seguito dell'eliminazione di tutti i parametri diversi dall'anzianità di servizio.

Nella stessa ottica, poi, si inquadra la forfetizzazione dell'importo offerto dal datore di lavoro in via conciliativa ai sensi dell'art. 6, co. 1.

---

[812] F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 252/2015, 11; G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, *giustiziacivile.com*, Approfondimento del 24 aprile 2015, 14.

[813] In questi termini anche A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, Giappichelli, 2015, 27, e M. RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme*, in *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»* (Contributi a margine del Convegno "*Il regime dei licenziamenti individuali e collettivi*", a cura di G. FERRARO, Napoli, Università degli Studi Federico II, Dipartimento di Giurisprudenza, 27 febbraio 2015), *Quaderni di ADL*, 2015, n. 14, 196.

[814] Previsione superflua perché la certezza dei termini per l'impugnazione del licenziamento (già ampiamente perseguita con la novella dei primi due commi dell'art. 6, l. n. 604/1966, attuata dapprima con l'art. 32, co. 1, l. n. 183/2010 e poi con l'art. 1, co. 38, l. n. 92/2012) non necessitava di ulteriori specificazioni.

La scelta normativa può essere valutata sotto diversi profili: qui ne verranno presi in considerazione due, quello della costituzionalità e quello della astratta idoneità al raggiungimento dello scopo immediato (rendere certo il costo del licenziamento), pacifico essendo che la valutazione dell'efficacia, cioè della concreta idoneità al raggiungimento dello scopo mediato (il rafforzamento delle opportunità di ingresso nel mondo del lavoro), è questione di carattere eminentemente empirico, che esula dall'ambito dell'analisi giuridica e soprattutto richiede tempi di decantazione e di concreta verifica, sul campo, dei flussi occupazionali in entrata e in uscita.

Sotto il primo profilo (e anticipando qui alcuni rilievi che verranno ripresi nel paragrafo conclusivo), la nuova disciplina (che, nell'accentuare la monetizzazione del licenziamento, divarica ancor più il solco rispetto al principio civilistico della *restitutio in integrum*[815], ponendosi, peraltro, in linea con la scelta già adottata con la legge Fornero[816]) non presenta, a prima vista, problemi di costituzionalità[817]: ciò, quanto meno, se lo sguardo si appunta sulla maggior parte degli importi risarcitori[818] e sul meccanismo di forfetizzazione[819], asetticamente intesi. Sovviene in proposito, infatti, la chiara indicazione del Giudice delle leggi, che ha escluso debba ritenersi costituzionalmente obbligata la tutela reale per il licenziamento ingiustificato[820].

È bene evidenziare, però, che quella tendenziale omogeneità di *rationes* e finalità che connota la l. n. 92/2012 e il d.lgs. n. 23/2015 si limita, appunto, alla scelta della monetizzazione, certamente accentuata nel recente provvedimento. Le due discipline presentano, invece, un significativo scarto sul versante processuale: e sarà proprio qui che potrebbe misurarsi la capacità di tenuta del nuovo regime sanzionatorio sul piano della compatibilità non solo con i principi costituzionali, ma anche con le norme sovranazionali.

È evidente, infatti, che la forfetizzazione dell'importo riconoscibile al lavoratore ingiustamente licenziato, nella misura in cui comprime il *quantum* del risarcimento (ancora una volta derogando, qui in termini monetari, al principio della *restitutio in integrum*), si giustifica, secondo una logica compensatoria[821], nel contesto di un processo che, a beneficio di tutte le parti in causa, sia destinato a risolversi in tempi ragionevolmente brevi: com'è appunto, almeno nelle intenzioni, il

---

[815] Analoghi rilievi in M. RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme*, cit., 194; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 246/2015, 5-6; e A. PERULLI, *Il contratto* cit., 31.

[816] Si rammenti, peraltro, che «"la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale" (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)»: così C. cost. 16 novembre 2011, n. 303.

[817] Sul tema v. tra i molti, su posizioni opposte, da un lato C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, *RIDL*, 2015, I, 395 ss., C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, e G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, entrambi in R. PESSI - C. PISANI - G. PROIA - A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, rispettivamente 42-43, e 71; dall'altro lato V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, *RIDL*, 2015, I, 131 ss., S. GIUBBONI, *Profili costituzionali* cit., 16 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* jobs act, *ADL*, 2015, 326-327.

[818] Del resto, da alcuni criticati, al contrario, per la loro eccessiva onerosità, quanto meno «nella fase iniziale del rapporto, quando l'incertezza circa la bontà della scelta della persona da parte dell'impresa è massima»: così P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, *http://www.pietroichino.it/?p=33918*.

[819] Un meccanismo tradizionalmente utilizzato nel contesto della legge sui licenziamenti individuali (art. 8, l. n. 604/1966), e poi sempre più impiegato: basti pensare al comma 5 dell'art. 32, l. n. 183/2010 e all'art. 18, come novellato dall'art. 1, co. 42, della legge Fornero.

[820] C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46, *FI*, 2000, I, 699.

[821] M. DE CRISTOFARO (e G. GIOIA), *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. CESTER, Cedam, 2013, 377 ss.

processo che si instaura con il cosiddetto "rito Fornero", ai sensi dell'art. 1, co. 48-68, l. n. 92/2012 (che comunque, già nella prima fase del primo grado di giudizio, sfocia in un provvedimento dotato di una certa "tenuta": art. 1, co. 50).

Ma ai licenziamenti disposti sulla base del d.lgs. n. 23/2015 quel rito non si applica (v. l'art. 11 del decreto)[822]. Perciò, al di fuori delle ipotesi maggiormente garantiste di cui all'art. 2, co. 2, la misura del risarcimento rischia di incappare negli strali della Corte costituzionale non perché, di per sé, esigua, ma perché suscettibile di diventare tale a causa delle lungaggini processuali, ormai non più mitigate dalla celerità del rito speciale introdotto dalla legge Fornero[823].

D'altra parte, è pur vero che, secondo un recente monito del Giudice delle leggi, «il processo è neutro rispetto alla tutela offerta»[824], ma è altrettanto vero che ciò è stato affermato in ordine a «presunte disparità di trattamento ricollegabili al momento del riconoscimento in giudizio del diritto del lavoratore»: tant'è che, nella vicenda decisa dalla Corte costituzionale in merito alla presunta incostituzionalità dell'art. 32, co. 5, 6 e 7, della l. n. 183/2010, il sospetto di violazione dell'art. 3 Cost., era sì stato sollevato in relazione alla «situazione del lavoratore il quale ottenga una sentenza favorevole in tempi brevi, possibilmente in primo grado, rispetto a quella di chi risulti vittorioso solo a notevole distanza di tempo (magari nei gradi successivi di giudizio)», ma sempre ipotizzando la possibilità di impiegare il medesimo rito processuale. Ciò che non accade, invece, nei giudizi in cui si discute dell'illegittimità del licenziamento di un lavoratore assunto con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, cui – come detto – non si applica il più celere "rito Fornero".

Sempre nell'ambito di una riflessione sinottica volta ad approfondire analogie e differenze tra la normativa esaminata e le leggi n. 183/2010 e n. 92/2012, in chiave di verifica dell'adeguatezza del risarcimento (che è garanzia imprescindibile non solo sul piano costituzionale, ma anche per espressa previsione delle fonti sovranazionali[825]), un possibile elemento di criticità può essere

[822] Né potrebbe applicarsi, se non in forza di espressa previsione (che ovviamente qui manca), trattandosi di rito pensato unicamente per «le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18» St. lav. (art. 1, co. 47, l. n. 92/2012), che è norma che non vale per i rapporti regolati dal d.lgs. n. 23/2015, se non nei ridotti limiti in cui esso viene richiamato (ad esempio, nell'art. 1, co. 3, e nell'art. 9, co. 1).

[823] Per uno spunto in tal senso v. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del D.Lgs. 24 dicembre 2014)*, *LG*, 2015, 117, e in *I decreti attuativi del* Jobs Act: *prima lettura e interpretazioni. Commentari agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, a cura di F. CARINCI - M. TIRABOSCHI, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2014, n. 37, University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT, 72, il quale rileva che «di per sé la tutela obbligatoria finisce per addossare sulle spalle del lavoratore ingiustamente licenziato tutto il costo del tempo richiesto dal processo»; ID., *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, *ibidem*, 16; nonché F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, *MGL*, 2015, 370; e anche V. FILÌ, *Tutela risarcitoria e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, in *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione nel* Jobs Act 2, a cura di E. GHERA - G. GAROFALO, Cacucci, 2015, 205.

[824] In tal senso v. espressamente C. cost. 16 novembre 2011, n. 303.

[825] Di «diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» parla espressamente l'art. 24 della Carta sociale europea. L'art. 10 della Convenzione OIL n. 158/1982 sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro immagina, come possibile alternativa alla reintegrazione in caso di licenziamento ingiustificato, «il versamento di un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata».
A delega ancora aperta, esprimeva perplessità circa la congruità delle sanzioni ipotizzate, per contrasto con l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei, L. ZOPPOLI, *Qualche nota di metodo per giuristi e legislatori con applicazione al contratto a tutele crescenti*, in Jobs Act *e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, a cura di M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - Collective Volumes* - 3/2014, 15-16. Critico circa la rispondenza del sistema sanzionatorio apprestato ai canoni di effettività e congruità dell'indennizzo rispetto al danno patito è A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel*

desunto paradossalmente proprio da quella decisione del Giudice delle leggi (la n. 303/2011) che ha salvato il trattamento forfetario previsto dall'art. 32, commi 5 e 6, del "Collegato lavoro" (considerato dal giudice *a quo* assorbente «l'intero pregiudizio subito dal lavoratore a causa dell'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, dal giorno dell'interruzione del rapporto fino al momento dell'effettiva riammissione in servizio»), sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, volta «a ritenere che il danno forfetizzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto»: sulla base, in altre parole, della constatazione che la tutela forte risiede qui nell'obbligo del datore di lavoro di riammettere in servizio il lavoratore, obbligo di cui la tutela economica forfetizzata rappresenta un corollario.

Peraltro nel caso di contratto a tutele crescenti, risolto con atto di recesso illegittimo, la forfetizzazione del risarcimento (fatte salve le ipotesi di cui agli artt. 2 e 3, co. 2) non è mai corroborata dal ripristino del rapporto (anzi, «il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento»: art. 3, co. 1, e art. 4, co. 1), ma si presenta come la forma di tutela esclusiva: il che, se da un lato contribuisce ad avvicinare notevolmente, sul piano qualitativo, la tutela offerta ai lavoratori delle piccole imprese assunti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 (che pure beneficiano solo della tutela risarcitoria forfetizzata, sia pure in misura ridotta[826]) a quella prevista

---

*contratto a tutele crescenti. Profili critici*, *RIDL*, 2015, I, 418-419; ID., *Il contratto* cit., 32. Sulla medesima linea si pongono, tra i molti, V. SPEZIALE, *Il contratto* cit., 139 ss., il quale ritiene che un giudizio di adeguatezza tra risarcimento e protezione contro il recesso possa essere formulato in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea, non rispetto all'art. 30 della Carta di Nizza, e ciò anche per l'impossibilità di far valere la violazione di questa norma dinanzi alla Corte di giustizia europea; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali* cit., 22; F. SANTONI, *Il campo di applicazione* cit., 375; M. CINELLI, *«Salute» e «occupazione» nell'attuale quadro normativo del* Jobs Act*: alcune considerazioni*, *RIDL*, 2015, I, 443; in forma più dubitativa, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* jobs act, *ADL*, 2015, 326-327. Non ravvisa, invece, problemi di compatibilità fra la tutela risarcitoria e i menzionati artt. 24 e 30 C. CELENTANO, *La tutela* cit., 408 ss.

[826] Creando anche qualche effetto che (secondo i paradigmi sino a oggi utilizzati, ispirati all'incremento della tutela conseguente all'aumento delle dimensioni aziendali) appare paradossale perché, lungi dall'essere crescente, è innegabilmente "recessivo". Si pensi, ad esempio, al lavoratore assunto, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, da un datore di lavoro che occupi più di quindici dipendenti, ma senza raggiungere la soglia dimensionale di cui all'art. 18 St. lav.: costui, in caso di vizi formali del licenziamento (mancanza della motivazione), potrà invocarne l'inefficacia (art. 2, co. 3, l. n. 604/1966) e ottenere il ripristino del rapporto di lavoro (data l'inidoneità del licenziamento ad incidere sulla continuità del rapporto, e fatta salva la possibilità, per il datore di lavoro, di reiterare il licenziamento stesso) e il risarcimento del danno da determinarsi secondo le regole in materia di inadempimento delle obbligazioni (Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508), oppure, in caso di vizi procedurali per violazione dell'art. 7 (e per effetto della tradizionale attrazione del licenziamento disciplinare viziato nell'area dell'ingiustificatezza: Cass., S.U., 26 aprile 1994, n. 3965 e n. 3966, *FI*, 1994, I, 1708 ss., nt. G. AMOROSO; in precedenza v.: Cass. 29 novembre 1988, n. 6447; Cass. 1 febbraio 1992, n. 1037), potrà invocare la tutela obbligatoria *ex* art. 8 (alternativa fra riassunzione e risarcimento del danno, secondo il sistema della l. n. 604 del 1966: Cass. 5 ottobre 2006, n. 21412; Cass. 27 agosto 2003, n. 12579) e così, se ha un'anzianità superiore ai venti anni, ottenere una maggiorazione dell'indennità risarcitoria fino a 14 mensilità; ma se il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, viene a integrare il requisito occupazionale di cui all'art. 18, co. 8 e 9, St. lav., posto che il licenziamento di quel lavoratore, anche se assunto precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del decreto in esame (e, quindi, è efficace perché il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del recesso), escluso il ripristino del rapporto, la misura massima dell'indennità spettante non potrà superare le 12 mensilità (e ciò in virtù del combinato disposto di cui all'art. 1, co. 3, e all'art. 4, d.lgs. n. 23/2015).
Dunque, come si può notare, alla crescita dimensionale del datore di lavoro non solo non corrisponde una parallela crescita delle tutele per i lavoratori, conseguente (com'era tradizione) alla conquistata applicazione dell'art. 18; al contrario, a quella crescita può accompagnarsi una riduzione delle tutele, derivante dalla perdita della maggior protezione garantita dalla l. n. 604/1966 (in termini, appunto, vuoi di ripristino del rapporto, vuoi di più elevato beneficio economico) e dall'applicazione generalizzata del d.lgs. n. 23/2015: e ciò – come si può ben vedere – in chiara controtendenza e contraddizione (forse anche sul piano costituzionale, per contrasto con il principio di ragionevolezza desumibile dall'art. 3 Cost.) non solo con il sistema di protezione quale esso è stato sin qui costruito, ma anche con la stessa impostazione di tale decreto, che, comunque, conferma la logica della distinzione fra grandi e piccole imprese

per i lavoratori neo-assunti presso le imprese che si collocano sopra la soglia dimensionale[827], dall'altro rappresenta una deviazione rispetto allo schema argomentativo che nel 2011 aveva indotto la Corte costituzionale a salvare la predeterminazione del risarcimento in caso di contratto a termine nullo.

Queste prime considerazioni introduttive conducono senza dubbio a rispondere affermativamente alla domanda circa l'astratta idoneità della nuova normativa a conseguire l'obiettivo di rendere maggiormente certo il costo del licenziamento. Questo, però, è l'effetto pressoché ineludibile che si ottiene ogniqualvolta si sterilizza o, comunque, si contiene la discrezionalità del giudice e, rompendo il connubio tra durata dell'inadempimento e misura del risarcimento, soprattutto si neutralizza la durata del processo, da un lato legando la misura del ristoro a un parametro certo perché insuscettibile di espandersi (tale è l'anzianità di servizio, che non è più incrementabile allorché si sia stabilito che il licenziamento, quand'anche illegittimo, risolve il rapporto di lavoro), e, dall'altro lato, apponendo tetti massimi al risarcimento, i quali impediscono che esso si estenda quantitativamente sino al momento in cui sarà effettivamente rimossa la lesione. Di contro, non può certo dirsi che quell'obiettivo verrà raggiunto nei casi in cui il risarcimento sia commisurato al periodo che intercorre tra il giorno del licenziamento e quello dell'effettiva reintegrazione (art. 2, co. 2, e art. 3, co. 2): anzi, a ben vedere, in questi casi il costo del licenziamento potrebbe essere più incerto rispetto al recente passato (e per tutti i lavoratori assunti sino al marzo del 2015, prima dell'arrivo del contratto a tutele crescenti) a causa della maggior lunghezza dei giudizi conseguente al venir meno di quell'argine[828] rappresentato (almeno teoricamente, ché la prassi non sempre ha rispettato la tempistica ipotizzata dalla legge) dalle scansioni temporali del "rito Fornero".

## 2. Il "nuovo" parametro di determinazione del risarcimento: l'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto».

Minimo comune denominatore in tutte le ipotesi risarcitorie previste dal d.lgs. n. 23/2015, e tratto caratterizzante della nuova disciplina (potenzialmente foriero di conseguenze in buona parte ancora tutte da approfondire), è l'individuazione di un "nuovo" e «più elastico»[829] parametro di determinazione del risarcimento, rappresentato dall'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto»[830], e distinto dall'«ultima retribuzione globale di fatto»

(art. 9), riconoscendo ai lavoratori delle seconde un *quantum* risarcitorio inferiore ai lavoratori delle prime (il che non si verifica, invece, per il lavoratore del nostro esempio, il quale, per poter continuare a beneficiare della più ampia tutela offertagli dalla l. n. 604/1966, avrà interesse a che il suo datore di lavoro rimanga piccolo).

[827] Sotto la soglia il ripristino del rapporto può aversi solo in caso di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale *ex* art. 2, non di licenziamento ingiustificato, stante l'inapplicabilità dell'art. 3, co. 2, disposta dall'art. 9, d.lgs. n. 23/2015.

[828] Magari solo psicologico, data l'ordinarietà dei termini, ma, comunque, da non trascurare, se almeno si vuole dare un senso al comma 68 dell'art. 1, l. n. 92/2012.

[829] Secondo la definizione di R. DE LUCA TAMAJO, *Art. 2 - Riassunzione o risarcimento del danno*, in *Legge 11 maggio 1990, n. 108 - Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO e D'ANTONA M., *NLCC*, 1991, 191, riferita al testo originario dell'art. 8, l. n. 604/1966.

[830] Questo parametro è stato, poi, inserito anche nel d.lgs. n. 81/2015 per le ipotesi in cui la condanna al risarcimento dei danni si aggiunge rispettivamente alla trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato (art. 28, co. 2) e, in presenza di una somministrazione irregolare, all'accoglimento della domanda di costituzione del rapporto con l'utilizzatore (art. 39, co. 2).

Lo schema di decreto legislativo contenente «Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della l. 10 dicembre 2014, n. 183», approvato dal Consiglio dei ministri il 24 dicembre 2014, utilizzava, invece, la nozione

di cui al novellato art. 18 St. lav. (che nel 2012 aveva sostituito il precedente parametro della «retribuzione globale di fatto» senza altri aggettivi[831]).

La vera novità, meritevole di qualche considerazione, è insita, però, più che nella diretta menzione del tfr (sotto questo profilo, infatti, potendo anche dirsi che il legislatore si è limitato a recuperare, aggiornandola, la versione originaria dell'art. 18, che, ai fini del calcolo del risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento inefficace o invalido, utilizzava la «mensilità di retribuzione, determinata secondo i criteri di cui all'art. 2121 del codice civile», cioè impiegava gli stessi criteri di computo dell'indennità di anzianità)[832], nell'indiretto effetto di trascinamento della relativa regolamentazione contenuta nell'art. 2120 c.c.[833], essendo evidentemente necessario

---

di «retribuzione globale di fatto» per la quantificazione del risarcimento in caso di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale (art. 2, co. 2), nonché di «ultima retribuzione globale di fatto» ai fini della determinazione dell'indennità risarcitoria prevista per il licenziamento ingiustificato (art. 3, co. 2) e dell'indennità dovuta in caso di licenziamento affetto da vizi formali e procedurali (art. 4).

[831] La novità apportata all'art. 18 dalla l. n. 108/1990 era stata salutata con favore da chi aveva ritenuto che la nozione di retribuzione globale di fatto fosse preferibile a quella di retribuzione presa a base di computo del tfr perché in tal modo si evitava la tensione fra modello legale e modello contrattuale di retribuzione: in questi termini M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di F. CARINCI, I, Jovene, 1991, 150; e, di contro, era stata criticata da chi ne aveva lamentato i «confini incerti» e i «contenuti sicuramente ambigui» (P. FERRARI, *Sulla nozione di retribuzione globale di fatto nella nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, *DL*, 1991, I, 169).

Oggi ritengono, invece, migliore la scelta del parametro della retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr: V. FILÌ, *Tutela risarcitoria e indennitaria* cit., 187 e 193; G. TREGLIA, *Il calcolo delle indennità*, in Jobs Act - *Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. CARINCI - A. TURSI, Giappichelli, 2015, 215; L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, cit., 109, il quale evidenzia il minor costo per il datore di lavoro e la maggior chiarezza della nozione (in quanto di fonte legislativa o contrattuale collettiva) rispetto a quella di retribuzione globale di fatto (*contra*, invece, F. SCARPELLI, *Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele*, *wikilabour.it*, 9; e L. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione in caso di licenziamento*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, cit., 159); C. CESTER, *Le tutele*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, V, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato* a cura di E. GRAGNOLI, Wolters Kluwer - Cedam, 2017, 1126, il quale parla di «un saldo tendenzialmente positivo per la retribuzione legata al trattamento di fine rapporto, in linea di massima di importo maggiore». Critico nei confronti della scelta adottata, proprio perché foriera di maggiori incertezze, è, invece, A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, *RIDL*, 2015, I, 233-234, cui *adde* F. AMENDOLA, *L'offerta di conciliazione preventiva*, in *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, a cura di G. FERRARO, cit., 166.

Non appare chiara la posizione di chi (M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 251/2015, 29-30) nega che vi sia differenza fra retribuzione come base di calcolo per il tfr e retribuzione globale di fatto perché la seconda viene spesso presa dalla giurisprudenza come base di calcolo della prima (o, meglio, perché le due nozioni sono usate come sinonimi, come ricorda M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, a cura di F. CARINCI - C. CESTER, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, n. 46, University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT, 121), e perché, *ex* art. 18 St. lav., la retribuzione globale di fatto costituisce da sempre la base di calcolo del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo e il legislatore delegato non può innovare sul punto «in difetto di principio direttivo» (ciò che dovrebbe allora far supporre un vizio di costituzionalità per eccesso di delega): infatti, il d.lgs. n. 23/2015 non è intervenuto sull'art. 18, e nulla esclude che fattispecie identiche siano sanzionate, in momenti diversi, prendendo come riferimento basi di computo differenti.

[832] Il testo originario dell'art. 18, a sua volta, era parzialmente modellato sul primigenio testo dell'ultimo comma dell'art. 8, l. n. 604/1966, che pure utilizzava il parametro rappresentato dall'ultima (mensilità di) retribuzione «presa a base della determinazione dell'indennità di anzianità».

Il comma 1 dell'art. 2121 c.c. recitava: «Le indennità di cui agli articoli 2118 e 2120 devono calcolarsi computando le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili e ai prodotti e ogni altro compenso di carattere continuativo, con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese».

[833] Il comma 3 dell'originario testo dell'art. 2120 c.c. non definiva l'indennità di anzianità, ma stabiliva che il relativo ammontare fosse «determinato dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità, in base all'ultima retribuzione ed in relazione alla categoria alla quale appartiene il prestatore di lavoro».

verificare quanto di quella norma è importabile nel contesto di una disciplina volta a sanzionare l'illegittima risoluzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Peraltro, prima di affrontare questa problematica è opportuno richiamare alcuni principi consolidati, utili innanzitutto al fine di cogliere le possibili conseguenze della scelta legislativa di introdurre un nuovo parametro di determinazione del risarcimento.

Com'è noto, la «retribuzione globale di fatto» è una nozione molto ampia, che comprende anche ogni elemento accessorio[834] a carattere continuativo[835] che si ricolleghi alle particolari modalità della prestazione in atto al momento del licenziamento (con esclusione dei soli compensi aventi natura indennitaria o di rimborso spese[836], e, comunque, eventuali, occasionali o eccezionali[837]), e che (nella formulazione dell'art. 18 St. lav. anteriore alla novella apportata dalla legge Fornero) teneva conto di incrementi e automatismi retributivi successivi al licenziamento perché non conteneva la limitazione temporale insita nell'aggettivo «ultima» (già presente, invece, nell'art. 8, l. n. 604/1966 e introdotto nell'art. 18, appunto, solo dopo la modifica del 2012); essa corrisponde tendenzialmente alla retribuzione dovuta in virtù del rapporto di lavoro, cioè deve essere commisurata alla retribuzione che il lavoratore avrebbe percepito se avesse lavorato, ad eccezione di quei compensi legati non già all'effettiva presenza in servizio, ma solo eventuali e dei quali non vi è prova della percezione, nonché di quelli legati a particolari modalità di svolgimento della prestazione e aventi normalmente carattere occasionale o eccezionale o indennitario[838].

Per quanto riguarda la base di computo del tfr, che qui viene principalmente in evidenza, essa è determinata dall'art. 2120, co. 2, c.c., secondo cui, «salvo diversa previsione dei contratti collettivi la retribuzione annua, ai fini del comma precedente [cioè, appunto, ai fini del calcolo del tfr], comprende tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese».

Se, dunque, nella versione dell'art. 18 St. lav. e dell'art. 8, l. n. 604/1966 successiva alle modifiche operate rispettivamente dagli artt. 1 e 2, co. 3, l. n. 108/1990, il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo utilizzava, come unità di misura, la «retribuzione globale di fatto», tradizionalmente intesa come media dei compensi percepiti dal lavoratore nell'ultimo periodo precedente il licenziamento[839], il rinvio al diverso parametro indicato dal d.lgs. n. 23/2015 (e poi anche

---

[834] V., però, Cass. 23 ottobre 2000, n. 13953, secondo cui, «ancorché nell'ipotesi di annullamento del licenziamento illegittimo ai sensi dell'art. 18 della l. n. 300 del 1970 la ricostituzione *de iure* del rapporto di lavoro comporti l'equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavorative del prestatore alla loro effettiva utilizzazione, la garanzia retributiva connessa alla continuità giuridica del rapporto stesso va riferita esclusivamente alla normale retribuzione da collegare al contenuto professionale delle mansioni e non comprende, invece, eventuali ulteriori compensi la cui corresponsione presupponga l'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa».

[835] Quindi anche la tredicesima e la quattordicesima mensilità: da ultimo v., ad esempio, Cass. 12 giugno 2012, n. 9575.

[836] Giurisprudenza consolidata: v., da ultimo, Cass. 4 ottobre 2011, n. 20266.

[837] Giurisprudenza costante: v., ad esempio, Cass. 5 giugno 2015, n. 11691.

[838] Cass. 29 gennaio 2007, n. 1833, *LG*, 2007, 1029; Cass. 17 luglio 2015, n. 15066.

[839] Cass. 1 febbraio 2003, n. 1520; Cass. 13 luglio 2000, n. 9307, *MGL*, 2001, 63, nt. M. PAPALEONI (riguardante un'ipotesi in cui il giudice di merito aveva valorizzato le retribuzioni risultanti dalle buste paga prodotte, relative agli ultimi quattro mesi prima del licenziamento, nel corso dei quali erano stati prestati orari complessivi molto differenziati); A. Torino 29 novembre 2001, *RCDL*, 2002, 197 (in una particolare vicenda in cui a un primo licenziamento, dichiarato inefficace, ne era seguito un secondo, intervenuto dopo il fallimento del datore di lavoro, la Corte torinese ha commisurato il risarcimento dei danni alla retribuzione globale di fatto maturata dal

dal d.lgs. n. 81/2015) trascina evidentemente con sé la disciplina di cui all'art. 2120 c.c., da ritenersi applicabile ora anche in quel differente contesto[840], e soprattutto legittima pacificamente la difformità del costo del licenziamento illegittimo in funzione del diverso contratto collettivo applicato: il che, però, non deve sorprendere, posto che al contratto collettivo compete il governo della retribuzione (e quindi, in senso lato, del parametro risarcitorio / indennitario) qualunque sia la retribuzione di riferimento (sia essa, cioè, quella globale di fatto o quella utilizzata per il calcolo del tfr); e, d'altra parte, è sempre alla retribuzione contrattuale (cioè, contrattualmente dovuta) che la giurisprudenza di legittimità si riferisce quando interpreta il concetto di retribuzione globale di fatto (includendovi la retribuzione base e le varie indennità, pur sempre di fonte legale o contrattuale), sicché non è dato comprendere come possa ritenersi una novità (per di più biasimevole[841]) la circostanza che la tutela economica del licenziamento illegittimo sia «"incerta" e variabile in ragione del contratto collettivo applicato», quando quella tutela, ove fondata su un parametro retributivo (qualunque esso sia), è per sua natura (e non solo a partire dal d.lgs. n. 23/2015, ma anche in precedenza) legata al contratto collettivo di riferimento.

Secondo la tradizionale elaborazione sviluppata in sede dottrinale e giurisprudenziale, si prenderà, perciò, come riferimento non la retribuzione effettivamente corrisposta, ma quella maturata ed esigibile, alla stregua del criterio di competenza e non di cassa, e utilizzando il principio di onnicomprensività[842]. Quanto alla non occasionalità del titolo della dazione, l'emolumento andrà computato non in forza della frequenza o della periodicità dell'erogazione, ma sulla base della ragione che giustifica il compenso (il «titolo», appunto), dovendosi, quindi, escludere dalla base di calcolo le corresponsioni che non dipendono causalmente dal rapporto di lavoro[843], cioè che non sono legate a esso da una relazione di causalità diretta (l'occasionalità esprime, infatti, un nesso di causalità meramente indiretto)[844]. Per ciò che riguarda, poi, i compensi da computare o no nella base di calcolo del tfr quale unità di misura del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, sarà evidentemente utilizzabile l'ampia casistica giurisprudenziale elaborata ormai in più di un trentennio.

Sintetizzate nei suddetti termini le due nozioni, ai primi commentatori è parso che «la differenza tra i due istituti, che giustifica l'utilizzo di un diverso criterio da parte del legislatore», consista in ciò: che «la retribuzione globale di fatto è, come dice il termine, un elemento di fatto, cioè

---

dipendente dal momento del licenziamento fino al momento in cui possa presuntivamente considerarsi cessato lo stato di disoccupazione, periodo nella specie parametrato a un anno).
La determinazione della media delle retribuzioni costituisce un accertamento che deve essere compiuto dal giudice del merito e che non può essere sindacato in sede di legittimità, se non (almeno prima della novella dell'art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c.) per difetto di motivazione.

[840] Ciò vale anche per le piccole imprese, per le quali il parametro di cui all'art. 8, l. n. 604/1966 («ultima retribuzione globale di fatto») viene ormai scalzato, per gli assunti con contratto a tutele crescenti, in forza dei rinvii operati dall'art. 9, co. 1, d.lgs. n. 23/2015.

[841] In tal senso L. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione* cit., 161.

[842] Cass. 1 ottobre 2012, n. 16636, *RCDL*, 2012, 1035.

[843] A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1984, 57.

[844] Giurisprudenza costante e pacifica, sintetizzabile nell'assunto (esemplificativamente desumibile, tra le molte e da ultimo, da Cass. 4 marzo 2016, n. 4286) secondo cui i compensi vanno esclusi dal calcolo solo in quanto sporadici e occasionali, per tali dovendosi intendere solo quelli collegati a ragioni aziendali del tutto imprevedibili e fortuite, mentre devono essere computati gli emolumenti riferiti ad eventi collegati al rapporto lavorativo o connessi alla particolare organizzazione del lavoro. In passato v. già Cass. 24 febbraio 1993, n. 2254, e ivi la lettura del concetto di "non occasionalità" non come «frequenza dell'erogazione», ma come «omogeneità del relativo titolo rispetto al normale svolgimento del rapporto di lavoro», con conseguente inclusione anche di indennità non continuative, purché non occasionali.

comprende ogni elemento retributivo non continuativo che in concreto il datore di lavoro abbia versato al lavoratore a prescindere dalla qualificazione giuridica data dalle parti; non così il concetto di retribuzione ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, considerato che l'art. 2120, co. 2, fa salva ogni previsione contenuta nei contratti, così che le parti sociali potranno stabilire quali elementi retributivi inserire o meno nel calcolo del trattamento di fine rapporto (e adesso anche dell'indennità risarcitoria)»[845].

E, in effetti, la salvezza di diverse previsioni dei contratti collettivi in ordine alla determinazione della retribuzione da utilizzare come base di calcolo per il tfr[846] è – per le ragioni che si diranno – l'aspetto veramente peculiare, che, una volta importato nel campo della determinazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, può comportare effetti forse imprevisti.

Com'è noto, ai sensi del co. 2 dell'art. 2120 c.c., quella salvezza è sempre stata intesa quale possibilità per la contrattazione collettiva di qualunque livello (quindi, anche aziendale) di derogare, in senso sia migliorativo che peggiorativo[847], al principio di onnicomprensività cui si ispira la norma: ciò a patto che la deroga risulti in modo chiaro e non equivoco, cioè sia frutto di una volontà espressa (non essendo sufficiente la mera quantificazione di un elemento in termini tali da essere escluso dalla base di calcolo), e sia stabilita da contratti collettivi successivi all'entrata in vigore della riforma del 1982.

Appare, dunque, evidente che l'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», nel momento in cui viene impiegata quale parametro di commisurazione del risarcimento da licenziamento illegittimo, trascina con sé non solo i propri criteri identificativi che ne consentono la determinazione, ma (ancor più se si condivide il carattere dinamico del rinvio alla nozione *de qua*) conseguentemente anche i meccanismi di deroga eventualmente introdotti dalla contrattazione collettiva in virtù dell'*incipit* di cui al co. 2 dell'art. 2120.

### 3. Il rapporto tra le ipotesi risarcitorie previste dal d.lgs. n. 23/2015 e il meccanismo derogatorio di cui all'art. 8, co. 2, lett. c, d.l. n. 138/2011.

Vi è, però, un problema di cui è doveroso farsi carico: infatti, la deroga (che qui interessa ovviamente soprattutto nella sua veste peggiorativa) ai criteri di determinazione del risarcimento in caso di licenziamento illegittimo (indotta, quale effetto di rimbalzo, dal rinvio ai meccanismi di computo della retribuzione utile ai fini del calcolo del tfr), in realtà, non è una novità, ma era già ricavabile dalla previsione di cui all'art. 8, co. 2, lett. c, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148), che abilita i «contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più

[845] G. MIMMO, *La disciplina* cit., 12-13, il quale osserva che «un contratto potrebbe escludere dalla base di calcolo, per esempio, il c.d. superminimo, ovvero la quattordicesima mensilità, emolumenti che invece in ogni caso concorrerebbero a formare la retribuzione globale di fatto»; negli stessi termini M. LAVINIA BUCONI, *Tutele crescenti: il sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi secondo il D.Lgs. n. 23/2015*, *LG*, 2015, 996.

[846] Per l'orientamento ministeriale in materia v. la risposta a interpello del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali n. 43/2008 del 3 ottobre 2008.

[847] Cioè includendo elementi non computabili sulla base della nozione onnicomprensiva di cui all'art. 2120, co. 2, c.c., o escludendo elementi riconducibili a quella nozione: ad esempio, la contrattazione collettiva tende spesso a escludere voci quali le maggiorazioni per lavoro straordinario o festivo oppure le mensilità aggiuntive.
In giurisprudenza, ad esempio, v.: Cass. 19 dicembre 1986, n. 7755; Cass. 2 settembre 2008, n. 22060 (secondo cui l'art. 2120 c.c. consente alla contrattazione collettiva di considerare ai fini del tfr determinati tassativi emolumenti e non più tutte le somme corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non occasionale).

rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011», a realizzare «specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali», che possono riguardare «la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento», tra l'altro, alle «conseguenze del recesso del rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento»[848].

È allora evidente che la novità indotta dall'applicazione dell'art. 2120, quale effetto dell'utilizzo di quel particolare parametro di determinazione della retribuzione, rischia di entrare in collisione con le previsioni di cui al menzionato art. 8 e obbliga innanzitutto a chiedersi se, nelle ipotesi di rapporti di lavoro instaurati con contratto a tutele crescenti, dato il diverso strumento utilizzabile in funzione derogatoria (qualunque contratto collettivo, *ex* art. 2120, co. 2, c.c.; solo le intese siglate a certe condizioni, sulla base di determinati contratti collettivi, *ex* art. 8), le conseguenze del licenziamento possano essere derogate esclusivamente ai sensi dell'art. 8 o anche in virtù dell'art. 2120, co. 2: il che – come ben si comprende – non significa unicamente individuare lo strumento abilitato alla deroga (l'art. 8, ad esempio, non menziona la contrattazione collettiva nazionale), ma anche interrogarsi circa l'ammissibilità di una deroga peggiorativa (o anche, evidentemente, migliorativa) "tacita", cioè collegata alla sola scelta di modificare i criteri di computo della retribuzione utilizzabile per il calcolo del tfr, e non anche alla volontà espressa di incidere sul *quantum* del risarcimento nelle ipotesi di licenziamento illegittimo[849] (come verosimilmente accadrebbe, invece, nel caso di utilizzo delle intese di cui all'art. 8).

Ritengo che la risposta debba essere affermativa e che dunque, in presenza di un contratto a tutele crescenti, il meccanismo derogatorio di cui all'art. 8 debba considerarsi superato[850] per effetto del rinvio al criterio dell'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» e, conseguentemente, alla norma che quel criterio disciplina: ciò per varie ragioni.

In primo luogo, non ravviso motivi né testuali, né sistematici per sostenere il contrario: è pur vero, infatti, che quanto ora affermato determinerebbe una sorta di doppio binario (peraltro, con il tempo, destinato a esaurirsi) tra rapporti di lavoro "ordinari" (in cui, essendo l'«ultima retribuzione globale di fatto» il parametro di determinazione del risarcimento, la deroga potrebbe essere disposta evidentemente solo dalle intese *ex* art. 8) e rapporti di lavoro sorti con contratto a tutele crescenti (in cui qualunque contratto collettivo avrebbe voce in capitolo); ma è altrettanto vero che questa difformità (che, comunque, conseguirebbe non alla semplice scelta legislativa,

[848] Peraltro la Relazione svolta dal presidente della Commissione Lavoro del Senato Maurizio Sacconi nella seduta del 15 gennaio 2015 sullo schema di decreto sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, presentato dal Governo alle Camere, per il parere consultivo delle Commissioni competenti, il 13 gennaio (AG 134) evidenzia il «diffuso, anche se non sempre esplicito, impiego [dell'art. 8] nelle relazioni industriali locali per gli altri contenuti ma non per quanto riguarda l'art.18».

[849] Nonché di violazione della normativa in tema di apposizione del termine o di somministrazione irregolare.

[850] Ma sul significato di questo "superamento" v. *infra*.

ma alla volontà delle parti sociali, tradottasi concretamente in una deroga peggiorativa o migliorativa rispetto alla nozione codicistica di retribuzione di cui all'art. 2120, co. 2, c.c.) non sarebbe, in fondo, che uno dei tanti punti di differenziazione (e nemmeno il principale) tra le due discipline in ordine alle conseguenze del licenziamento illegittimo.

In secondo luogo, non potrebbe nemmeno sostenersi che il legislatore fosse inconsapevole quando, utilizzando il nuovo parametro di determinazione del risarcimento, di fatto ha implicitamente richiamato l'art. 2120 c.c.: il concetto di «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» ha il suo *habitat* naturale in quella norma e sarebbe incongruo immaginare che a quella norma (e al portato giurisprudenziale e dottrinale su di essa costruito) ci si debba riferire per costruire la nozione retributiva *de qua*, ma non per immaginare deroghe che quella stessa disposizione consente tramite il rinvio alla contrattazione collettiva.

In terzo luogo, è da rilevarsi che nulla impedisce che, in sede di contrattazione collettiva, si possa precisare che alcune eliminazioni (o inclusioni) di determinati emolumenti valgono solo ai fini della determinazione della retribuzione da utilizzare per il calcolo del tfr, e non anche per il calcolo del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo (trattandosi, in fondo, della stessa operazione che l'autonomia collettiva compie quando esclude un determinato compenso dalla base di calcolo di istituti di retribuzione indiretta[851]): il che – come può ben comprendersi – significa che, nel caso dell'eliminazione di qualche voce (e, quindi, di compressione della base di calcolo retributiva), la norma può risultare, in realtà, meno negativa di quel che appare in prima battuta (purché ovviamente le parti sociali abbiano avuto l'accortezza di precisarlo nel contratto collettivo, limitando gli effetti insiti nella scelta normativa di utilizzare il concetto di «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» e specificando, ad esempio, che di un certo emolumento non si dovrà tener conto ai fini del tfr, mentre si dovrà tener conto sul piano risarcitorio).

A questo proposito, infatti, è bene precisare che l'automatismo che deriva da quella scelta significa che non è necessario che il contratto collettivo dica espressamente (e nemmeno – si potrebbe aggiungere – che sia consapevole) che l'esclusione di un emolumento dalla base retributiva ai fini del calcolo del tfr produrrà effetti anche sulla quantificazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo: questo sarà, appunto, un effetto automatico che deriva dal rinvio operato dalle norme del d.lgs. n. 23/2015 alla nozione di «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» (e conseguentemente alla norma che quella retribuzione disciplina, cioè all'art. 2120, co. 2, c.c.) e dalla salvezza della eventuale diversa previsione della contrattazione collettiva, ammessa dall'*incipit* di quella norma[852].

Proprio per questo motivo, però, deve ritenersi che quell'automatismo possa valere solo per le disposizioni in tema di tfr contenute nei contratti collettivi stipulati successivamente all'entrata

[851] Tra le molte v.: Cass. 3 novembre 2000, n. 14395; Cass. 23 luglio 1998, n. 7251, *NGL*, 1999, 48; Cass. 13 maggio 1998, n. 4836, *DL*, 1998, II, 512, nt. M. MOCELLA; Cass. 25 maggio 1991, n. 5942; Cass. 23 maggio 1990, n. 4635.

[852] In altre parole, l'automatismo insito nel descritto meccanismo di rinvio, per effetto della clausola di salvezza della contrattazione collettiva di cui all'art. 2120, co. 2, realizza il medesimo risultato derogatorio prodotto dalle intese di cui all'art. 8 in virtù di quanto previsto dal co. 2-*bis* della stessa norma.

in vigore del d.lgs. n. 23/2015[853], non per i contratti collettivi previgenti[854], e ciò in linea con quanto sostenuto in passato dalla dottrina[855] e dalla giurisprudenza a proposito delle deroghe stabilite dalla contrattazione collettiva a cavallo della riforma del 1982[856].

Una ragione mi pare decisiva in proposito: premesso che le deroghe attuali operano generalmente nel senso dell'esclusione di determinate voci (solitamente alcune maggiorazioni, ad esempio per lavoro straordinario o festivo) dalla retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr, e che, dunque, perseguono il fine di alleggerire il costo del lavoro (producendo un effetto favorevole per il datore di lavoro), risulterebbe distorsivo rispetto all'originaria intenzione delle parti sociali, e pure distonico rispetto al componimento di interessi da esse perseguito e realizzato in sede di contrattazione collettiva, un utilizzo non più circoscritto, ma allargato del prodotto di quella contrattazione, che andasse, cioè, retroattivamente al di là della finalità originaria, e ciò non a seguito di una rimeditazione dell'equilibrio dei contrapposti interessi (costruito evidentemente in relazione non solo alla singola clausola contrattuale, ma anche al testo negoziato nel suo complesso), bensì a causa dell'automatico recepimento delle conseguenze del rinvio tacitamente operato dal d.lgs. n. 23/2015 all'art. 2120 c.c. (e conseguentemente dell'ulteriore rinvio alla contrattazione collettiva) in un contesto (il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo) del tutto diverso da quello preso in considerazione dalle parti al momento della conclusione dell'accordo (l'individuazione della retribuzione ai fini del calcolo del tfr).

---

[853] E, per i casi di violazione della normativa in tema di apposizione del termine o di somministrazione irregolare, del d.lgs. n. 81/2015.

[854] In senso contrario: P. SORDI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, a cura di G. ZILIO GRANDI - M. BIASI, cit., 204-205; M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze* cit., 123-124, la quale, pur consapevole delle criticità derivanti dall'applicazione dei contratti collettivi antecedenti al d.lgs. n. 23/2015, ritiene insuperabile l'argomento fondato sulla unicità della base di calcolo del tfr: argomento che, però, non mi pare decisivo perché, secondo una lettura teleologica, di base di calcolo "unica" ha senso parlare quando essa viene impiegata per un unico scopo (perché unica è la destinazione che da essa viene servita), non quando se ne prevede l'utilizzo per finalità diverse da quelle per le quali è stata originariamente pensata. C. CESTER, *Le tutele*, cit., 1128, nt. 978, ritiene che la rilevanza dei contratti collettivi pregressi possa essere esclusa «solo applicando i principi (peraltro non del tutto affidabili) della presupposizione».

[855] A. VALLEBONA, *Il trattamento* cit., 152-153, in linea con l'opinione di R. DE LUCA TAMAJO, *Le nuove liquidazioni: inquadramento sistematico e difficoltà applicative*, *Contr*, 1982, n. 5, 14.

[856] V. Cass. 18 gennaio 1991, n. 431; Cass. 4 maggio 1994, n. 4301; Cass. 13 aprile 1994, n. 3447 (in motivazione v. ulteriori richiami giurisprudenziali); Cass. 24 dicembre 1997, n. 13043 e Cass. 24 ottobre 2012, n. 18207 (le quali precisano altresì che, ove i contratti successivi si richiamino a contratti collettivi previgenti che prevedevano detta deroga, è necessario che le clausole siano riformulate con l'espressa menzione della conoscenza della loro preesistente nullità); Cass. 13 gennaio 2010, n. 365, secondo cui ai fini del calcolo del tfr i criteri di quantificazione della retribuzione annua fissati dall'art. 2120 c.c. «possono essere derogati solo dalla normativa collettiva intervenuta successivamente all'entrata in vigore della norma di legge», rilevando che «tale deroga non può essere effettuata mediante il richiamo a norme pattizie previgenti» perché «la reviviscenza di dette clausole contrattuali nulle [nulle, ovviamente, *ex* art. 4, l. n. 297/1982] può derivare (come già sostenuto da Cass. 24 giugno 1995, n. 7185) solo da una «manifestazione di volontà delle parti contraenti che evidenzi una previsione diversa, rispetto a quella legale, circa il criterio specifico per l'individuazione della base di computo del trattamento di fine rapporto» (ad esempio, Cass. 5 maggio 2000, n. 5624 richiede la riformulazione delle clausole derogatorie di contratti previgenti con l'esplicita menzione della conoscenza della preesistente nullità).
Del resto, anche la deroga al principio della onnicomprensività della retribuzione agli effetti della determinazione del tfr, operata dalla contrattazione collettiva, seppur può risultare da «modalità indirette», cioè senza l'utilizzazione di formule speciali o espressamente derogatorie (Cass. 13 gennaio 2010, n. 365; sul punto *contra*, però, Cass. 6 febbraio 2008, n. 2781, in adesione a Cass. 18 settembre 2007, n. 19350), necessita comunque di una «volontà chiara» e univoca, in quanto le relazioni sindacali, così come i rapporti negoziali, devono ispirarsi al rispetto del principio di correttezza e buona fede: Cass. 23 marzo 2012, n. 4708; Cass. 27 dicembre 2011, n. 28881, *RCDL*, 2012, 245; Cass. 15 marzo 2010, n. 6204; Cass. 30 agosto 2007, n. 18289; Cass. 5 novembre 2003, n. 16618; Cass. 8 gennaio 2003, n. 96, *NGL*, 2003, 389; Cass. 23 marzo 2001, n. 4251.

In altre parole, si vuol dire che se, in un contratto collettivo sottoscritto prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015[857], le parti sociali hanno eliminato una certa voce dalla retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr, così intendendo evidentemente agevolare il datore di lavoro sul versante del costo del lavoro, non si può utilizzare quell'esclusione per esportare automaticamente quel *benefit* anche sul fronte del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo perché in questo modo si determinerebbe una penalizzazione per il lavoratore, di cui le parti non avevano tenuto conto al momento della stipulazione dell'originaria pattuizione collettiva[858]. E naturalmente ad analoga conclusione deve giungersi anche nel caso in cui il contratto collettivo includa determinate voci nella retribuzione da utilizzare ai fini del calcolo del tfr: anche qui, cioè, l'automatismo (in questa ipotesi, a beneficio del lavoratore) potrà valere solo per i contratti collettivi successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 (o del d.lgs. n. 81/2015), non per quelli precedenti (e ciò nonostante la possibile suggestione indotta dall'art. 12, l. n. 604/1966, che – com'è noto – fa «salve le disposizioni di contratti collettivi e accordi sindacali che contengano, per la materia disciplinata dalla presente legge, condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro», essendo evidente che in quel contesto la clausola di salvezza delle più favorevoli previsioni contrattuali collettive pregresse si giustifica proprio in virtù dell'espressa previsione legislativa, è, comunque, circoscritta alla materia oggetto della l. n. 604/1966[859], ed è spiegabile, appunto in quell'ambito, alla luce della specificità del contenuto delle clausole collettive salvate, riguardanti proprio la materia dei licenziamenti).

Né mi pare che alla soluzione proposta possa opporsi il diverso contesto rappresentato dalla l. n. 297/1982, che si caratterizza per la presenza di specifiche disposizioni transitorie (si pensi ai commi 11 e 12 dell'art. 4) volte a governare il transito alla disciplina del tfr con il meccanismo della sostituzione di diritto delle clausole dei contratti collettivi che regolano la materia (disposizioni assenti, invece, nei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act* che qui rilevano), posto che la *ratio* della resistenza a un utilizzo dinamico della contrattazione collettiva pregressa, quasi "allora per ora" (difficilmente sostenibile, in virtù del co. 1 dell'art. 1362 c.c., pena l'artificioso rimpinguamento della comune intenzione delle parti), è identica in entrambe le ipotesi (trattandosi di evitare, all'epoca, la inconsapevole «riduzione della liquidazione del tfr in virtù di mero richiamo a contratti collettivi precedenti»[860], e oggi la altrettanto inconsapevole modifica dei parametri risarcitori).

Ciò precisato, la nuova normativa suggerisce ancora qualche altra considerazione.

Si è detto in precedenza che, a fronte di un contratto a tutele crescenti, il meccanismo derogatorio di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011 deve intendersi superato per effetto del rinvio al criterio dell'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» e, quindi,

[857] Analogo discorso vale, per i profili ivi previsti, con riferimento ai contratti collettivi anteriori all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015.

[858] In questi termini anche A. GARILLI, *Nuova disciplina* cit., 232, pur nel contesto di una lettura della norma che pare auspicare che il rinvio alla retribuzione utile per il calcolo del tfr debba intendersi riferito esclusivamente alla nozione legale e non a quella contrattuale; manifesta dubbi circa la nozione di retribuzione di riferimento (se, cioè, legale o contrattuale) F. AMENDOLA, *L'offerta* cit., 166.

[859] Sì che una sua applicazione anche ai lavoratori dipendenti da datori di lavoro che impiegano più di 15 dipendenti dovrebbe passare per un'ardua estensione analogica *in bonam partem*.

[860] Solitamente si trattava di ipotesi in cui le cui clausole, che pur avrebbero consentito deroghe al principio dell'onnicomprensività, non erano state applicate nella vigenza della preesistente disciplina perché nulle, ma potevano risultare applicabili con la nuova disciplina in conseguenza della prevista derogabilità di quel principio.

all'art. 2120 c.c.: ora, è bene precisare che quel superamento deve essere inteso nel senso di ammettere una diversa quantificazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo come semplice conseguenza automatica della scelta, adottata in sede collettiva, di determinare in un certo modo la retribuzione utilizzabile ai fini del calcolo del tfr (senza, cioè, che sia necessario ricorrere obbligatoriamente alle intese di cui all'art. 8), non nel senso di escludere aprioristicamente la possibilità di utilizzare le intese *ex* art. 8 in caso di contratto a tutele crescenti[861], cioè di far tornare in gioco quel particolare meccanismo con l'assenso delle parti sociali; d'altra parte, esse possono avere interesse a utilizzare, comunque, la strumentazione offerta dall'art. 8 perché le intese ivi previste hanno efficacia *erga omnes*, a differenza della contrattazione collettiva *ex* art. 2120, co. 2, il cui ambito di applicazione è disciplinato, invece, in base alle tradizionali regole di determinazione dell'efficacia soggettiva delle fonti collettive.

A ciò si aggiunga che la scelta di sterilizzare l'automatismo indotto dalla salvezza delle eventuali previsioni derogatorie della contrattazione collettiva, legittimate dall'art. 2120, co. 2, c.c., potrebbe essere giustificata anche da un ulteriore rilievo[862]: dalla constatazione, cioè, che, con specifico riferimento alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, le intese derogatorie *ex* art. 8 incontrano, comunque, dei limiti in caso di licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, di licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, di licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore, e di licenziamento in caso di adozione o affidamento (limiti che, nel caso di specie, dovrebbero implicare evidentemente anche l'impossibilità di derogare peggiorativamente ai criteri di quantificazione del danno da licenziamento illegittimo, individuando, per via contrattuale collettiva, una base di calcolo retributiva diversa, e inferiore, rispetto a quella desumibile dalla norma codicistica). Di contro, nulla impedirebbe ai contratti collettivi abilitati alla deroga *ex* art. 2120, co. 2, di stabilire un differente criterio di individuazione dell'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» (e, quindi, per effetto del descritto automatismo, di determinazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo), che, se generalizzato, varrebbe anche nelle suddette ipotesi di licenziamento. Perciò, ferma restando naturalmente la possibilità di concordare l'introduzione di quelle limitazioni in qualunque sede contrattuale collettiva (anche estranea alle intese), l'utilizzo dell'art. 8 potrebbe rispondere semplicemente alla volontà di garantire la preservazione di quelle eccezioni.

Va da sé che, in ogni caso, se delle conseguenze economiche del licenziamento si occupassero tanto le intese derogatorie *ex* art. 8, quanto una qualche fonte collettiva *ex* art. 2120, co. 2 (quest'ultima anche indirettamente, cioè semplicemente mediante l'introduzione di una diversa modalità di determinazione della retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr), le previsioni contenute nelle intese prevarrebbero in virtù di quanto disposto dal comma 2-*bis* dell'art. 8,

---

[861] Sull'attuale sopravvivenza dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, peraltro sotto diversi profili, v. G. SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 254/2015, 15 ss.

[862] Contrariamente all'opinione espressa da M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze* cit., 124 (cui aderisce P. SORDI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 205), ritengo, perciò, che nulla impedisca alla contrattazione collettiva (non solo *ex* art. 8, co. 2, lett. c, d.l. n. 138/2011: così invece, cautamente, M.G. MATTAROLO, *op. ult. cit.*, 125 e 131, e C. CESTER, *Le tutele*, cit., 1128) di elaborare una nozione di tfr specificamente utilizzabile ai soli fini della determinazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, da violazione della normativa in tema di contratto a termine o da somministrazione irregolare: o, meglio, di prevedere che determinate voci dovranno essere escluse dalla (o incluse nella) sola nozione di tfr da impiegare ai sensi delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 23/2015 e/o al d.lgs. n. 81/2015.

secondo cui, «fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro».

La scelta del nuovo parametro di determinazione del risarcimento, con il conseguente implicito richiamo dell'art. 2120, consente, poi, anche di semplificare il quadro e di ricomporre la distinzione che una parte della dottrina ha elaborato in relazione all'art. 8, teorizzando che le intese derogatorie possano riguardare soltanto le conseguenze del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo[863], e non anche per ragioni soggettive. È evidente, infatti, che la deroga al parametro risarcitorio ricavabile mediante il rinvio all'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», attuata dalla contrattazione collettiva *ex* art. 2120, non essendo in alcun modo influenzata *a priori* dalla motivazione del recesso, può certamente valere anche per il licenziamento disciplinare, ferma restando naturalmente la possibilità per le parti sociali di derogare in maniera diversificata quel parametro a seconda delle diverse tipologie di licenziamento.

## 4. Il problema dell'individuazione dell'«ultima retribuzione».

Una riflessione finale, anch'essa trasversale a tutte le ipotesi di illegittimità del licenziamento, deve essere dedicata all'individuazione dell'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», che, previa mensilizzazione, funge poi da unità di misura del risarcimento.

In proposito è evidente che la scelta legislativa, in quanto omogenea rispetto sia all'art. 8, l. n. 604/1966 che all'art. 18 St. lav. (nel testo successivo alle modifiche del 2012), deve essere intesa innanzitutto nel senso di escludere la cosiddetta retribuzione *in progress*[864], cioè la possibilità di tener conto delle variazioni della retribuzione successive al licenziamento [865] : si tratta

---

[863] Cioè il licenziamento intimato «per quelle stesse ragioni inerenti l'organizzazione e la produzione cui il comma 2 dell'art. 8 si riferisce, a loro volta riconducibili o alle "ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa" di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966, ovvero, ai casi di "riduzione o trasformazione di attività o lavoro" (art. 24 della l. n. 223/1991)»: così C. CESTER, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, in *Contrattazione in deroga - Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, a cura di F. CARINCI, Milano, 2012, 409-410.

[864] Per la necessità di determinare la retribuzione globale di fatto solo con riferimento al periodo intercorrente dalla data del licenziamento sino a quello della reintegrazione per opera dell'accertamento del giudice, e l'impossibilità di commisurare il risarcimento del danno correlato alle retribuzioni perdute per il periodo successivo alla scadenza del suddetto periodo, v. (in relazione all'art. 18 St. lav. nel testo anteriore alle modifiche del 2012) Cass. 10 febbraio 2014, n. 2887.

[865] Sulla necessità di includere nella retribuzione globale di fatto spettante al lavoratore al tempo del licenziamento, in relazione alla natura risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore in seguito all'illegittimo licenziamento, anche gli aggiornamenti delle retribuzioni medesime che, di detta natura, costituiscono espressione, v. Cass. 22 settembre 2011, n. 19285.
Sul significato dell'aggettivo «ultima» v. M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, in *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91*, a cura di F. CARINCI, cit., 192, il quale osserva che esso identifica la retribuzione percepita prima della cessazione del rapporto, dovendosi escludere la retribuzione spettante e attuale. Con riferimento all'art. 18 St. lav. v. C. CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012)*, a cura di F. CARINCI - M. MISCIONE, Supplemento a *DPL* n. 33 del 15 settembre 2012, 34: «la retribuzione che va presa a parametro per la determinazione dell'indennità risarcitoria (…) ora è l'ultima, cioè riferita al rapporto come cristallizzato al momento del licenziamento, senza considerare la sua possibile evoluzione (interessi e rivalutazione a parte)» (v. anche ID., *I quattro regimi sanzionatori del*

evidentemente di una scelta che si pone sulla scia dell'ultima novella dell'art. 18, e che si inquadra in una logica di mero contenimento dei costi del licenziamento; essa, infatti, è coerente e spiegabile nelle ipotesi di tutela obbligatoria *ex* art. 8, l. n. 604/1966 e nei casi in cui, *ex* art. 18 St. lav., il giudice, pur in presenza di licenziamento viziato, dichiara «risolto» retroattivamente il rapporto di lavoro (o, in caso di contratto a tutele crescenti, lo dichiara «estinto»), mentre appare meno giustificabile, sul piano sistematico, nelle ipotesi di tutela reale, in cui è previsto che si debba tener conto delle vicende successive al licenziamento che possono ridurre il *quantum* del risarcimento (si pensi all'*aliunde perceptum ex* art. 2, co. 2, nonché all'*aliunde perceptum* e *percipiendum ex* art. 3, co. 2), ma distonicamente (proprio a causa dell'aggettivo «ultima») non di quelle che lo possono aumentare[866].

Maggiori incertezze suscita, invece, l'individuazione "cronologica" della nozione in esame, cioè della barriera temporale che possa definirsi «ultima»[867], non essendovi in proposito alcuno specifico supporto normativo analogo, ad esempio, a quello che si rinviene nel co. 2 dell'art. 2121 in tema di computo dell'indennità di mancato preavviso («media degli emolumenti degli ultimi tre anni di servizio o del minor tempo di servizio prestato»)[868].

In proposito, ragionando ancora su un testo provvisorio del decreto (che faceva riferimento al concetto di «ultima retribuzione globale di fatto»), e riscontrata una mancanza di chiarezza del «riferimento temporale da considerare», si era osservato che esso «potrebbe essere la retribuzione dell'"ultimo" mese o dell'"ultimo" anno»[869].

In effetti, il dubbio permane anche con il nuovo parametro di determinazione del risarcimento perché, considerata l'usuale impostazione delle buste paga (che generalmente presentano un rigo o un riquadro dedicato alla "retribuzione tfr" su base mensile, e talvolta anche su base annuale), l'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», da intendersi allora come l'ultima retribuzione mensile sulla base della quale è stato calcolato il periodico accantonamento del tfr, può ben essere agevolmente ricavabile in via documentale. Né sarebbe, comunque, ipotizzabile un danno per il lavoratore nel caso di prestazione inframensile, posto che «l'ultima retribuzione non può che essere quella dell'intera (teorica, se del caso) mensilità, cui la frazione di retribuzione percepita va rapportata»[870].

---

*licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. CESTER, cit., 61).

[866] Va da sé, peraltro, che quell'aggettivo costituisce argine anche a eventuali modifiche peggiorative della retribuzione.

[867] Con riferimento all'art. 2120 c.c., Cass. 19 dicembre 1986, n. 7755 esclude che l'espressione debba essere intesa «in senso strettamente cronologico», e ciò per evitare iniquità quali l'esclusione di un compenso «per mera occasionalità non compreso e non dovuto nell'ultima paga» o l'inclusione di «un compenso finale insolitamente elevato».

[868] Si rammenta che, anteriormente alla modifica dell'art. 2121 c.c. apportata dall'art. 1, l. n. 297/1982, anche l'indennità di anzianità era determinata nello stesso modo.

[869] P. ICHINO, *Domande e risposte sul contratto a tutele crescenti - Un primo manualetto operativo sulla nuova disciplina dei licenziamenti e degli incentivi all'assunzione a tempo indeterminato*, *www.pietroichino.it/?p=34154* (v. la risposta *sub* 4.2. *Retribuzione di riferimento*).

[870] In questi termini C. CESTER, *Le tutele*, cit., 791, nt. 154, in replica ai dubbi espressi da A. NICCOLAI, *Art. 8. - Le sanzioni per il licenziamento illegittimo nell'ambito della tutela obbligatoria*, in *I licenziamenti - Commentario*, a cura di O. MAZZOTTA, 2ª ed., Giuffrè, 1999, 521.

È evidente, peraltro, che questa soluzione (che valorizza un dato eminentemente statistico presente nella busta paga[871]) riproporrebbe gli stessi problemi suscitati dalla modifica apportata all'art. 8, l. n. 604/1966 dall'art. 2, l. n. 108/1990, allorché al parametro utilizzato a fini risarcitori, rappresentato dalla «retribuzione globale di fatto», venne aggiunto l'aggettivo «ultima». In proposito, alla tesi volta semplicemente a rimarcare come quella connotazione temporale dovesse non solo essere intesa come confermativa dell'estinzione del rapporto, ma anche utilizzata ai fini dell'individuazione della base di computo del *quantum* risarcitorio, pur nella consapevolezza delle inevitabili storture irragionevolmente premiali o punitive che essa avrebbe comportato nel caso in cui il lavoratore, nell'ultimo mese, avesse ricevuto rispettivamente un aumento o una decurtazione della retribuzione[872], si erano affiancate opzioni interpretative che, seppur agganciate al dato testuale[873], non avevano mancato di dolersi della scelta legislativa (proprio perché ritenuta invalicabile) e di evidenziare che sarebbe stato più opportuno utilizzare come parametro di riferimento a fini risarcitori non una retribuzione puntuale, ma una media delle retribuzioni percepite dal lavoratore entro un certo arco di tempo[874].

Peraltro, quell'esigenza di giustizia sostanziale che già nel 1990 stava alla base di questo auspicio può – a ben vedere – essere comunque perseguita accentuando, ai fini che qui interessano, il collegamento tra i commi 1 e 2 dell'art. 2120 c.c. e considerando che il calcolo del tfr si effettua sommando una o più quote determinate su base annua («per ciascun anno di servizio»), con riduzione proporzionale per le frazioni di anno. In questo senso il parametro dell'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» potrebbe, perciò, essere determinato prendendo come base non la retribuzione dell'ultimo mese, ma l'importo della retribuzione dovuta per l'ultimo anno di servizio o, nel caso in cui il rapporto venga a cessare in corso d'anno, della retribuzione corrisposta dall'inizio dell'anno e sino al momento del licenziamento.

Naturalmente è doveroso evidenziare che nemmeno questa opzione eliminerebbe in radice eventuali distorsioni nel calcolo della mensilità, che rimarrebbe tanto più esposta al rischio di ingiustificati aumenti o diminuzioni, quanto più breve è la frazione d'anno da prendere in considerazione. Un ulteriore rimedio potrebbe, perciò, consistere nel considerare l'«anno di servizio» in senso solare e non legale, estendendo così la base di riferimento comunque agli ultimi dodici mesi, sia pur distribuiti in due anni diversi (o, nei rapporti di durata infrannuale, a tutti i mesi di servizio, pur se distribuiti in anni diversi)[875].

---

[871] Non a caso G. FERRARO, *Art. 1 - Reintegrazione*, in *I licenziamenti individuali - Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108*, a cura di G. FERRARO, ESI, 1990, 59, a proposito dell'originario testo dell'art. 18 faceva riferimento all'«ultimo statino paga percepito dal lavoratore prima del licenziamento»; conf. M. MISCIONE, *La nuova tutela* cit., 213.

[872] R. DE LUCA TAMAJO, *Art. 2 - Riassunzione o risarcimento del danno*, cit., 191; conf. M. MISCIONE, *La nuova tutela* cit., 211.

[873] Per un'indicazione in tale senso v., ad esempio, P. Milano 30 aprile 1981, *OGL*, 1981, 763, ove l'«ultima retribuzione» è identificata con «quella percepita alla data del licenziamento».

[874] Così A. NICCOLAI, *op. loc. ult. cit.*

[875] Naturalmente questa soluzione (sostenuta da Studi "Legalilavoro", *Il decreto sul contratto a tutele crescenti: cosa dice, a chi si applica, quali effetti produce*, in *Guida al Jobs Act*, *i Quaderni di wikilabour*, a cura di M. FEZZI - F. SCARPELLI, 2015, n. 2, 50, e non condivisa da M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze* cit., 125) implicherebbe un ulteriore allontanamento dallo schema dell'art. 2120 c.c., che individua nel 31 dicembre di ogni anno la data spartiacque ai fini della rivalutazione del tfr e quindi, a monte, della determinazione della relativa quota e, ancor più a ritroso, della retribuzione di riferimento; ma al tempo stesso consentirebbe di evitare che il lavoratore con più anni di servizio, licenziato, ad esempio, nel mese di gennaio, veda determinata la mensilità da utilizzare a fini risarcitori solo in relazione all'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», appunto, del mese di gennaio (unico mese di servizio dell'anno in cui è cessato il rapporto), che potrebbe essere, per ragioni imprevedibili, molto più alta o più bassa di quella mediamente ricevuta.

Qualora si intenda seguire la soluzione della determinazione della retribuzione sulla base della media dei compensi relativi a un determinato periodo[876] (e non della retribuzione dell'ultimo mese), a questo punto, però, l'utilizzabilità del comma 1 dell'art. 2120 c.c. dovrebbe arrestarsi perché il calcolo dell'unità di misura del risarcimento (cioè della «mensilità») non potrebbe essere effettuato applicando il divisore 13,5[877]: quel meccanismo e quel divisore, infatti, sono funzionali al computo della quota di tfr da accantonare, mentre qui si tratta di stabilire un'altra entità (appunto, la «mensilità») e, pertanto, il divisore dovrebbe essere coerente con le modalità di determinazione della «retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», la quale rappresenta un *quid* che precede il computo della quota di tfr periodicamente accantonabile ed è ragguagliata su base annua (fatta salva l'eventuale riduzione proporzionale per le frazioni d'anno). In altre parole, secondo questa opzione interpretativa, l'importo della retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr dovrebbe essere diviso per 12, trattandosi di divisore che tiene conto del fatto che la piattaforma di riferimento per la determinazione dell'importo della retribuzione dovuta ai fini del tfr è l'«anno di servizio», cioè è costruita su base annua.

Nel caso di rapporto pluriennale (o, comunque, durato più di dodici mesi) e cessato in corso d'anno, la scelta del divisore sarebbe evidentemente influenzata dalla modalità di determinazione dell'anno di servizio, se, cioè, solare o legale: nel primo caso, sarebbe sempre utilizzabile il divisore 12 (perché gli ultimi dodici mesi del rapporto potrebbero essere spalmati su due anni diversi), mentre nel secondo caso, data la necessità di fare la media delle retribuzioni dei mesi del solo ultimo anno, il divisore dovrebbe essere adeguatamente riproporzionato al ribasso, cioè correlato proporzionalmente al numero inferiore di mesi: soluzione, questa, ovviamente obbligata in caso di assunzione e cessazione in corso d'anno[878].

Del resto, questa scelta interpretativa sterilizzerebbe in parte il problema del calcolo delle frazioni di mese inferiori a 15 giorni[879] perché consentirebbe di modulare il divisore, a sua volta parcellizzandolo corrispondentemente, e determinandone un aumento correlato alla relativa frazione: ad esempio, il computo della retribuzione per un periodo di dieci giorni comporterebbe un incremento del divisore pari a 0,33 (di cinque giorni, un incremento pari 0,165, e così via)[880].

---

[876] Se si dà credito alle misteriose bozze che hanno preceduto il d.p.c.m. 20 febbraio 2015, n. 29 in tema di liquidazione del tfr come parte integrante della retribuzione (il cosiddetto tfr in busta paga, o Qu.I.R.), e di cui hanno dato conto alcune cronache giornalistiche (D. COLOMBO, *Tfr in busta con doppio assenso Inps*, *Il Sole 24 Ore* del 13 febbraio 2015, 37), in caso di aziende con meno di 50 dipendenti, interessate a chiedere la certificazione delle informazioni necessarie per l'utilizzo del finanziamento bancario assistito dalla garanzia dello Stato, a fronte della comunicazione all'INPS degli identificativi dei dipendenti che hanno fatto domanda, l'Istituto avrebbe dovuto certificare «l'importo della retribuzione imponibile utile al calcolo del Tfr utilizzando il Durc sulla base dei periodi di paga dei 15 mesi precedenti la domanda stessa».

[877] In questo senso anche C. CESTER, *Le tutele*, cit., 1128. In senso opposto, invece, L. FIORILLO, *La tutela* cit., 110.

[878] In via esemplificativa il divisore sarebbe, perciò, pari a 12 in caso di computo della retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr per l'intero anno o per dodici mesi continuativi, sebbene collocati a cavallo di due anni; mentre sarebbe inferiore a 12 in caso di computo della medesima retribuzione per una frazione d'anno.

[879] Secondo Cass. 25 settembre 2002, n. 13934 (*RIDL*, 2003, II, 320, nt. adesiva E.M. ROSSI, e *OGL*, 2002, I, 871, nt. L. BOSSOTTO), in consapevole dissenso rispetto a Cass. 27 aprile 1987, n. 4057, «l'art. 2120 c.c. (…), nel prevedere che il trattamento di fine rapporto è dovuto "in ogni caso" di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, fissa il principio dell'arrotondamento al mese delle frazioni di mese uguali o superiori ai quindici giorni, ma non quello della irrilevanza delle frazioni di mese inferiori a quindici giorni».

[880] Se si aderisce al principio formulato da Cass. n. 13934/2002, per le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni vale, invece, il principio del computo come mese intero, cioè del "completamento" della quota di retribuzione ricevuta dal lavoratore con la parte di retribuzione che egli avrebbe virtualmente percepito per i successivi giorni del mese non lavorati.

## 5. Breve nota conclusiva.

La scorsa estate il sistema di tutele apprestato nel 2015 contro i licenziamenti illegittimi è stato sottoposto al vaglio del Giudice delle leggi: infatti, il Tribunale di Roma ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 7, lett. c, l. n. 183/2014 e degli artt. 2, 3, e 4, d.lgs. n. 23/2015[881], per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117, co. 1, Cost., letti autonomamente e anche in correlazione fra loro[882]. Sebbene l'ordinanza non interferisca con i problemi affrontati nei paragrafi precedenti (se non nella misura in cui, erigendo il novellato art. 18 St. lav. a congruo termine di comparazione, e così, di fatto, legittimandolo, provochi, in caso di declaratoria di incostituzionalità, anche la riesumazione del parametro dell'ultima retribuzione globale di fatto[883] e la conseguente divaricazione tra i criteri di determinazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo e quelli da violazione della normativa in tema di contratto a termine o da somministrazione irregolare), né censuri la disciplina del contratto a tutele crescenti per aver scelto il diverso criterio dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr, è, comunque, opportuno prendere concisamente posizione su di essa, naturalmente nei ristretti limiti di una riflessione focalizzata esclusivamente sul nuovo parametro di determinazione del danno.

Innanzitutto deve ritenersi che la Corte non possa entrare nel merito e, valutata la presenza di una mera «pseudo-motivazione», considerare «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore» ai fini dell'applicazione dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (con conseguente reintegrazione del lavoratore)[884] perché questa è norma che vale solo nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, mentre nella vicenda da cui è scaturita la questione di costituzionalità si discute di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo; né dovrebbe occuparsi della costituzionalità dell'art. 4 perché è disposizione che, sebbene sottoposta al vaglio di legittimità, non è rilevante ai fini della decisione,

---

[881] Il testo originario dell'ordinanza, poi corretta con ordinanza del 2 agosto 2017 (*NGL*, 2017, 581), censurava l'art. 10 e non menzionava l'art. 3.

[882] Trib. Roma 26 luglio 2017 (ord.), *LG*, 2015, 897, nt. F. CARINCI, il quale, esclusa l'ipotesi di una sentenza demolitoria del contratto a tutele crescenti, ipotizza solo un monito al legislatore «a prendere atto che la strada della riduzione accentuata delle tutele in caso di licenziamento ingiustificato non è tale da favorire l'affermazione del contratto a tempo indeterminato come contratto comune». Tra quanti hanno sinora preso posizione su tale ordinanza v.: A. VALLEBONA, *Licenziamento ingiustificato e indennità crescente: questione di costituzionalità*, *MGL*, 2017, 582 ss. (che propende per la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015, per violazione dell'art. 3 Cost., «nella parte in cui non raggiunge le 12 mensilità, cioè per i lavoratori che hanno un'anzianità di servizio inferiore a 6 anni», e conseguentemente anche dell'art. 10 dello stesso decreto); V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, *RGL*, 2017, 333 ss., e A. PERULLI, *Una questione di "valore". Il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, *Working Paper Adapt*, n. 15, 2017, entrambi ampiamente favorevoli alla declaratoria di incostituzionalità; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del* "Jobs act", *ADL*, 2017, 1039 ss. (critico nei confronti delle censure di incostituzionalità). Sulla questione v. anche i seguenti scritti (tutti reperibili sul sito *www.pietroichino.it*): *L'indennità di licenziamento nei paesi europei maggiori* (nota elaborata da Filippo Teoldi per la Presidenza del Consiglio); P. ICHINO, *Domande e risposte politiche sul contratto a tutele crescenti* (v. par. 2); ID., *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*. In posizione mediana pare collocarsi B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedimentali*, a cura di B. Caruso, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes* - 7/2017, 49 ss., propenso a ritenere l'incostituzionalità del regime risarcitorio dell'art. 3 con riferimento più al licenziamento disciplinare che a quello economico.

[883] Obiettivo che il giudice rimettente non ritiene perseguibile direttamente, stante la dichiarata inapplicabilità dell'art. 18, ma che ipotizza deriverebbe dalla declaratoria di incostituzionalità, cui – a suo dire – conseguirebbe (non un vuoto normativo, ma *de plano*) la «tutela di cui all'art. 18, commi 4 e 7 (in subordine, comma 5)». In proposito B. CARUSO, *op. ult. cit.*, 56, parla, invece, di vuoto normativo che dovrebbe essere colmato, nelle more, dai giudici ordinari (comunque ricorrendo all'art. 18, co. 5).

[884] Come, invece, ritiene F. CARINCI, *Una rondine* cit., 906.

avendo lo stesso giudice *a quo* ritenuto che la norma prevista dal legislatore per le ipotesi di licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo debba rinvenirsi, in quella fattispecie, nell'art. 3, co. 1[885].

Semmai, una Corte che non tema di invadere la sfera di discrezionalità legislativa[886] e di assumere un ruolo eccessivamente politico potrebbe, rievocando la propria giurisprudenza più recente in tema di forfetizzazione del danno, rimodulare al rialzo le tutele economiche sulla base sia delle considerazioni già svolte in ordine ai tempi del giudizio, sia dei seguenti rilievi (in buona parte ricavabili dalla sentenza n. 303/2011) e interrogativi:

a) la riparazione integrale del danno ovviamente garantisce sempre l'adeguatezza del risarcimento;

b) la riparazione forfettaria del danno garantisce l'adeguatezza del risarcimento:

b-1) se accompagnata ad altra modalità di ristoro (ad esempio, la ricostituzione del rapporto);

b-2) o, comunque, se effettuata tramite il ricorso a criteri che consentano di «calibrare l'importo dell'indennità da liquidare in relazione alle peculiarità delle singole vicende»;

b-3) in assenza di criteri modulatori (tale è la scelta di cui all'art. 1, co. 7, lett. c: «indennizzo economico certo» *ex ante*), se sussistono «giustificate ragioni» dei livelli di tutela prescelti;

c) a parità di presupposti delle regole in tema di protezione nei confronti del licenziamento ingiustificato (art. 1, co. 1, l. n. 92/2012: «contribuire alla creazione di occupazione»; art. 1, co. 7, l. n. 183/2014: «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»), se si giustifichi una soglia minima di tutela economica differenziata (e al ribasso: non 12, ma 4 mensilità) per i lavoratori assunti dopo una certa data: in realtà, a fronte dell'impossibilità di differenziare i presupposti degli artt. 18 e 3 (essendo ben difficile cogliere la distinzione tra "creazione" e "rafforzamento" dell'occupazione), la Corte (tenuto conto che gli incentivi economici all'assunzione hanno reso pressoché impossibile, allo stato, comprendere quanta parte dell'incremento occupazionale dell'ultimo triennio «sia imputabile all'incentivo e quanta parte alla nuova normativa»[887]), potrebbe limitarsi a censurare l'irragionevolezza della disparità della soglia minima di tutela economica (potendo il neo-assunto arrivare a percepire un'indennità di 12 mensilità dopo sei anni, a differenza del vecchio assunto, cui è sufficiente essere stato licenziato ingiustificatamente dopo un solo giorno di lavoro).

---

[885] È, infatti, dubbio che la Corte possa a tal punto entrare nel merito da rinviare gli atti al giudice rimettente al fine di indurlo a valutare se la fattispecie possa essere riesaminata ai sensi dell'art. 4 (difetto di motivazione), anziché dell'art. 3, co. 1 (non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo).

[886] «La garanzia del diritto al lavoro apprestata dagli artt. 4 e 35 Cost. è infatti affidata alla discrezionalità del legislatore quanto alla scelta dei tempi e dei modi di attuazione e non comporta una diretta ed incondizionata tutela del posto di lavoro (sentenze n. 46 del 2000, n. 419 del 1993, n. 152 del 1975; ordinanza n. 254 del 1997)»: così C. cost. 13 ottobre 2000, n. 419, *FI*, 2001, I, 1087.

[887] P. ICHINO, *L'incentivo economico alle assunzioni stabili è servito o no?* (tratto dal testo integrale del colloquio raccolto da Daniele Guarneri in funzione di un servizio pubblicato su *Tempi*, 1° ottobre 2016), *http://www.pietroichino.it/?p=41946*. In termini pressoché analoghi A. ICHINO, *Che cosa dicono veramente i dati Inps sugli effetti del Jobs Act*, *http://www.pietroichino.it/?p=42958*.

# Il contratto di lavoro subordinato*

Mariella Magnani

1. Rileggendo il contratto individuale di lavoro di Sergio Magrini. 234

2. La moderna teorica del contratto di lavoro alla prova delle innovazioni organizzative e della rivoluzione tecnologica. 234

3. Le risposte legislative: in particolare il lavoro eterorganizzato. 235

4. … e lo Statuto del lavoro autonomo. 237

5. Le risposte legislative alla prova della rivoluzione digitale. 237

6. Riflessioni dal caso del lavoro tramite piattaforma digitale. 239

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 360/2018

## 1. Rileggendo il contratto individuale di lavoro di Sergio Magrini.

Quando Roberto Pessi mi ha invitata a partecipare a questo convegno in ricordo di Sergio Magrini, scegliendo un profilo della sua opera scientifica, non ho avuto esitazioni ad individuare la sua voce sul contratto (individuale) di lavoro, pubblicata nell'Enciclopedia del diritto nel 1973. Ora, però, vista l'impronta giustamente data al convegno che non vuole essere meramente celebrativo, ma fare il punto sullo stato odierno del diritto del lavoro con proiezioni verso il futuro, mi trovo un po' a malpartito.

L'opera di Magrini sul contratto di lavoro costituisce una nitida fotografia – come sempre nitidi e lucidi sono i suoi scritti – della *teorica moderna* del contratto di lavoro: della origine contrattuale del rapporto, col ripudio della concezione associativa del contratto di lavoro, così come di quella istituzionalistica da cui si radica, del dato tipizzante della subordinazione "giuridica" e non economica[888], dell'implicazione della persona del lavoratore nel comportamento solutorio, la quale determina l'istanza protettiva che si esprime attraverso l'efficacia inderogabile della disciplina.

Magrini è un contrattualista puro. Tuttavia, pur non entrando l'organizzazione nello schema causale del contratto di lavoro, il lavoratore, per essere posto a disposizione del titolare di un'organizzazione, si obbliga a prestare un'attività *adeguata*, secondo i criteri di correttezza e buona fede, alle esigenze di controparte, che sono appunto le esigenze del titolare di un'organizzazione[889].

D'altro canto, non è soltanto l'impresa ad incidere sulla disciplina del contratto di lavoro, ma è anche quest'ultimo a costringere l'organizzazione ad adottare modelli che potrebbero non essere conformi ai principi di efficienza tecnica.

Sebbene non venga detto espressamente, è chiaro che, anche nell'impostazione di Magrini, la limitazione dei poteri del datore di lavoro-detentore dell'organizzazione si esprime essenzialmente attraverso la tecnica dei cd. limiti esterni, vale a dire è realizzata dalla disciplina legislativa che, nella comparazione di tutti gli interessi coinvolti nella produzione, secondo le valutazioni espresse dai principi costituzionali, ne definisce l'equilibrato bilanciamento.

## 2. La moderna teorica del contratto di lavoro alla prova delle innovazioni organizzative e della rivoluzione tecnologica.

Non proseguirò oltre nel ricordare questo scritto perché, come detto, esso contiene i capisaldi della moderna teorica del contratto di lavoro e la fotografia di quello che è – o dovrebbe essere, al di là di qualche distinguo – il bagaglio tecnico e culturale della dottrina italiana.

Ci si può domandare però se la fotografia non sia ingiallita; se la realtà non mostri profili problematici diversi; insomma, se non vogliamo interrogarci radicalmente sulla attualità del contratto di lavoro subordinato (a tempo indeterminato), se la fotografia non sia almeno parziale.

---

[888] Cfr. S. MAGRINI, voce Lavoro (contratto individuale), in *ED*, Giuffrè, 1973, vol. XXIII, 379, ove si osserva: "la subordinazione in quanto giuridicamente rilevante a tal fine [qualificatorio] e quindi non in quanto indicativa di una generica situazione di soggezione in senso economico, qualifica l'attività di lavoro dipendente attribuendo ad essa la caratteristica di attività posta a disposizione del datore di lavoro, cui spetta di determinarne le modalità di esplicazione entro i limiti contrattuali".

[889] Cfr. S. MAGRINI, *op. cit.*, 386.

Nel dire che le tradizionali elaborazioni teoriche visualizzavano una realtà sociale (e contrattuale) diversa dall'attuale si ha gioco facile. Se prima, nel quadro organizzativo fordista, il binomio impresa-subordinazione sembrava necessario e totalizzante, ora quel binomio si è allentato e può essere sostituito da altri contratti e combinazioni più sofisticate[890]. Una parte di quello che è stato chiamato post-fordismo sta proprio in ciò: per competere, l'impresa si concentra sul *core business* – vale a dire su ciò che sa fare meglio – e compra tutto il resto[891]. Dopo un secolo, il processo di integrazione industriale realizzato in verticale dentro l'impresa ha preso la direzione opposta e si è realizzato in orizzontale tra le imprese.

D'altra parte, i mutamenti dei modelli organizzativi e delle tecnologie cambiano i modi di lavorare all'interno delle imprese, che tendenzialmente richiedono meno prestazioni manuali e più prestazioni cognitive. Si è ridotta, da un lato, la parte di manualità richiesta in moltissimi lavori (sebbene molta ne resti necessaria, soprattutto nei servizi) e, dall'altro lato, il numero dei lavori ove si richiede manualità.

Inoltre, la rivoluzione digitale o del *web* si riverbera sia all'esterno, creando circuiti alternativi di incontro tra domanda e offerta di lavoro (si pensi al lavoro tramite piattaforma digitale), sia all'interno dell'impresa, incidendo sulla dimensione quali/quantitativa della prestazione, sulle modalità d'esecuzione delle mansioni, sulla rilevanza del risultato nel comportamento solutorio del lavoratore e così via[892].

## 3. Le risposte legislative: in particolare il lavoro eterorganizzato.

Come ha reagito e reagisce l'ordinamento italiano a queste modificazioni complesse del quadro economico sociale? Il vecchio convive col nuovo, il nuovissimo con l'antico: vi sono antichi, vecchi, nuovi, nuovissimi modi di lavorare. Ebbene, questioni complesse richiedono risposte complesse.

Il Jobs Act (e in particolare il d.lgvo n. 81/2015) si apre con la solenne affermazione per cui "il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"[893]. Ma si tratta di affermazione in parte mendace, se è vero che il legislatore non cancella, né avrebbe potuto farlo, i contratti di lavoro "flessibili" di cui viene solo attualizzata la disciplina, con intento semplificatore (gli unici istituti scomparsi dalla regolazione legislativa, ma non dalla possibilità di utilizzazione, sono il cd. lavoro ripartito e, successivamente, il lavoro accessorio[894]).

È vero che il legislatore continua ad intervenire nell'area del lavoro autonomo, coordinato e continuativo (con l'art. 2 del d.lgvo n. 81/2015, sulle cd. collaborazioni organizzate dal committente),

---

[890] Così, efficacemente, M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo* status. *Riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *ADL*, 2002, 285.

[891] Cfr. M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, 167.

[892] Cfr., tra i primi, P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in EAD. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi di tutela*, Giappichelli, 2017, 7; si v. anche, della medesima a., *Quali regole per il lavoratore-utente del* web*? Scambio economico e tutele*, *ivi*, 143.

[893] In aderenza politica alla legge delega che poneva, quale direttiva, di promuovere il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro, rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti ed indiretti: cfr. art. 1, co. 7, lett. b), l. 10 dicembre 2014, n. 183.

[894] Cfr. art. 1, d.l. n. 25/2017, conv. nella l. n. 49/2017. Cfr. però quanto disposto in seguito dall'art. 54 *bis*, d.l. n. 50/2017, conv. nella l. n. 96/2017.

secondo qualcuno allargando l'area della subordinazione ed il suo statuto protettivo anche ai casi di cd. subordinazione attenuata[895].

Ma, a mio avviso, alla norma è stata attribuita una valenza sistematica eccessiva, dal momento che è evidente che il legislatore si è mosso, come nella cd. legge Fornero, in un'ottica esclusivamente antielusiva (per la quale basterebbero e avanzerebbero l'art. 2094 c.c. e la vigilanza ispettiva). Continuo a pensare che, come qualcuno ha detto[896], l'art. 2 sia una "disposizione di normalizzazione", con contenuto pragmatico che suona come un invito al giudice ad affinare gli indici di subordinazione. Esattamente come è avvenuto – per chi conosce come si è evoluta la vicenda nel diritto vivente – per il lavoro a progetto[897].

Dunque, sebbene sia comprensibile che la norma abbia rinfocolato l'eterna discussione sull'essenza della subordinazione, mai dal punto di vista dottrinale composta, per le incertezze concettuali che la contraddistinguono, a cominciare dalla distinzione tra eterodirezione ed eterorganizzazione, è sconsigliabile edificare su questa nuova norma apparsa nell'ordinamento impegnative costruzioni[898]. E i pure pregevoli tentativi[899] di ricondurre la collaborazione eterorganizzata ad una fattispecie al confine tra autonomia e subordinazione (dunque, ancora nell'ambito dell'art. 2222 c.c.), una sorta di *tertium genus* cui applicare solo selettivamente la disciplina del lavoro subordinato, sono sostenuti da troppi elementi di soggettivismo, contro il tenore letterale che non sembra consentire graduazioni ("si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato"[900]), per poter essere accolti.

Se questo è vero, come ritengo che sia vero, il legislatore del Jobs Act continua a muoversi in una logica dicotomica (del tutto o – quasi – niente): vent'anni di discussione ci hanno, in definitiva, ancora portato al problema di come affinare gli indici di subordinazione. Il legislatore non ha seguito nessuno dei sofisticati tentativi riformistici proposti dalla dottrina (e sfociati anche in sede parlamentare) e che si possono sintetizzare nell'esigenza di prendere in considerazione tutto il lavoro personale (o prevalentemente personale) in qualunque forma esso si dispieghi (autonoma o subordinata) e graduare l'intensità della protezione in relazione alle esigenze di tutela.

Dal punto di vista regolativo, dopo il Jobs Act, è rimasta scoperta l'area del lavoro autonomo (*tout court*) e (sostanzialmente) del lavoro coordinato, anche se, a ben vedere, deve essere valutata ancora appieno la portata dell'affidamento alla contrattazione collettiva del potere di disciplinare "alternativamente" le collaborazioni nei settori che presentano "particolari esigenze produttive

---

[895] In questo senso cfr. O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, 559 ss.; V. NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 280, 8 ss.

[896] Cfr. G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, I, 55.

[897] Mi permetto di rinviare a M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2016, n. 294, 22 ss.

[898] Sebbene faccia parte e anzi costituisca essenza del compito del giurista la riconduzione a sistema, occorre ammettere che sempre più spesso – e non solo per sua insipienza – l'opera del legislatore appare poco sistematizzabile o forse "sistematizzabile" in modo non convenzionale, chiedendo ausilio a diversi strumenti euristici.

[899] Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 272, 11 ss.; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *Labor*, 2016, n. 3/4, 171; P. SANDULLI, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, in *GLav*, 2015, suppl. al n. 50, 119 ss.

[900] Cfr. art. 2, co. 1, d.lgvo n. 81/2015.

ed organizzative": una via alternativa da valorizzare e non da esorcizzare, al fine di costruire assetti di tutela adeguati ai sempre più variegati modi di prestare lavoro a favore (anche) di altri. E senza che a ciò si opponga la cd. teoria dell'indisponibilità (sarebbe meglio dire della tassatività) del tipo, troppo acriticamente ripetuta.

Questo è un argomento su cui sarebbe responsabilità della dottrina aprire un dibattito serio, stante l'abitudine di affermare acriticamente l'esistenza di questo supposto principio, senza sobbarcarsi la fatica di ricostruirne le origini e le *rationes*. Ed invero, non vi sono vincoli costituzionali – a meno di ritenere costituzionalizzata la definizione di lavoratore subordinato contenuta nell'art. 2094 c.c. o che vi sia una nozione ontologica di subordinazione nell'ordinamento e consacrata in Costituzione – ad una revisione delle categorie, cioè delle fattispecie, ovvero dei criteri di imputazione delle tutele, salvo il limite generalissimo della ragionevolezza delle differenziazioni di trattamento *ex* art. 3 Cost. (Corte Cost. 121/1993; 115/1994; 76/2015)[901].

## 4. … e lo Statuto del lavoro autonomo.

Oggi il quadro normativo si è completato con la legge sul lavoro autonomo non imprenditoriale (l. 22 maggio 2017, n. 81)[902], contenente una disciplina innanzitutto di tipo incentivante e promozionale (ad esempio, tutele nelle transazioni commerciali; divieto di clausole abusive; tutela delle invenzioni; deducibilità dal reddito delle spese di formazione; accesso a servizi personalizzati per l'impiego; accesso agli appalti pubblici; indennità di maternità a prescindere dall'astensione dal lavoro). Poiché parte delle norme (in questo caso di tutela: diritto a congruo preavviso in caso di recesso; diritto a congedi parentali; tutela di gravidanza, malattia e infortunio con sospensione del rapporto) concerne solo i collaboratori continuativi non pare che sia scomparsa dall'orizzonte l'idea del lavoro economicamente dipendente da tempo discussa nel dibattito dottrinale, anche internazionale. Si verrebbe cioè a radicare nello statuto generale del lavoratore autonomo uno statuto speciale per il lavoratore continuativo (e, si potrebbe dire, coordinato, posta la correlazione tra i due termini) (non a caso la continuità, in giurisprudenza, viene vista come indice di coordinazione[903]), ma in forma veramente rudimentale[904].

## 5. Le risposte legislative alla prova della rivoluzione digitale.

Istruttivo è però considerare gli effetti della rivoluzione digitale sull'attuale quadro regolamentare.

---

[901] Cfr. M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/*2015, cit., 19; EAD., *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, 2009, 8 ss. Il cd. principio nasce da una non vigile espressione della Corte Costituzionale (in particolare Corte Cost. n. 121/1993): non si può negare la qualificazione giuridica di rapporto di lavoro subordinato a rapporti che "oggettivamente" abbiano tale natura. Questo è l'*obiter* della Corte. Ma quali sarebbero i rapporti che "oggettivamente" abbiano tale natura? Non tocca al legislatore qualificarli? La nozione "ontologica" di subordinazione, se forse evoca concezioni di marxiana ascendenza, certo rappresenta tutto il contrario di quel che sta succedendo nel mondo del lavoro (ed anche di quel che sta scritto nella Carta costituzionale *ex* art. 35).

[902] Cfr., per un primo commento, G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e agile*, Cedam, 2018.

[903] Cfr. M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2013, n. 174, 6.

[904] Cfr. A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *RIDL*, 2017, I, 194 ss.

La legge 22 maggio 2017, n. 81, disciplina anche il cd. lavoro agile, definito come quella particolare modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato, in parte all'interno di locali aziendali ed in parte all'esterno senza postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Il lavoro agile è, insomma, una modalità di esecuzione della prestazione la cui "flessibilità" consiste nella possibilità che le parti lascino parzialmente indeterminato il luogo di svolgimento della prestazione, mentre il telelavoro implica una più stabile esecuzione della prestazione "da remoto". L'esecuzione della prestazione all'interno dell'azienda non costituisce tuttavia un effetto necessario del contratto, come è dimostrato dalla risalente figura del lavoro a domicilio; sicché, visto che non sono legittimanti, le ragioni di regolazione della figura appaiono sostanzialmente promozionali[905].

Più rilevante, dal punto di vista sistematico, è la questione dell'inquadramento del lavoro prestato tramite piattaforma. Fenomeni come quello di Uber hanno fatto sorgere la questione se gli autisti (o in generale i *crowdworkers*) dovessero essere considerati lavoratori autonomi o no. È interessante il travaglio giurisprudenziale che si è sviluppato nei diversi sistemi in ordine a tale questione.

Vi è una diffusa difficoltà nelle diverse giurisdizioni ad attribuire a tali forme di lavoro una precisa collocazione sul piano sistematico. E la diffusione di tale difficoltà si spiega anche perché, nell'ambito delle diverse giurisdizioni, i test per stabilire l'autonomia o la subordinazione non sono differenti[906].

Nella sentenza emessa nel caso Cotter v. Lyft, omologa e concorrente di Uber, dalla Corte del distretto nord della California[907], si osserva in modo disarmante che i drivers "non sembrano dipendenti ma neppure indipendenti", ricorrendo all'immagine per cui "il lavoratore autonomo è uno che trovi nelle pagine gialle per compiere un lavoro". Non è così per i drivers di Lyft e Uber perché Lyft e Uber effettuano una selezione, interferiscono nell'attività degli autisti per garantire la qualità del servizio; d'altro canto, però, essi stessi sono responsabili della loro licenza, hanno il loro mezzo di trasporto, sono legittimati ad operare per altre organizzazioni e possono non accettare la chiamata.

Quindi, da questo punto di vista, Uber potrebbe essere considerata cliente degli autisti: è questa, tra le altre, la difesa che Uber, appellando la sentenza del Tribunale industriale di Londra[908], ha

[905] Cfr. V. PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del* Jobs Act *e sul lavoro agile*, in *RGL*, 2016, I, 367; G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, *Introduzione: la "coda" del Jobs Act o la "testa" del nuovo diritto del lavoro?*, in ID. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e agile*, cit., 11. Non a caso già si conoscevano una serie di accordi collettivi in materia, le cui previsioni dimostrano che la contrattazione collettiva avrebbe potuto regolamentare lo *smart working* in via autonoma, nell'ambito dei principi generali di diritto, senza la necessità di elaborare una vera e propria disciplina normativa: cfr. E. DAGNINO, *Lavoro agile: una questione definitoria*, in ID., M. TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e lavoro autonomo*, Adapt Labour Studies e-Book series, 2016, n. 50, 27 ss.; si v. anche l'analisi compiuta dal Gruppo di ricerca Adapt ne *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, WP Adapt, 2016, n. 2, 21-22.

[906] Cfr. M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011, 113 ss.

[907] Cfr. *Patrick Cotter et al. v. Lyft*, United States District Court-Northern District of California, case n° 13-cv-04065-VC, 11 marzo 2015.

[908] Cfr. *Mr Y Aslam, Mr J Farrar & Others v. Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd*, London Central Employment Tribunal, case n° 2202551/2015, 28 ottobre 2016. Per un commento cfr. D. CABRELLI, *Uber e il concetto giuridico di "worker": la prospettiva britannica*, in *DRI*, 2017, 575 ss. L'appello è stato respinto con sentenza emessa dall'Employment Appeal Tribunal in data 10 novembre 2017, n. UKEAT/0056/17/DA.
La pronuncia del London Central Employment Tribunal è stata richiamata recentemente nella causa *R.L.S.F. c. Uber do Brasil Tecnologia l.t.d.a.*, 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, 14 febbraio 2017, ove il Giudice ha ritenuto sussistente un rapporto di lavoro

fatto valere. Peraltro occorre considerare che, nel caso inglese *Aslam and Farrar v. Uber*, veniva in questione l'applicazione agli autisti dello statuto di *worker*, una categoria intermedia tra *employee* e *self-employed*, creata nel 1996 proprio riconoscendo la difficoltà sociale, economica e politica di negare almeno alcune tutele del lavoro subordinato al lavoratore economicamente dipendente: e tali tutele sono il salario minimo, la limitazione dell'orario di lavoro, il diritto alle ferie, la tutela contro il whistleblowing[909].

Non univoca è la giurisprudenza delle giurisdizioni degli Stati Uniti (in alcuni casi l'autista è considerato dipendente; in altri casi indipendente[910]); ma non occorre dimenticare che lo statuto protettivo su cui si controverte è alquanto ridotto: sostanzialmente la spettanza del salario minimo e del rimborso delle spese nell'esecuzione della prestazione, dovuti in base alla legge nazionale.

## 6. Riflessioni dal caso del lavoro tramite piattaforma digitale.

Proiettato nell'ordinamento italiano come caso emblematico di una nuova forma di lavoro – più sofisticata e diffusa di quella che potrebbe venire alla mente: i *pony express*[911] – con cui bisogna fare i conti, dobbiamo registrare la difficoltà di individuare criteri utili e dirimenti per attribuire una qualificazione in funzione di un equo statuto protettivo.

---

subordinato tra un autista e Uber a fronte dell'onerosità e non occasionalità di tale rapporto e del suo carattere *intuitu personae* (rivenibile nel fatto che Uber "sceglieva minuziosamente coloro che potevano o no integrare il suo personale" e all'autista non era permesso "cedere il suo account dell'applicazione", al fine di evitare che un'altra persona non registrata e previamente autorizzata effettuasse l'attività di trasporto: cfr. G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *RIDL*, 2017, II, 570 ss.).

[909] Nella causa veniva in questione il salario minimo e la limitazione dell'orario. Cfr. sinteticamente sullo statuto di *worker* D. CABRELLI, *Uber e il concetto giuridico di "worker": la prospettiva britannica*, cit.

[910] Cfr. *Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies*, Labor Commissioner of the State of California, case n° 11-46739 EK, 3 giugno 2015 (confermata in appello dalla Superior Court of California-County of San Francisco), ove l'autista è stata considerata lavoratrice dipendente, ai fini del rimborso delle spese; *AK, JH and JS v. Uber Technologies, Inc.*, New York State Unemployment Insurance Appeal Board, case n° 016-23858, 9 giugno 2017, che ha confermato la statuizione del Department of Labor che aveva qualificato come lavoratori dipendenti tre autisti di Uber; *Darrin E. McGillis v. Department of Economic Opportunity and Rasier LLC, d/b/ UBER*, Third District Court of Appeal-State of Florida, case n° 3D15-2758, 1 febbraio 2017, in cui l'autista è stato qualificato come lavoratore indipendente ai fini del conseguimento dell'indennità di disoccupazione. In relazione a tali pronunce si v. in dottrina T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2017, n. 136, 1 ss.; M. CHERRY, *Beyond Misclassification: the Digital Transformation of Work*, in *CCLPJ*, 2016, 37, 3, 577 ss.; A. DONINI, *Regole della concorrenza e attività di lavoro nella on demand economy: brevi riflessioni sulla vicenda Uber*, in *RIDL*, 2016, II, 46 ss.; E. DAGNINO, *Il lavoro che cambia: questioni giuridiche e di relazioni industriali*, in *DRI*, 2016, 161 ss.
Interessante (ed altalenante) è anche la giurisprudenza francese. Ora l'art. 60 della l. 8 agosto 2016, n. 2016-1088 (cd. Loi Travail), modificando gli articoli L7341-1 ss. Code du travail, ha previsto a favore dei lavoratori "indipendenti" tramite piattaforma che, qualora "la piattaforma determini le caratteristiche della prestazione di servizi forniti o del bene venduto e fissi il suo prezzo", vengano garantiti al prestatore una serie di diritti normalmente non riconosciuti ai lavoratori autonomi. Si tratta dell'assicurazione sociale in caso di infortuni e malattie professionali, di un diritto alla formazione professionale e alla certificazione delle competenze e del diritto di astenersi dai propri servizi per difendere interessi professionali senza incorrere in responsabilità contrattuale (una sorta di diritto alle astensioni collettive dal lavoro).

[911] Che ha dato origine ad un contenzioso giudiziario già a partire dagli anni '80. Alla iniziale qualificazione quale lavoro subordinato da parte di alcune decisioni di merito si è poi sovrapposta la giurisprudenza della Corte di Cassazione che, rimarcando la facoltà del lavoratore di rifiutare la chiamata e altri indici quali l'utilizzazione, per l'espletamento dell'incarico, di un motorino di proprietà, l'autonomia decisionale del *pony express* in ordine ai percorsi da seguire, il rischio del lavoratore comprovato dall'assenza di compenso in caso di malfunzionamento del motorino, ha concluso per la sussistenza di un rapporto di lavoro autonomo (cfr. ad es. Cass. 10 luglio 1991, n. 7608, in *RIDL*, 1992, II, 370 ss. e Cass. 20 gennaio 2011, n. 1238, in *Gciv mass.*, 2011, 1, 85). Qualifica il rapporto come di natura subordinata Cass. 29 luglio 2009, n. 17613, in relazione alle peculiari caratteristiche del caso concreto: il mezzo utilizzato era di proprietà del committente, il lavoratore non godeva di alcuna autonomia ed era assoggettato al potere di controllo e direttivo del datore di lavoro.

La prospettiva della creazione di una categoria intermedia per far fronte a una situazione di dipendenza economica, con uno statuto protettivo ridotto, come ad esempio è avvenuto nel Regno Unito con i *workers* – ma ci sono altri ordinamenti che hanno creato figure intermedie basate su quest'idea: ad es., la Repubblica federale tedesca – non solo non deve essere abbandonata, ma neppure deve ritenersi tramontata dopo il Jobs Act.

Come già sottolineato, il d.lgvo n. 81/2015 si è mosso nell'ottica dicotomica e semplicistica autonomia/subordinazione. A sua volta la legge sul lavoro autonomo è il complemento logico del Jobs Act, sul presupposto che questo abbia dilatato l'area della subordinazione. Ma – anche ammesso questo, ed io non lo credo – quest'area dilatata non copre casi come quelli in questione. Permane insomma quell'esigenza di cd. Statuto dei lavori, nelle varie declinazioni che essa ha avuto[912], forse troppo frettolosamente accantonata.

Mi piace qui ricordare la conclusione di Magrini, tipica di un giurista lucido e pragmatico, al convegno che lo aveva visto come onorato nel 2009[913].

"Viene voglia di dire: abbandoniamo le tipizzazioni di carattere generale che francamente non servono più e puntiamo alla differenziazione di regimi, perché credo che questo sia il punto determinante. Quello che non va nell'ordinamento del lavoro italiano – ma credo non solo italiano – è questa generalizzazione degli schemi e delle tutele, sia sul versante della tipologia, sia sul versante del regime. Se pensate alla tipologia, effettivamente l'idea classica della subordinazione in alcuni casi è pressoché inattuabile. Io ho…un'esperienza giudiziaria che ho conservato come un'impronta, come il prete che rimane sempre tale e devo dire che da quel punto di vista (e credo che molti colleghi avvocati saranno d'accordo con me) in alcune ipotesi della c.d. zona grigia, francamente è un terno al lotto sapere se è o non è lavoro subordinato. Ciò perché gli indici c.d. sintomatici della subordinazione non servono più. Perfino quello classico della continua disponibilità della prestazione è stato, ad esempio, messo in crisi dal lavoro a chiamata, che è proprio la negazione della continua disponibilità. E, quindi, varrebbe forse la pena di considerare, ai fini di un minimo di tutela generalizzata, una tipologia più ampia, indipendente dal carattere autonomo o subordinato, creando 'uno zoccolo duro di tutela' comprendente anche il lavoro autonomo. Non è più il caso di attuare una generalizzazione esasperata di tutela. Questa pantomima per cui qualsiasi definizione di controversia del lavoro comporta la storiella di andare alla DPL è una cosa in certi casi assurda, che parte dall'idea del lavoratore sempre *minus*. Mi sembra che effettivamente il vero problema è quello di un'articolazione un po' più ragionevole, adattata alla realtà, delle tutele tutt'ora massificate".

---

[912] E che si può sintetizzare nell'esigenza di prendere in considerazione tutto il lavoro personale (o prevalentemente personale) in qualunque forma esso si dispieghi (autonoma o subordinata) e graduare l'intensità delle protezioni in relazione alle esigenze di tutela. E ciò anche per il lavoro economicamente dipendente e quali che ne siano le tecniche. Condivide la valutazione che l'impiego della logica sistemica dell'aut/aut (subordinazione/autonomia) non produca risultati razionali sotto il profilo assiologico A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e agile*, cit., spec. 48-49. Relativamente al lavoro mediante piattaforma digitale v. le diverse impostazioni dei d.d.l. presentati nella XVII legislatura: proposta di legge n. 3564 presentata alla Camera il 27 gennaio 2016; proposta di legge n. 4283 presentata alla Camera l'8 febbraio 2017; proposta di legge n. 4820 presentata alla Camera il 22 dicembre 2017; d.d.l. n. 2934 presentato al Senato il 5 ottobre 2017. Sulla specifica regolamentazione sul lavoro tramite piattaforma introdotta nell'ordinamento francese cfr. *supra*, nt. 23.

[913] E i cui atti sono raccolti in R. PESSI, A. VALLEBONA (a cura di), *Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà. Atti dei convegni in onore di Sergio Magrini, Giancarlo Perone, Pasquale Sandulli*, Cedam, 2011, qui 79-80.

Dopo il Jobs Act siamo arrivati allo stesso punto del 2009. Se conveniamo sull'analisi, forse è di qui che bisogna ripartire per discutere più precisamente e più convintamente delle tecniche con cui ciò può essere attuato.

# Dal «fatto» al «fatto materiale» nel licenziamento disciplinare *post* d.lgs. n. 23/2015: spunti interpretativi di "importazione"*

Riccardo Vianello

1. Breve premessa. 243

2. La questione: dal «fatto» al «fatto materiale». 244

3. Dicotomie interpretative dottrinali e univoci approdi giurisprudenziali: la scelta di campo della Cassazione dinanzi al novellato art. 18, co. 4, St. lav. 248

4. Fatto storico-naturalistico e fatto giuridico: uno sguardo al dibattito giurisprudenziale in sede penale. 254

5. Il «fatto» come «accadimento materiale» («fatto storico-naturalistico»), «scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico», nella lettura di Corte cost. n. 200 del 21 luglio 2016. 259

6. La non coincidenza della nozione di «fatto» nel diritto processuale penale e nel diritto penale sostanziale: alle origini di un equivoco? 262

7. «Fatto materiale» e valutazione nel delitto di false comunicazioni sociali: coesistenza o incompatibilità? 264

8. Dal «fatto contestato» al «fatto materiale contestato»: quali insegnamenti trarre da un film già visto? 271

9. «Fatto materiale contestato», ampiezza della valutazione giudiziale e probabile illusorietà dell'obiettivo "anti-discrezionale" perseguito dal d.lgs. n. 23/2015: qualche riflessione di chiusura, a mo' di pronostico sulla "digestione" del concetto di "materialità" e sul futuro (e probabilmente immutato) orientamento della giurisprudenza di legittimità. 285

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 361/2018

## 1. Breve premessa.

L'esegesi, in ottica disciplinare, della nozione di «fatto» (con tutte le difficoltà che già l'uso del singolare comporta[914]) e la riflessione in merito alla sua successiva qualificazione tramite l'utilizzo dell'aggettivo «materiale», avvenuta dapprima in via ermeneutica e poi in virtù di espresso intervento normativo, rappresentano questioni che, dal 2012 a oggi, hanno quasi invaso le cronache dottrinali (e in parte, anche se paradossalmente in minor misura, giurisprudenziali), alimentando un intenso, quanto singolare, dibattito[915]: intenso per la quantità e la qualità dei contributi che si sono via via accumulati, spesso percorrendo peraltro, sia pure in direzioni confliggenti, i medesimi sentieri interpretativi; singolare per via del convincimento circa la novità delle problematiche affrontate, che, in realtà, è tale solo se valutata entro l'ambito della materia giuslavoristica, e, più in particolare, entro il perimetro delineato dagli artt. 18, co. 4, St. lav., e 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

E, in effetti, temi quali la definizione del concetto di «fatto» (in senso puramente "materiale" oppure "giuridico") e la pretesa di circoscriverne i confini in termini rigorosamente storico-naturalistici, aggettivandolo come «materiale», lungi dal rappresentare una novità, costituiscono tòpoi piuttosto frequentati in altri contesti normativi, certo diversi dal diritto del lavoro, ma che offrono indubbiamente spunti per immaginare fertili occasioni di contatto, specie là dove si discuta di *potestas puniendi* latamente intesa, e, a monte, di rilevanza, a fini sanzionatori, di determinati comportamenti ritenuti meritevoli di censura, e soprattutto là dove ci si interroghi in merito all'opportunità di sottrarre il più possibile (o, almeno, nei limiti del possibile) all'organo giudicante buona parte della discrezionalità valutativa che è insita nell'atto stesso del giudicare.

Naturalmente non sfugge una certa qual ritrosia (talvolta apertamente manifestata[916], talaltra inconsapevole perché semplicemente frutto di pigrizia argomentativa) nei confronti della contaminazione tra diversi rami dell'ordinamento[917]. Ciò, però, non pare motivo bastevole per sottrarsi al confronto, vuoi perché una koinè non solo lessicale, ma anche concettuale è tutt'altro che ingiustificata, vuoi perché, anche per chi voglia limitarsi a volare più basso, è comunque utile osservare, sia pure in contesti diversi, quali possono essere le conseguenze interpretative ricavabili a) dall'attribuzione a un certo concetto (ai fini che qui interessano: di «fatto» prima, e di «fatto materiale» poi) di un determinato significato, b) dall'evoluzione normativa di un concetto, analizzata attraverso la particolare prospettiva offerta dalla sua aggettivazione (probabilmente pensata e voluta *ad excludendum*[918]), c) dalla finalità che induce il legislatore a intervenire per circoscrivere significato e portata di un concetto.

---

[914] In proposito v.: CARINCI F., *Complimenti, dottor Frankenstein. Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 19; CESTER C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pp. 569-570, e ID., *Le tutele,* in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI M. e CARINCI F., vol. V, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato* a cura di GRAGNOLI E., Padova, 2017, p. 957.

[915] Secondo alcuni, peraltro, del tutto inutile, quanto meno ai fini della distinzione fra tutela reintegratoria e risarcitoria: così RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 965 ss.

[916] V., ad esempio, molto esplicitamente RIVERSO R., *op. ult. cit.*, p. 965.

[917] Afferma che «tra i vari ordinamenti giuridici (civile, penale, amministrativo) la relazione sia osmotica», senza, però, trarne particolari conseguenze interpretative (salvo, poi, differenziare l'accertamento del fatto in ambito penale e lavoristico), RICCHEZZA V., *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito di operatività e licenziamento per giusta causa*, in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 1019 e p. 1027.

[918] Come si avrà modo di rilevare nelle pagine successive, allorché sarà esaminato l'uso che della medesima nozione viene fatto in altri settori dell'ordinamento, si tende a dire che «il richiamo al fatto materiale ha solo la portata di escludere le opinioni di natura soggettiva, i pronostici, le previsioni, ma non certo quelli che sono i dati di realtà sulla base dei quali le opinioni, i pronostici o le previsioni sono elaborati ed offerti e dai quali traggono la loro attendibilità»: così ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna,

Se, dunque, l'operazione cui ci si accinge appare nuova nei presupposti e nei possibili sviluppi, specie in sede di analisi della regolamentazione delle conseguenze del licenziamento disciplinare ingiustificato, è verosimilmente perché è stato dimenticato l'insegnamento di quel Maestro che, posta la perspicua distinzione tra accertamento dei fatti e valutazione in termini di rilevanza giuridica della fattispecie, osservava che una cosa è «accertare l'esistenza concreta di un fatto per se stessa», altra cosa è compiere quell'operazione per indagare «la sussumibilità del fatto sotto la legge»[919]: un insegnamento la cui eco ci pare sia rinvenibile solo in un passaggio della motivazione della (nel contempo enfatizzata e bistrattata) sentenza della Corte di Cassazione n. 23669/2014 e soprattutto, in precedenza, in quell'elegante costruzione di autorevole dottrina che ha teorizzato la distinzione tra il giudizio sulla sussistenza/insussistenza del fatto nella sua dimensione storico-naturalistica (cioè «in base all'elementare distinzione tra l'essere ed il non essere») e «la qualificazione del fatto quale giusta causa o giustificato motivo»[920].

## 2. La questione: dal «fatto» al «fatto materiale».

Tra le questioni che hanno maggiormente animato il dibattito successivo all'introduzione del contratto a tutele crescenti spicca, anche in virtù della cospicua dote ereditata dalla "legge Fornero" del 2012, quella riguardante l'interpretazione del concetto di «fatto materiale» (o, più correttamente secondo alcuni, di «fatto materiale contestato al lavoratore», con voluta accentuazione della "contestazione" rispetto alla "materialità"): concetto che delinea i contorni della fattispecie di cui all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (riguardante – come noto – le «ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa»), e l'«insussistenza» del quale comporta l'annullamento del licenziamento e la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotti *aliunde perceptum* e *aliunde percipiendum*.

---

2010, p. 280. Sul diverso versante giuslavoristico, per una lettura del «fatto» come «comportamento concreto tenuto dal lavoratore, commissivo od omissivo, da accertare "in natura"», e con esclusione di «ogni valutazione o qualificazione, lasciata al successivo momento dello *ius dicere*», v. CESTER C., *Le tutele,* cit., p. 956.

[919] GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 162.

[920] MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 438 ss. (e, in particolare, p. 440), cui aderiscono PESSI R., *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 31; DE LUCA TAMAJO R., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, *ibidem*, 2015, p. 272 ss.; e ID., *(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedimentali*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes* - 7/2017, p. 72 ss.; RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, cit., p. 963, e (quanto al mantenimento del giudizio bifasico dopo il d.lgs. n. 23/2015) ID., *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd* Jobs Act, in *Questione giustizia*, n. 3/2015, p. 16. Pare, invece, teorizzare una sorta di giudizio trifasico l'ordinanza di Trib. Bologna 24 luglio 2013 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 153 ss., con nota di DE SALVIA A., *Ancora sulle conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamento disciplinare illegittimo dopo la legge n. 92/2012*), la quale distingue, muovendo dalla contestazione, la ricostruzione della dimensione storica del fatto addebitato al lavoratore, l'accertamento dell'effettiva esistenza del fatto contestato e la sua riferibilità, tenendo conto della regola sull'onere della prova posto a carico del datore di lavoro dall'art. 5, l. n. 604/1966, e, infine, la verifica della sussumibilità del fatto nella nozione astratta di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo. Sullo sdoppiamento tra l'accertamento della legittimità o no del licenziamento e l'individuazione delle conseguenze sanzionatorie v. altresì CESTER C., *Le tutele,* cit., p. 1075 ss.

La disposizione rappresenta, per *communis opinio*, la (in)naturale evoluzione di quanto previsto dal 4° comma dell'art. 18 St. lav., come novellato dall'art. 1, co. 42, lett. b), l. n. 92/2012[921], che, sempre trattando della medesima tipologia di licenziamento, utilizza in rapida sequenza il concetto di «fatto contestato» insussistente e di «fatto rientra[nte] tra le condotte punibili con una sanzione conservativa […]», prospettando, in caso di ingiustificatezza del licenziamento, un apparato sanzionatorio pressoché analogo (annullamento del licenziamento nonché condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria)[922]. Ed è disposizione vistosamente influenzata dall'insoddisfazione del legislatore circa l'accoglienza riservata dagli interpreti (giudici di merito, *in primis*), appunto, al testo dell'art. 18 scaturito dalla "riforma Fornero" e soprattutto alla *ratio* a esso sottesa, innegabilmente volta a emarginare (o, meglio, a eliminare) la discrezionalità del giudice nelle ipotesi di sussistenza del «fatto contestato», relegandone l'esercizio, ai sensi del comma 5, ai soli casi di ingiustificatezza del licenziamento (per difetto degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa) diversi da quelli di cui al comma 4: e ciò secondo una logica magari anche opinabile, ma tutto sommato lineare (almeno negli intendimenti del legislatore del 2012) perché ispirata al principio secondo cui se il «fatto» sussiste (l'offesa, la sottrazione di beni, l'aggressione al datore di lavoro o ai colleghi, la detenzione e l'uso di sostanze stupefacenti, in generale l'adozione di comportamenti più o meno sconvenienti, talvolta attinenti alla sfera sessuale[923]), ma comunque non

---

[921] Scettico circa la possibilità di trovare una «soluzione finale convincente, nonostante l'acuirsi dell'indagine e contributi impegnativi», già in relazione all'art. 18, co. 4, si mostra GRAGNOLI E., *Alcuni recenti sviluppi del dibattito sul licenziamento per inadempimento nel dialogo con la giurisprudenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 920. PERSIANI M., *Presentazione*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedimentali*, cit., p. 4, ricorda, poi, che l'art. 3 non è norma interpretativa dell'art. 18; parla non di "norma", ma di «lettura interpretativa» PESSI R., *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, cit., p. 30, secondo cui il Governo avrebbe inteso «"educare" la magistratura» per indurla, tramite il decreto d.lgs. n. 23/2015, a ritornare alla *ratio* originaria della riforma del 2012, «recuperando, ai fini della concessione o meno della reintegra, la centralità della sussistenza o della insussistenza del fatto materiale posto alla base della risoluzione del rapporto» (negli stessi termini CHIETERA F., *Il fatto nel licenziamento disciplinare tra legge Fornero e Jobs Act 2*, in GHERA E. - GAROFALO D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015, p. 133, e soprattutto PISANI C., *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in PESSI R., PISANI C., PROIA G., VALLEBONA A., *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, p. 26). SAMBATI S., *La qualificazione del "fatto" nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del "dialogo" aperto dal legislatore delegato*, in FIORILLO L. - PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Torino, 2015, p. 186 si limita a formulare l'auspicio che l'art. 18 St. lav. venga letto alla luce delle disposizioni del d.lgs. n. 23/2015. Solo con una certa dose di ottimismo può, perciò, sostenersi che la nuova disciplina di cui all'art. 3, d.lgs. n. 23/2015 «si segnala per la sua chiarezza, sia terminologica che sistematica, contrariamente a quanto è avvenuto per la riscrittura dell'art. 18, legge n. 300/1970 a seguito della legge n. 92/2012»: così FIORILLO L., *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in FIORILLO L. - PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, cit., p. 106.

[922] Art. 18, co. 4: «Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, […]».

[923] Per evitare di prendere subito posizione in merito alla diatriba, a tratti stucchevole (PERSIANI M., *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, in *Quaderni di Arg. dir. lav.* ordinati da PERSIANI M. e CARINCI F., *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti - Seminario in onore di Michele De Luca* a cura di BRUSATI S. e GRAGNOLI E., n. 12, 2014, p. 18, la definisce «oziosa, se non sterile»; conf. DEL PUNTA R., *Il "fatto materiale": una riflessione interpretativa*, in *Labor*, 2016, p. 343, e CESTER C., *Le tutele,* cit., p. 1079), tra i sostenitori rispettivamente della tesi del "fatto materiale" e del "fatto giuridico", omettiamo volutamente qualunque riferimento alla *rubrica legis* di possibili reati: ciò che rischierebbe di ringalluzzire immediatamente, e perciò intempestivamente, la tesi del "fatto giuridico", peraltro sulla base di argomenti abbastanza irrilevanti. Sulla necessità di porre una particolare attenzione nella scelta delle parole in sede di contestazione disciplinare prima, e di licenziamento poi, v., ad esempio, la vicenda risolta da Cass. 22 marzo 2011, n. 6499, in cui è stato ritenuto illegittimo il licenziamento che, facendo seguito ad una contestazione disciplinare relativa alla constatazione di un "ammanco" di un certo quantitativo di merce semilavorata in oro, aveva richiamato altra ipotesi del CCNL, relativa al "furto" in azienda (in realtà dalla lettura della sentenza si

possono dirsi integrati gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa (evidentemente per motivi diversi da quelli di cui al comma 4[924]), ci potrà essere margine per il risarcimento (compreso tra un minimo e un massimo discrezionalmente determinabile dal giudice, fatto salvo l'«onere di specifica motivazione»), ma non per la reintegrazione.

Del resto, che il cuore della vicenda interpretativa risieda nella battaglia per il mantenimento/sottrazione (o, quanto meno, limitazione) della discrezionalità di giudizio[925] (in funzione della preservazione del massimo ambito di applicazione della tutela reintegratoria[926], e quindi, secondo una certa opinione, in contrasto con l'intenzione del legislatore del 2012 di «escludere la tutela reale in tutti i casi di licenziamento intimato a fronte di un fatto disciplinarmente rilevante»[927]) lo si desume chiaramente dalla lettura della motivazione dell'ordinanza bolognese[928] che, per prima,

---

desume che la contestazione disciplinare riguardava la «constatazione di un "ammanco" di un certo quantitativo di merce semilavorata in oro – che avrebbe dovuto essere conservata in una cassetta di sicurezza di cui il lavoratore aveva la chiave – del quale non era stato in grado di fornire giustificazione», mentre «nella lettera di licenziamento veniva richiamata l'ipotesi di cui all'art. 23 lett. B del CCNL, relativa al furto in azienda»: il che consente al giudice di rilevare l'introduzione di «circostanze nuove e diverse rispetto a quelle originariamente contestate», cioè «la riconducibilità del fatto "esclusivamente" alla persona del lavoratore»).

[924] Dunque, salvo vanificare il senso della distinzione tra i commi 4 e 5 dell'art. 18, per motivi che non possono consistere nella insussistenza del fatto contestato o nella riconducibilità del fatto tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi oppure dei codici disciplinari applicabili. Giunge, invece, a conclusioni diametralmente opposte, muovendo dall'esempio del furto, RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, cit., p. 977, il quale, peraltro, elabora un ragionamento difficilmente riproponibile nel nuovo contesto del d.lgs. n. 23/2015, e che, per l'esito cui conduce, spiega bene, sul piano – potrebbe dirsi – delle scelte politiche, il senso del tentativo di espungere il giudizio di proporzionalità: giudizio che (come ricordato da LISO F., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in VALLEBONA A. (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, n. 1/2012, p. 47) può condurre a risultati diversi da quelli ipotizzati dalla contrattazione collettiva.

[925] Lo colgono lucidamente e senza remore RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, cit., p. 969, nonché MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 419, che ricorda l'esempio del furto di modico valore, nonché ID., *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, in FIORILLO L. e PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, vol. IV, Torino, 2014, p. 174. Sul punto v. anche: RIVERSO R., *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in *http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_463149437.pdf*, pp. 9-10, e in *www.altalex.com/documents/news/2012/11/22/alla-ricerca-del-fatto-nel-licenziamento-disciplinare*; SANLORENZO R., *Introduzione: il diritto (e i giudici) del lavoro alla prova del Jobs Act*, in *Questione Giustizia*, 3/2015, p. 10; COLOSIMO C., *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. relaz. ind.*, 2012, p. 1025; nonché, in termini più generali (e critici), PERULLI A., *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, *passim*.

[926] Secondo alcuni, tradendo «lo scopo primario della riforma [che] era proprio quello di abolire, come normale rimedio contro il licenziamento ingiustificato, la sanzione della reintegra»: così PROSPERETTI G., *L'elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, p. 248.

[927] Così TURSI A., *L'articolo 18 e il "contratto a tutele crescenti"*, in *Dir. relaz. ind.*, 2014, p. 929, secondo cui «il legislatore [ha] voluto non certo eliminare la rilevanza della sproporzionatezza (che è una ipotesi di ingiustificatezza), ma sanzionare il difetto di proporzionalità con una misura indennitaria».

[928] Il riferimento è a Trib. Bologna, sez. lav., ord. 15 ottobre 2012, n. 2631 (confermata da App. Bologna 11 aprile 2013, n. 604), in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 907, annotata favorevolmente a p. 773 da CARINCI F., *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 1049, con note di CARINCI M.T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli posti dal sistema* (a p. 1052), di DE LUCA TAMAJO R., *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura* (a p. 1064), e di ROMEI R., *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?* (a p. 1072); e in *Dir. relaz. ind.*, 2012, p. 1133, con nota parzialmente critica di TURSI A., *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*; esprime apprezzamento nei confronti della decisione bolognese GHERA E., *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, p. 431-433, che, condividendo la teoria del "fatto giuridico", afferma che il giudizio sulla sussistenza non è un giudizio sulla realtà, ma è un giudizio di valore, cioè non di esistenza, bensì di qualificazione del fatto. Rileva, invece, l'evidente esorbitanza del provvedimento bolognese rispetto al *thema decidendum* (singolarmente sottaciuta da tutti coloro che si sono, invece, affrettati a denunciare l'analogo "difetto" di Cass. 6 novembre 2014, n. 23669) CAVALLARO L., *Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 228. Critico nei confronti della decisione bolognese è TREU T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giornale dir. lav. relaz. ind.*, 2013, p. 39.

si è interrogata circa il significato dell'espressione "insussistenza del fatto contestato" di cui all'art. 18, co. 4, St. lav.[929], pervenendo alla conclusione che la norma, «parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al c.d. fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo»: infatti, se si legge la motivazione di quel provvedimento[930], si può notare che il giudice giunge ad affermare l'inidoneità del comportamento addebitato ad integrare il concetto di giusta causa di licenziamento *ex* art. 2119 sulla base della «valutazione inerente la gravità del fatto»[931], cioè, appunto, in virtù di un giudizio di proporzionalità, per sua natura discrezionale[932].

E, in quest'ottica, non è un caso che anche la giurisprudenza successiva, di merito e di legittimità, al di là delle guerre di bandiera combattute sulla frontiera dell'interpretazione del «fatto» (se da intendersi, cioè, come fatto materiale o giuridico[933]), si sia, in realtà, concentrata essenzialmente

---

[929] In dottrina al medesimo risultato giunge chi, interpretando (non senza una certa dose di arbitrarietà) il termine «insussistenza» come distinto dal concetto di "inesistenza" (da intendersi evidentemente riferito al "fatto materiale"), ritiene che esso implichi «una valutazione del *fatto giuridico*, espressione quest'ultima che effettua una crasi tra la materialità del fatto storico e la sua colorazione giuridica, cioè la sua proiezione dinamica verso l'effetto giuridico»: così BUONCRISTIANI D., *Il licenziamento disciplinare. Tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, Padova, 2012, p. 136.

[930] Esercizio (quello della lettura della motivazione) forse non troppo praticato, se solo si consideri che non pare aver destato alcun particolare sussulto l'utilizzo, da parte dell'ordinanza bolognese, di passaggi argomentativi in cui si nega l'offensività dell'espressione «*maiale*» rivolta indistintamente al Gruppo di cui il lavoratore fa parte, e, di contro, si afferma «il contenuto implicitamente ed inutilmente denigratorio e contenutisticamente offensivo della professionalità» del lavoratore (*sic*!), insito nella frase «*Non devi confidare. Devi avere pianificato l'attività, quindi se hai dato come data il 24-07, deve essere quella la data di consegna dei dati. Altrimenti indichi una data diversa, che non è confidente ma certa, per favore*»: eppure sono probabilmente l'apatia e l'accondiscendenza nei confronti di queste valutazioni eufemisticamente sproporzionate (e di molte altre "curiose" vicende, che hanno dato origine ai severi giudizi di qualche cultore del diritto civile rammentati da VIDIRI G., *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 617, e che sono documentate, ad esempio, da DEL RE A., *In nome del popolo italiano?*, in BORNENGO M. e ORAZI A.M. (a cura di), *Art. 18: la reintegrazione al lavoro*, edito da Esculapio, Bologna, luglio 2012, citato e consultabile in *www.pietroichino.it/?p=22278*; per altri curiosi esempi v. anche la rassegna *Sentenze anomale in tema di licenziamento*, in *www.pietroichino.it/?p=33490*) la principale causa della "controriforma" avviata negli ultimi anni in alcuni settori del diritto del lavoro (non a caso MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 419 parla condivisibilmente di «variegato e sconfortante panorama offerto dalla giurisprudenza»).

[931] «Né» (afferma il Tribunale di Bologna nel cuore della motivazione) «può ritenersi che l'espressione "*insussistenza del fatto contestato*", utilizzata dal legislatore facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato, anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione».

[932] *Contra* TULLINI P., *Flessibilità in uscita: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in AA. VV., *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione* versus *garanzie*, Torino, 2013, p. 119, sia pure argomentando al di sopra del «limite normativo», cioè del «livello di adeguatezza o sufficienza della causale ai fini estintivi […] fissato da norme imperative e specificato dai contratti collettivi in base al principio di proporzionalità»: in realtà, al di sotto di quel limite la graduazione proporzionale della sanzione, se non vincolata a rigidi criteri aritmetici, costituisce manifestazione tipica della discrezionalità, quand'anche esercitabile entro limiti minimi e massimi.

[933] Di «battaglia interpretativa, passata alla storia come quella del "fatto materiale" contro il "fatto giuridico", cioè, per dirla più semplicemente e chiaramente, della mera condotta contro la condotta imputabile e colposa» parla CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. relaz. ind.*, 2013, p. 324, cui si rinvia anche per i contrapposti riferimenti dottrinali (v., in particolare, la nota 52); v. anche ID., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in CARINCI F. e TIRABOSCHI M., *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni - Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 37, 2015, p. 76. La contrapposizione fra le due nozioni non convince, invece, DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in PEDRAZZOLI M., *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Milano, 2014, p. 36, il quale, ragionando intorno al novellato art. 18, e rilevata una «indebita sovrapposizione tra un concetto normativo ed una nozione – quella di fatto giuridico – che appartiene alla teoria generale del diritto», osserva che «anche se il fatto inteso dal legislatore fosse quello "materiale", […] tale fatto sarebbe pur sempre "giuridico"». La

sulla questione cruciale (più che del riconoscimento o disconoscimento della discrezionalità) dell'ampiezza della discrezionalità riconoscibile in capo al giudice (questione – a dire il vero – risolta sin dall'inizio in senso assai largheggiante, data la propensione dei giudici di merito a includere nella nozione di «fatto contestato anche l'elemento soggettivo»[934]).

## 3. Dicotomie interpretative dottrinali e univoci approdi giurisprudenziali: la scelta di campo della Cassazione dinanzi al novellato art. 18, co. 4, St. lav.

Posta dinanzi al testo del novellato comma 4 dell'art. 18 St. lav., e ben consapevole del dibattito dottrinale sviluppatosi intorno all'interpretazione del concetto di «fatto» ivi menzionato (se da intendersi, cioè, in senso materiale o giuridico[935]), la giurisprudenza di legittimità non ha avuto

---

«battaglia» è ridotta a «falso problema» da TURSI A., *L'articolo 18 e il "contratto a tutele crescenti"*, cit., p. 929, il quale ritiene «inconcepibile che possa ricollegarsi alcuna sanzione, né risolutoria né indennitaria, a un fatto che non costituisce inadempimento contrattuale, e che "fatto insussistente" sul piano disciplinare significa semplicemente "fatto che non costituisce infrazione disciplinare».

[934] In proposito v. in questo senso già la prima rassegna di giurisprudenza offerta da BIASI M., *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 1257 ss.: in particolare, v. l'elaborata argomentazione di Trib. Ravenna 18 marzo 2013 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 549, con nota di BOLEGO G., *Il licenziamento disciplinare nel prisma della disciplina introdotta dalla l. n. 92/2012*; in *Lav. giur.*, 2013, p. 567, con nota di FERRARA M.D., *I licenziamenti individuali nel prisma dell'applicazione responsabile delle nuove norme processuali e sostanziali*; in *Dir. relaz. ind.*, 2013, p. 790, con nota di DEL FRATE M., *Rimedi al licenziamento disciplinare illegittimo e principio di proporzionalità*), che pare distinguere l'elemento soggettivo propriamente detto (dolo e colpa) dalla «imputabilità della condotta (che richiede la capacità naturale e con esclusione dei casi di forza maggiore o caso fortuito)». Per un'interessante rassegna di giurisprudenza sulle sentenze in tema di reintegrazione emesse dal Tribunale di Venezia nel 2012 (ultimo anno di vigenza del "vecchio" art. 18), poste a confronto con l'interpretazione del "nuovo" art. 18 «per verificare se mutano o meno le conclusioni del caso concreto», v. PERINA L. [e VISONÀ L.], *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art. 18*, in FIORILLO L. e PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 238 ss. Ulteriori ampi riferimenti giurisprudenziali sul licenziamento disciplinare si trovano in: SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra* law and economics *e giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 372 ss., ID., *Il licenziamento disciplinare*, in *Giornale dir. lav. relaz. ind.*, 2014, pp. 366-367 e p. 375 ss.; GRAMANO E., *Illegittimità del licenziamento disciplinare e tutele del lavoratore nel nuovo art. 18 St. Lav.*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 1146, nota 1; BARBIERI M., *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, pp. 338-343; FERRARESI M., *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *Dir. relaz. ind.*, 2013, p. 338 ss.; AIELLO F., *Alcune questioni in tema di licenziamento per motivi disciplinari*, in *Giornale dir. lav. relaz. ind.*, 2014, p. 389 ss.; PICCININI A., *Licenziamento disciplinare: il* fatto materiale *tra legge Fornero e Jobs Act*, in *Lav. giur.*, 2016, p. 340, nota 5; SAMBATI S., *La qualificazione del "fatto" nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del "dialogo" aperto dal legislatore delegato*, cit., p. 179 ss.; OCCHINO A., *Le tutele* versus *il licenziamento illegittimo: una rassegna sulla giurisprudenza più recente dopo la novella dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. relaz. ind.*, 2014, pp. 765-767; CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 956, nota 575; nonché la rassegna di giurisprudenza curata da DE SALVIA A., in BARBIERI M., DALFINO D. (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero aggiornato al D.L. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. "pacchetto lavoro"*, Bari, 2013, p. 107. Per alcune prime specifiche applicazioni dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 v. Trib. Milano 3 novembre 2016 e Trib. Torino 16 settembre 2016 (che ravvisano l'insussistenza del fatto materiale contestato nel licenziamento per mancato superamento del periodo di prova in caso di nullità della relativa clausola) nonché Trib. Milano 5 ottobre 2016 (che giunge al medesimo risultato in caso licenziamento per asserita interruzione del rapporto fiduciario a causa di malattia prolungata, ma senza superamento del periodo di comporto), tutte in *Dir. relaz. ind.*, 2016, p. 544, con nota critica di SANTINI F., *L'elaborazione giurisprudenziale in materia di "insussistenza del fatto materiale"* ex *articolo 3, comma 2, decreto legislativo n. 23/2015*.

Circa le conseguenze di questo orientamento giurisprudenziale, che si traduce in una «operazione interpretativa […] che collide con le finalità della riforma ed il cui risultato pratico è di lasciare pressoché intatta l'area di applicazione della reintegra», v. SANTINI F., *I licenziamenti per motivi soggettivi dopo la legge n. 92/2012: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. relaz. ind.*, 2013, p. 1009.

Con riferimento all'art. 18 v. altresì la posizione di PALLADINI A., *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 674, il quale ritiene che dovrebbe distinguersi a seconda che l'elemento soggettivo sia «parte integrante dell'illecito contestato, quale risulta essere stato tipizzato dalla contrattazione collettiva (e *a fortiori* se univocamente connotato in termini dolosi)» oppure no, nel primo caso «l'appurato difetto (o la carenza di prova) di esso potrebbe seguire le sorti dell'accertata insussistenza del fatto», mentre nel secondo caso «la mancata ricognizione (ovvero l'apprezzamento di grado ridotto) di un atteggiamento antidoveroso della volontà del lavoratore dovrebbe incanalare la decisione del giudice verso l'applicazione della tutela meramente economica».

[935] Ampi riferimenti dottrinali contrapposti in SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra* law and economics *e giurisprudenza*, cit., pp. 369 e 381, rispettivamente note 96 e 102. Per un riepilogo, anche critico, delle varie tesi elaborate a proposito della

esitazioni e, fatto salvo un equivoco pronunciamento iniziale (il cui principale merito – a dire il vero – pare essere stato soprattutto quello di ispirare, se non addirittura influenzare[936], il legislatore del 2015, «dilettante di sensazioni»[937], dettando pressoché testualmente il contenuto dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015), ha preso nettamente posizione per una lettura inclusiva della norma, volta, cioè, non a restringere il concetto di «fatto» al semplice accadimento storico-naturalistico, ma a comprendere anche i profili di illiceità della condotta (in questi termini, infatti, si era polarizzato il dibattito dottrinale[938]).

Scrivo volutamente, in forma più criptica, di presa di posizione per una lettura inclusiva (o, se si preferisce, estensiva) dell'art. 18, e non – più direttamente e senza troppi fronzoli – di adesione alla tesi del "fatto giuridico" perché questa è espressione che viene utilizzata per la prima volta dalla Cassazione solo in una recente sentenza, la n. 13383 del 26 maggio 2017, in cui si legge, appunto, che «nella locuzione "insussistenza del fatto contestato" il fatto deve intendersi in senso giuridico e non meramente materiale»[939]. Di contro, nelle precedenti sentenze che affrontano la medesima problematica (risolvendola univocamente) è dato leggere spesso di «fatto materiale»[940] (espressione già sdoganata nel linguaggio della giurisprudenza di legittimità da Cass. 6

---

nozione di "fatto contestato" v. FEDELE I., *Il licenziamento disciplinare*, in DI PAOLA L. (a cura di), *Il licenziamento - Dalla legge Fornero al* Jobs Act, Milano, 2016, p. 160 ss.

[936] CARINCI F., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, cit., p. 77.

[937] Secondo l'azzeccata citazione crociana di GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 246/2015, p. 18. Anche RIVERSO R., *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd* Jobs Act, cit., p. 20, e ID., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, in *www.questionegiustizia.it/articolo/i-licenziamenti-disciplinari-tra-jobs-act-e-riform_23-02-2015.php*, ritiene che, frutto di un «improvvido bluff», «la carta del fatto materiale […] vale poco».

[938] Per i due diversi schieramenti dottrinali, sorti a proposito dell'interpretazione del novellato art. 18 St. lav. rispettivamente a favore della tesi del fatto come mero accadimento della realtà, da interpretarsi alla stregua dell'«elementare distinzione fra essere e non essere» (così MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 440) oppure come fatto giuridico, comprensivo del «momento valutativo e dunque coincidente con l'inadempimento e financo inclusivo, secondo taluni, del giudizio in ordine alla gravità dello stesso, nel rispetto del principio di proporzionalità», v. tra i molti, anche per i numerosi riferimenti bibliografici: CESTER C., *Le tutele*, cit., pp. 958-959 (note 582-584); DEL CONTE M. e FRATELLO B., *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni soggettive*, in PERSIANI M. e LIEBMAN S. (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro - La legge n. 92 del 2012 (cd.* "riforma Fornero*") dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, Torino, 2013, pp. 328-329 (note 29 ss.) e p. 332 ss.; SORDI P., *Il licenziamento disciplinare*, in ZILIO GRANDI G. e BIASI M. (a cura di), Padova, 2016, p. 187.

[939] Non mi pare, infatti, possa riconoscersi alcuna primogenitura al fugace passaggio rinvenibile nella motivazione di Cass. 7 maggio 2013, n. 10550, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1867, in cui, con riferimento al sistema introdotto dalla legge n. 92/2012, pure si menziona il «fatto (giuridico) che ha determinato il provvedimento espulsivo». Anche in dottrina al «"fatto materiale" considerato nei suoi elementi oggettivi (azione/omissione, nesso di causalità, evento) e privo di qualsiasi connotazione legata alla condotta (intenzionalità, grado della colpa, ecc.)» si è inizialmente contrapposto il «"fatto inclusivo" anche degli aspetti connessi al comportamento del lavoratore sotto il profilo dell'elemento soggettivo (dolo, colpa, intensità di entrambi, ecc.)», non ancora denominato "giuridico": così SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 552-553.

[940] Cass. 20 settembre 2016, n. 18418. Riguarda, invece, non la questione della insussistenza del fatto contestato, bensì quella del fatto sussistente, che, però, rientra fra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base dei codici disciplinari applicabili Cass. 11 febbraio 2015 n. 2692, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 633, con nota di CHIAROMONTE W., *La reintegrazione per licenziamento disciplinare sproporzionato fra riforma Fornero e* Jobs Act: *quali margini di apprezzamento per il giudice?* (che pure viene menzionata da CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, in CARINCI F. e CESTER C., *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, n. 46, University Press, p. 82, e da SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, pp. 122-123, come pronuncia che avrebbe «implicitamente ribadito che un fatto, pur se sussistente, deve essere valutato anche nella sua componente soggettiva»).

novembre 2014, n. 23669[941], che, peraltro, omette di darne una qualche definizione[942], limitandosi a distinguere il concetto da quelli di giusta causa o giustificato motivo) o di altre locuzioni simili (ad esempio, «fatto materialmente accaduto»[943] oppure «insussistenza materiale del fatto contestato»[944]), ma mai di "fatto giuridico"[945]: il che – a ben vedere – può apparire anche abbastanza singolare ove si consideri che l'aggettivo «materiale», seppur presente *ab origine* nel dibattito dottrinale[946], è di impiego recente nel linguaggio giuslavoristico e viene utilizzato, tra l'altro, non nella norma statutaria (oggetto delle decisioni della Suprema Corte), ma nell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

A ogni buon conto, la posizione che ormai può dirsi pressoché univoca della Cassazione è nel senso della preferenza dell'opzione interpretativa secondo cui la locuzione «insussistenza del

---

[941] In *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 874, con nota di VALLEBONA A., *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 25, con note a p. 32 di DEL PUNTA R., *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, e a p. 39 di MARTELLONI F., *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e* Jobs Act?; in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 229 ss., con nota di FERRANTE V., *La Cassazione si pronunzia per la prima volta sull'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?*; in *GiustiziaCivile.com*, 6 maggio 2015, con nota di PESSI A., *Licenziamento disciplinare e fatto materiale*; in *Foro it.*, 2014, c. 3418, con nota di richiami di PERRINO A. e nota di DE LUCA M., *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*; in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 1381 (e ivi, a p. 1279 ss., il medesimo saggio, riprodotto con diverso titolo, di DE LUCA M., Fatto materiale *e* fatto giuridico *nella* riforma della tutela reale *contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*, il quale pone in rilievo come la Suprema Corte abbia applicato la reintegrazione «nonostante la *sussistenza* – sia pure *parziale* –, del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – in dipendenza della *insussistenza* soltanto di alcuni elementi – del *fatto* medesimo – ritenuti indispensabili, tuttavia, per integrarne – quale *nucleo essenziale*, appunto – giusta causa o giustificato motivo soggettivo»; l'espressione «nucleo essenziale del fatto contestato», la cui mancanza configura, appunto, l'«insussistenza del fatto», è già in VALLEBONA A., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. relaz. ind.*, 2012, p. 622). V. altresì CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 82 ss., nonché RIVERSO R., *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd* Jobs Act, cit., p. 19, nonché ID., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, cit., il quale evidenzia i numerosi interrogativi lasciati aperti dalla Cassazione.

[942] Lo rileva già CARINCI F., *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti* ex *art. 18 Stat. lav. "versione Fornero"*, in *Lav. giur.*, 2017, p. 743 (il saggio è pubblicato anche in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 924 ss. con il titolo *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti* ex *art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 "versione Fornero"*); ID., *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, cit., p. 77, il quale si mostra subito scettico circa la possibilità di utilizzare l'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 per interpretare autenticamente la precedente formula di cui all'art. 18, co. 4, St. lav., osservando che «anzi la esplicita qualificazione del fatto contestato come "materiale" effettuata all'articolo 3, comma 2, potrebbe ben far supporre che *a contrario* quello considerato dall'articolo 18, comma 4, Stat. lav., vada considerato come "giuridico", comunque si intenda tale contrapposizione» (così a p. 78).

[943] Cass. 16 maggio 2016, n. 10019.

[944] Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, p. 102, con nota di MAZZOTTA O., *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori* (che in altra sede definisce la sentenza "periana" perché ispirata a «buon senso»: v. ID., *Il licenziamento disciplinare alla prova di un giurista antropologo*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 668), e in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 1128, con nota di PELUSI L.M., *L'irrilevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del* Jobs Act?; su questa sentenza (e anche su Cass. 13 ottobre 2015, n. 20545) v. pure ICHINO P., *Due sentenze di cassazione sulla disciplina dei licenziamenti*, in *www.pietroichino.it/?p=37694*.

[945] Concetto impiegato, invece, nell'ordinanza di Trib. Bologna, sez. lav., 15 ottobre 2012, n. 2631. Di "fatto giuridico" non parla nemmeno Trib. Brescia 16 gennaio 2015, nonostante la massima riportata in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 725 (con nota di ALOISI A., *Licenziamento disciplinare e valutazione circa l'insussistenza del fatto (giuridico) contestato al lavoratore*) utilizzi l'espressione «fatto accertato nella sua globalità e verificato alla luce della sua definizione giuridica e non meramente materiale» (in realtà, la decisione bresciana si caratterizza per l'identificazione del «fatto contestato» come «fatto "imputabile" al lavoratore», cioè commesso con «coscienza e volontà»).

[946] È un aggettivo usato già da MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 436 per indicare le ipotesi in cui «la verifica del giudice [sulla sussistenza del fatto che ha determinato il licenziamento] viene effettuata senza alcuna discrezionalità (il fatto c'è o non c'è)» (sul punto v. anche p. 438, ove l'Autore parla di riscontro del fatto «nella sua materialità», che poi «diviene oggetto di valutazioni discrezionali per quanto attiene l'ulteriore profilo della sua idoneità ad integrare una causa legittimante il licenziamento», nonché p. 441).

fatto contestato» comprenderebbe «anche quella del fatto materialmente sussistente, ma non illecito[947], non essendo plausibile che il legislatore, parlando di "insussistenza del fatto contestato", abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente, ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione»[948].

Muovendo dal presupposto che «il comma 4 deve intendersi come riferito a fatti ontologicamente disciplinari», gli argomenti che la più recente decisione della Suprema Corte adduce a conforto di quell'opzione sono tre[949].

In primo luogo, l'irrilevanza giuridica del mero fatto «al di fuori della qualificazione che, in maniera espressa od implicita, ne fornisca una data norma»[950].

In secondo luogo, sul versante processualistico, la configurazione di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento come fatti impeditivi o estintivi del diritto del dipendente di proseguire nel rapporto di lavoro, cioè eccezioni che, in quanto tali, «sono composte da un fatto (inteso in

---

[947] Di «forza espansiva dell'"insussistenza del fatto contestato"» parla DEL PUNTA R., *I dolori del giovane 18: note sul licenziamento disciplinare*, in *csdle.lex.unict.it/Archive/ OT/From%20our%20users/20180108-101254_I_dolori_del_giovane_18pdf.pdf*, p. 1.

[948] È stata, invece, di recente rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione la questione della natura del vizio del licenziamento intervenuto in forza di contestazione tardiva: in proposito v. Cass. 21 aprile 2017, n. 10159, la quale evidenzia l'esistenza di «due orientamenti contrastanti: a) l'uno che ritiene che la tardività né della contestazione, né del licenziamento, collocandosi sul diverso piano di conformazione al principio generale di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto di lavoro (Cass. 16 aprile 2007, n. 9071), non attinga sotto alcun profilo all'insussistenza del fatto contestato, comunque ricorrente nella sua essenza ontologica, indipendentemente dalla sua accezione in senso materiale (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669), piuttosto che giuridica (Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540); b) l'altro orientamento, cui può ricondursi la sentenza n. 2513/2017 [del 31 gennaio], secondo cui la contestazione intempestiva, indipendentemente dalla sussistenza della condotta, ne dimostra l'irrilevanza ai fini della prosecuzione del rapporto, dove la valutazione di irrilevanza proviene dallo stesso datore di lavoro, il quale pur consapevole dell'illecito tenuto dal lavoratore, non ritiene necessario richiedere giustificazioni, manifestando la volontà di prosecuzione del rapporto, così dimostrando, per fatto concludente, la scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.). Se una condotta ritenuta di scarsa rilevanza non può considerarsi inadempimento, la contestazione tardiva deve ritenersi irregolare non soltanto sotto il profilo procedimentale, ma anche sotto quello sostanziale, perché di fatto comporta un mutamento di valutazione di gravità della condotta da parte del datore di lavoro che ha subito tale condotta, in un momento successivo a quello in cui era stato invece manifestato un disinteresse per l'inadempimento ed un interesse invece alla prosecuzione del rapporto» (più in particolare, secondo Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513, il fatto contestato tardivamente è insussistente perché inidoneo a essere verificato in giudizio: critica nei confronti di questa decisione TULLINI P., *I vizi procedurali del licenziamento disciplinare*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedimentali*, cit., p. 116). Con la sentenza n. 30985 del 27 dicembre 2017 le Sezioni Unite della Cassazione hanno preso posizione a favore della tesi dell'applicazione della tutela indennitaria forte, sul presupposto che l'inadempimento del datore non può essere una condizione che consente un'eventuale reintegra.

[949] Cass. 26 maggio 2017, n. 13383 è, in realtà, la prima sentenza che motiva la propria scelta di campo, limitandosi le altre decisioni a postulare l'equivalenza tra fatto insussistente e fatto sussistente, ma privo del carattere di illiceità e, perciò, irrilevante sul piano giuridico (così Cass. 31 maggio 2017, n. 13799; Cass. 20 settembre 2016, n. 18418; Cass. 16 maggio 2016, n. 10019; Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540). Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745, poi, dilata il concetto di "insussistenza del fatto" (e conseguentemente l'area di applicazione della tutela reintegratoria) all'ipotesi di radicale difetto di contestazione dell'infrazione (che – si afferma – determina l'inesistenza dell'intero procedimento, e non solo l'inosservanza delle norme che lo disciplinano).

[950] Si rammenti che, anche secondo Cass. 13 ottobre 2015 n. 20540, «la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale»: a tale principio intende espressamente dare continuità Cass. 16 maggio 2016, n. 10019, che riconduce all'ipotesi dell'«insussistenza del fatto contestato» non solo i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo oppure quanto al profilo, soggettivo, della imputabilità della condotta al dipendente (da ultimo v. altresì, negli stessi termini, Cass. 5 dicembre 2017, n. 29062, e, quanto al «fatto fenomenicamente accaduto ma non attribuibile al lavoratore al quale è stato contestato», Cass. 18 luglio 2017, n. 17736). In dottrina v., fra gli altri, DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 36, secondo cui l'insussistenza del fatto materiale contestato non può non includere anche l'ipotesi in cui il fatto, risultato sussistente, non sia, però, imputabile al lavoratore, e TREMOLADA M., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav. per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 877, e ID., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.*, in CARINCI F. e MISCIONE M., *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Supplemento a *Dir. prat. lav.*, n. 33 del 15 settembre 2012, p. 53.

senso storico-fenomenico) e dalla sua significatività giuridica (in termini di impedimento, estinzione o modificazione della pretesa azionata dall'attore)»[951].

In terzo luogo, «in un'ottica sostanzialistica e di coerenza interna del vigente art. 18 Stat. lav., nonché di compatibilità costituzionale», l'assunto secondo cui «se per insussistenza del fatto contestato si intendesse quella a livello meramente materiale si otterrebbe l'illogico effetto di riconoscere maggior tutela (quella reintegratoria c.d. attenuata di cui all'art. 18, comma 4) a chi abbia comunque commesso un illecito disciplinare (seppur suscettibile di mera sanzione conservativa alla stregua dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili) rispetto a chi, invece, non ne abbia commesso alcuno, avendo tenuto una condotta lecita», con conseguente «irragionevole disparità di trattamento, in violazione dell'art. 3 Cost., oltre che d'una intrinseca e inspiegabile aporia all'interno della medesima disposizione di legge»[952].

Questa, allo stato, rappresenta la più avanzata spiegazione delle ragioni che fonderebbero la preferenza per la tesi del "fatto giuridico" nell'interpretazione del novellato art. 18[953]. Sennonché, come già annotato puntualmente da autorevole dottrina con riferimento, tra l'altro, a precedenti decisioni molto meno elaborate, anche questa sentenza omette completamente di rendere ragione della distinzione tra i commi 4 e 5 dell'art. 18[954], e, cioè, della differenza che intercorre tra il fatto (inclusivo dell'inadempimento) insussistente e il fatto sussistente, ma non grave, ipotesi che condurrebbero entrambe alla tutela reale[955]: differenza recuperabile, in quell'ottica, evidentemente solo assecondando l'idea di Cass. 6 novembre 2014, n. 23669[956], secondo cui la sussistenza del "fatto materiale" preclude al giudice di valutare la proporzionalità del licenziamento, che dunque, se sproporzionato, può condurre solo alla tutela indennitaria (un'idea – si badi bene

[951] In proposito Cass. 26 maggio 2017, n. 13383 afferma che «per sua stessa natura l'eccezione non ha mai ad oggetto un mero fatto, ma sempre un fatto giuridico».

[952] La Cassazione fa proprio il paradosso sostenuto anche da vari Autori (ad esempio, MAZZOTTA O., *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, p. 103, a commento di Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540), secondo cui, per i teorici del "fatto materiale", «al fatto materiale esistente, ma irrilevante disciplinarmente, può invece legittimamente essere collegata la sanzione esclusivamente economica»: in realtà, questa non è la posizione espressa dai sostenitori della tesi del "fatto materiale", ma è l'estremizzazione delle conseguenze di quella tesi operata dai sostenitori della contrapposta teoria del "fatto giuridico".

[953] La dottrina processualistica ha individuato un'ulteriore ragione a supporto della tesi del "fatto giuridico", affermando che, quando vengono in considerazione molteplici aspetti del fatto contestato, «con una variegata gradazione d'importanza» (e, dunque, si pone il problema di «stabilire quando può considerarsi integrato *il nucleo* del fatto contestato e quando, invece, si resta sotto la soglia della sussistenza del fatto contestato»), «rileva la *proiezione giuridica* del fatto», perché «è la valutazione giuridica del fatto (come mancanza o inadempimento) che fa da collante alle singole sfaccettature del fatto storico»: così BUONCRISTIANI D., *Il licenziamento disciplinare. Tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, cit., p. 135.

[954] Evidente esempio di questa difficoltà è la pur appassionata ed elaborata argomentazione di RIVERSO R., *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, cit., p. 8, che si rivela, appunto, poco persuasiva proprio nella parte dedicata all'individuazione del campo di applicazione del comma 5.

[955] Sul punto v. MAZZOTTA O., *op. cit.*, p. 106, il quale osserva che «se si fa coincidere la nozione di fatto con quella di fatto "valutato" in termini di inadempimento, tende a sfumare, pressoché integralmente, la distinzione fra tutela reale (dimidiata) e tutela economica, riproducendosi la logica binaria sussistenza/insussistenza dell'inadempimento»: non è chiaro, però, perché «se l'inadempimento c'è ed è grave il licenziamento è legittimo», e «se l'inadempimento non c'è il licenziamento è illegittimo», «in ambedue i casi scatta […] sempre e comunque la tutela reale», posto che in caso di licenziamento legittimo non c'è ovviamente alcuna tutela reale.

[956] Fatta propria anche da Cass. 16 maggio 2016, n. 10019 (che colloca il difetto di proporzionalità nelle «altre ipotesi» di insussistenza della giusta causa – o del giustificato motivo soggettivo –, per le quali l'art. 18 prevede, al comma 5, la sola tutela indennitaria) e da Cass. 20 settembre 2016, n. 18418, che, però, esclude dal giudizio di proporzionalità, ritenendolo soggetto alla tutela reale, e non alla sola tutela indennitaria, «un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare sostanzialmente inapprezzabile» (infatti, in questo caso – argomenta la Cassazione –, mancando il requisito dell'antigiuridicità, si esce dal campo del giudizio di proporzionalità).

– che sembra quasi più una premonizione o – se si preferisce – un suggerimento al futuro legislatore[957] – non a caso recepito nel d.lgs. n. 23/2015[958] –, che un'interpretazione dell'art. 18)[959].

Dunque, riepilogando, l'orientamento giurisprudenziale che si è ormai venuto consolidando in sede di legittimità a proposito dei novellati commi 4 e 5 dell'art. 18 (con il conforto di buona parte della dottrina) può essere riassunto nei seguenti termini:

- il «fatto contestato», della cui insussistenza parla il comma 4, deve essere inteso in senso "giuridico";

- la qualificazione del "fatto" in senso "giuridico" comporta necessariamente che l'indagine del giudice si estenda ai profili dell'illiceità della condotta, cioè presuppone la valutazione dell'inadempimento[960];

- al contrario, della nozione di "fatto materiale" non viene offerta alcuna definizione, salvo un fugace cenno al concetto di «fatto (inteso in senso storico-fenomenico)», contenuto nella motivazione di Cass. 26 maggio 2017, n. 13383, solitamente intendendosi che il cosiddetto "fatto materiale" corrisponda al "fatto" senza aggettivi;

- l'ipotesi dell'«insussistenza del fatto contestato» comprende sia l'insussistenza del fatto materiale[961], sia i casi di assenza di illiceità del fatto, pur esistente (cioè l'irrilevanza giuridica, e, dunque, disciplinare, per mancanza di inadempimento tale da configurare giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento), e di difetto di imputabilità del fatto al lavoratore: in realtà, l'ingresso dell'inadempimento è soprattutto frutto di un'operazione interpretativa compiuta dalla dottrina, posto che nelle motivazioni delle prime sentenze emesse dalla Cassazione quel concetto non compare mai;

- la differenza tra le ipotesi di cui ai commi 4 (tutela reale attenuata) e 5 dell'art. 18 (tutela indennitaria) è preservata e giustificata collocando nell'alveo del comma 5 il giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato[962].

---

[957] Cass. 25 maggio 2017, n. 13178 parla di anticipazione della soluzione poi recepita dal legislatore nell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

[958] Al momento non pare, però, abbia trovato conferma la previsione di PISANI C., *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 99 circa un utilizzo retroattivo, a fini ermeneutici, dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

[959] Ritiene, invece, che vi sia margine per il giudizio di proporzionalità MAZZOTTA O., *op. cit.*, p. 107, il quale, ispirandosi al parallelismo tra «(mancanza di) "giustificazione" e (mancanza di) "giustificatezza" del licenziamento del dirigente, applica la tutela reintegratoria attenuata in caso di assenza di rilievo disciplinare e anche quando vi è «una distanza siderale tra inadempimento e licenziamento (ad es. ove il lavoratore venga licenziato per un ritardo di pochi minuti)» (sulla ineludibilità del principio di proporzionalità v. anche ID., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 19).

[960] In dottrina, fra i primi, v. SANTORO-PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 232 ss.

[961] V., però, Cass. 7 maggio 2013, n. 10550, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1867, che parla nel contempo di «fatto (giuridico) che ha determinato il provvedimento espulsivo» e di «inesistenza della condotta addebitata».

[962] In proposito, con chiarezza ancora maggiore rispetto a Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, v. Trib. Tivoli, ord., 14 novembre 2014 (in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1059, con nota di FELTRE A., *Proporzionalità del licenziamento disciplinare e regime sanzionatorio applicabile*): «Il giudizio di proporzionalità è limitato alla valutazione circa la congruità tra fatto e sanzione e, pertanto, è estraneo alla materialità dell'addebito: il fatto, invero, è già accertato onde il giudizio di proporzionalità è condotto in una fase successiva». Particolarmente critico nei confronti di un'interpretazione restrittiva dell'art. 18, co. 4, è CANNATI G., *Profili d'incostituzionalità della riforma sui licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 210 ss.

Questo percorso esegetico presenta una certa coerenza, ma incappa in due evidenti lacune: l'omessa definizione della nozione di "fatto materiale"[963]; la mancata spiegazione della collocazione del giudizio di proporzionalità all'interno del comma 5, omissione che non pare del tutto irrilevante ove si consideri che la valutazione di ingiustificatezza di un licenziamento, fondata sulla sproporzione tra fatto contestato (inteso come inadempimento) e sanzione espulsiva (valutazione che conduce all'affermazione dell'irrilevanza disciplinare del fatto contestato e, dunque, al riconoscimento della tutela reintegratoria di cui al comma 4, quando, appunto, il comportamento ha uno «scarsissimo rilievo disciplinare»[964], cioè configura un «inadempimento» non «notevole» o una causa che consentirebbe la prosecuzione del rapporto), deriva pur sempre da un giudizio di proporzionalità (che però, in contrasto con l'assunto di partenza pensato proprio per differenziare i commi 4 e 5[965], e nonostante se ne postuli l'ubicazione concettuale all'interno del comma 5, viene utilizzato operativamente nel contesto del comma 4).

Di qui la curiosità di indagare il significato di concetti quali "fatto", "materialità", "sussistenza/insussistenza" in contesti diversi dal diritto del lavoro (per di più caratterizzati, per natura, da una finalità punitiva) al fine di verificare quali percorsi logici abbia seguito il legislatore nel riempire di contenuti una certa nozione, nel modificarla, nel caratterizzarla con una determinata aggettivazione.

## 4. Fatto storico-naturalistico e fatto giuridico: uno sguardo al dibattito giurisprudenziale in sede penale.

Che il concetto di «insussistenza del fatto» trovi il suo *habitat* naturale nel diritto penale (oltre che, naturalmente, nel diritto processuale penale) è francamente innegabile[966]: il rilievo è stato subito posto in luce dai più avveduti commentatori[967] (che, peraltro, si sono in genere limitati a

[963] Non sfugge alla domanda, invece, App. Brescia 12 maggio 2015, n. 173 (in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 988, con nota di CANGEMI V., *In bilico tra fatto materiale e fatto giuridico lungo il crinale della proporzionalità*), la quale include nel concetto di «fatto materiale contestato» (espressione anticipatrice dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015), oltre agli «elementi materiali dell'illecito disciplinare (condotta, nesso di causa ed evento)», anche, "recuperandoli" dal comma 5 dell'art. 18, «l'antigiuridicità, l'imputabilità, la volontarietà della condotta, l'elemento soggettivo ed infine il difetto di proporzionalità», cioè l'«insieme degli elementi del fatto», da valutare globalmente, «indagando l'elemento psicologico del lavoratore e gli elementi della valutazione giuridica»: è in tal senso emblematico l'esempio del furto, a proposito del quale, secondo la Corte bresciana, il fatto contestato deve dirsi insussistente non solo se il reato «non sia mai stato materialmente commesso, ma anche se l'impossessamento del bene altrui sia avvenuto a seguito di autorizzazione, oppure per errore o in stato d'incoscienza o per forza maggiore o senza fine di profitto».

[964] Per usare le parole di MAZZOTTA O., *op. loc. ult. cit.*

[965] Ché questa appare l'unica spiegazione pensata per giustificare quella collocazione topografica del giudizio di proporzionalità.

[966] V. infatti, con molta chiarezza, DEL PUNTA R., *Il "fatto materiale": una riflessione interpretativa*, cit., p. 344 («l'illecito disciplinare è modellato proprio sul prototipo dell'illecito penale»), critico nei confronti delle sdegnose ritirate di molti giuslavoristi «quando emergono, nella materia, connessioni con il diritto penale».

[967] CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, cit., pp. 79-80; ID., *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, cit., p. 779; ID., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 1116; ID., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., pp. 326-327, sia pure con accenti particolarmente critici in ordine all'esportabilità della formula processual-penalistica; DE LUCA M., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una disciplina* conforme *a Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 1352; MARCIANÒ A., *Fatti contestati e formule assolutorie. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale*, in *Lav. giur.*, 2013, p. 449 ss.; PONTERIO C., *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 75. Per una lettura estensiva della formula utilizzata dal legislatore nel novellare l'art. 18, da intendersi comprensiva di tutte le ipotesi proprie del processo penale di cui all'art. 530 c.p.p., v.: PEZZUTO R., *Brevi note sull'insussistenza del fatto, nel licenziamento disciplinare, in base al testo dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 siccome modificato dalla legge n. 92 del 2012 ("Legge Fornero")*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 279, nonché ID., *L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la Legge Fornero*, in *Lav. giur.*, 2013, p. 456; DI PAOLANTONIO A., *L'(in)sussistenza*

evidenziare l'assonanza con la formula utilizzata nell'art. 530 c.p.p.), e non ha mai incontrato alcuna valida obiezione, tale non apparendo quella di chi[968], muovendo dalla constatazione dell'esistenza, nel codice di procedura penale, di varie formule (ulteriori rispetto all'insussistenza del fatto *ex* art. 530 c.p.p.) che conducono, per altre ragioni, all'assoluzione dell'imputato (che il fatto non sia stato da lui commesso; che non costituisca reato o non sia previsto dalla legge come reato; che il reato sia stato commesso da persona non imputabile o non punibile per altri motivi[969]), ne desume l'irragionevolezza (e la conseguente incostituzionalità) di una norma che prevedesse che l'insussistenza del fatto materiale sia sanzionata con la reintegrazione, a differenza delle altre ipotesi (che il lavoratore non abbia commesso il fatto o che il fatto, pur materialmente sussistente, non costituisca un inadempimento[970]), soggette semplicemente alla tutela indennitaria: è evidente, infatti, che da un ipotetico vizio della norma lavoristica (fosse anche vizio di costituzionalità), perché rea di non rispecchiare la simmetria del codice di procedura penale (che da identici presupposti fa derivare identiche conseguenze), non può inferirsi, a ritroso, la non utilizzabilità delle formule processual-penalistiche, sia perché non vi è controprova (o, quanto meno, essa non è offerta dalla dottrina contraria a quell'utilizzo) circa l'inconsapevolezza del legislatore in ordine alla asimmetria sanzionatoria (che, anzi, ben potrebbe essere frutto di una scelta consapevole e cercata, per quanto criticabile e, al limite, anche incostituzionale, ma non per questo ostracizzabile sino a quando quel vizio non fosse stato sancito), sia perché non si vede per quale ragione l'eventuale patologia della norma dovrebbe inibire l'impiego di concetti assunti nel significato fisiologico a essi tradizionalmente attribuito nel campo che è loro proprio.

Se, dunque, questo particolare angolo prospettico non è aprioristicamente trascurabile e, anzi, appare come un punto di osservazione privilegiato ai fini che qui interessano (come emergerà più chiaramente nel prosieguo, allorché si darà conto delle numerose disposizioni che utilizzano la formula «fatti materiali» in ambito penale: un ambito – sia detto per inciso – del tutto trascurato in sede dotttrinale), non sarà superfluo rammentare che dell'identificazione del concetto di «fatto» si è ampiamente dibattuto, anche di recente, soprattutto ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. («Divieto di un secondo giudizio»), che, com'è noto, stabilisce, al comma 1, che «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può

---

*del fatto nel licenziamento*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedimentali*, cit., pp. 80-81.

[968] BARBIERI M., *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI M., DALFINO D. (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero aggiornato al D.L. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. "pacchetto lavoro"*, cit., p. 33, in esplicita adesione, fra gli altri, a RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, cit., p. 965, e CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 326. V. altresì TULLINI P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giuridico di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 155 nonché in precedenza i numerosi scritti di Carinci richiamati nella nota 54.

[969] CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., pp. 1115-1116, evidenziando nel novellato art. 18, co. 4, l'utilizzo della sola formula assolutoria "perché il fatto non sussiste" *ex* art. 530 c.p.p. (secondo cui il fatto storico ricostruito attraverso le prove non rientra nella fattispecie incriminatrice dal punto di vista degli elementi oggettivi, non risultando presenti gli elementi contenutistici richiesti per integrare la condotta, l'evento o il rapporto di causalità), e ricordando che «questa formula è ben distinta dall'altra, "perché il fatto non costituisce reato", per cui il fatto sussiste solo nei suoi elementi oggettivi, ma non anche in quelli soggettivi (dolo, colpa, preterintenzione), oppure è completo, ma compiuto in presenza di una causa di giustificazione», afferma che «proprio dal tentativo di recuperare il presunto intento originario del nostro legislatore è nata la distinzione fra "fatto materiale" e "fatto giuridico", cioè fra condotta imputabile e condotta imputabile e colposa»: l'unica, la seconda, rilevante sul piano disciplinare, perché il «"fatto contestato" equivale a un comportamento commissivo od omissivo integrante a giudizio del datore un inadempimento, quindi completo del suo elemento soggettivo ed oggettivo».

[970] Come si è visto, assunto, quest'ultimo, completamente rigettato dalla Cassazione.

essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il *medesimo fatto*, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345»: norma da leggersi in parallelo con l'art. 669 («Pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona»), il cui comma 1 prevede che «se più sentenze di condanna divenute irrevocabili sono state pronunciate contro la stessa persona per il *medesimo fatto*, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre».

E, in effetti, in una vicenda penale di grande impatto mediatico[971], giunta dinanzi alla Corte costituzionale, il problema della corretta individuazione della nozione di «fatto» (nella specie*, ex* art. 649, co. 1, c.p.p.), identificata nell'elemento materiale del reato (costituito dalla triade "condotta - evento - nesso causale"), si è posto proprio alla luce della affermata non necessaria coincidenza tra fatto in senso storico-naturalistico e fatto in senso giuridico.

Eloquente in proposito è la capillare rassegna giurisprudenziale elaborata dal giudice *a quo* di quella vicenda (il G.U.P. del Tribunale di Torino), dalla quale emerge, con una certa frequenza, l'idea che all'unicità di un determinato fatto storico possa far riscontro una pluralità di eventi giuridici[972]: e ciò (si legge nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale) nell'ottica di un'interpretazione della «nozione di "stesso fatto"» avallata dalla giurisprudenza di legittimità, che, pur in apparenza ispirata ai canoni ermeneutici elaborati dalla Corte europea, «è, in realtà, saldamente ancorata a valutazioni che non apprezzano affatto, in via prioritaria, l'accadimento storico» [973] perché «la Suprema Corte, legando il concetto di "fatto" ad elementi di natura

---

[971] Si tratta del noto processo a carico del responsabile della gestione delle società del Gruppo Eternit s.p.a., esercenti gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto in varie località: con ordinanza n. 262 del 24 luglio 2015 (in *G.U.* 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 48 del 2 dicembre 2015) il G.U.P. del Tribunale di Torino ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo «fatto giuridico», nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo «fatto storico» così come delineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU; la Corte costituzionale, con sentenza n. 200 del 21 luglio 2016 (in *Giust. pen.*, 2016, I, p. 223, con nota di NOCITA P., Ne bis in idem *e concorso formale di reati*; in *Dir. pen. e proc.*, 2016, p. 1588, con nota di PULITANÒ D., Ne bis in idem. *Novità della Corte costituzionale e problemi aperti*; in *Giur. it.*, 2016, p. 2240, con nota di CALÒ R., *La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*; v. altresì SACQUEGNA M., Bis in idem *e Convenzione EDU. La Corte Costituzionale detta la semantica del "medesimo fatto"*, in *www.questionegiustizia.it/articolo/..._23-07-2016.php*, e ZIRULIA S., Ne bis in idem: *la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in *www.penalecontemporaneo.it/d/4913*), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale (del percorso argomentativo compiuto dal Giudice delle leggi si dirà nel paragrafo seguente).

[972] Cass. pen., sez. II, 4 marzo 1997, n. 10472, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3312; Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 1999, n. 3755, *ibidem*, 2001, p. 2728 (s.m.).

[973] È il caso, in via esemplificativa, di Cass. pen., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Corr. merito*, 2006, p. 239, con nota di LEO G., Ne bis in idem *e principio di preclusione nel processo penale* (la quale afferma in linea di principio il primato del criterio storico-naturalistico, ma in sostanza – secondo il G.U.P. torinese – mettendo a confronto gli «elementi costitutivi» dei reati, secondo la classica tripartizione di «condotta-evento-nesso di causa», in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona) o di Cass. pen., sez. IV, n. 10180/2005 (che pure dimostra di condividere la (nuova) concezione storico-naturalistica di «medesimo fatto», salvo ricadere, a detta del giudice *a quo*, al momento di decidere la fattispecie concreta, nel recupero dei risalenti concetti legati alla «struttura del reato»). In un'ottica sostanzialmente analoga si pone Cass. pen., sez. II, 21 marzo 2013, n. 18376, secondo cui il «fatto» giudicato va considerato non solo sotto il profilo della sua materialità storica, ma anche con riferimento alla ritenuta «qualificazione giuridica» conferitagli nel giudizio. E analogamente (si legge nella menzionata ordinanza n. 262 del 24 luglio 2015), «la sovrapposizione del criterio astratto sul criterio storico-naturalistico è apprezzabile anche nella pronuncia n. 52215/2014, con la quale la V Sezione della Corte di Cassazione ha sancito che due processi hanno ad oggetto il "medesimo fatto", "allorché vi sia una coincidenza dell'intera materialità del reato nei suoi tre elementi: condotta, evento, nesso causale (C. sez. 2, 18.1.2005, Rv. 230791; C. sez. 3, n. 11603 dell'11

strettamente giuridica ("condotta-evento-nesso di causa") compie un'operazione ermeneutica che, pur se non incentrata esclusivamente sul confronto tra fattispecie astratte, finisce inevitabilmente per sovrapporre al fatto-storico i concetti propri della descrizione del "tipo" legale»[974]. Perciò, ne deduce il G.U.P. torinese, «nonostante il richiamo ai criteri ermeneutici elaborati dalla Corte europea, nell'ordinamento italiano l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. è, in realtà, costantemente guidata da criteri che analizzano il fatto storico alla luce della fattispecie astratta, cioè proiettando sull'episodio storico le categorie del "fatto giuridico", scomposto nei suoi "elementi costitutivi"; di conseguenza, la norma applicata è confliggente con la norma che la Corte europea ha elaborato in relazione all'art. 4 Prot. 7 della CEDU, che adotta in via esclusiva il criterio storico-naturalistico e che ormai ha assunto i connotati del "diritto consolidato" (cfr. sentenza Corte Cost. 49/2015)»[975]: il che determina, appunto, un contrasto «tra i due ordinamenti, nazionale ed

---

novembre 1993, Rv. 196068. Nel vigore del vecchio codice: Cass., n. 11561 del 7/5/1982, Rv. 156448). Specificatamente, è stato rilevato che la locuzione "medesimo fatto" va intesa come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta onde tale espressione fa riferimento alla "identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona» (C.S.U., 28 giugno 2005, Rv. 231799; (sez. 5, 1.7.2010, Rv 247895; (sez. 2, n. 26251 del 27 maggio 2010; C. sez. 5, 11.12.2008, Rv. 243330)».

Particolarmente eloquente è, poi, Cass. pen., sez. II, 20 novembre 2014, n. 52645: «Per affrontare adeguatamente la questione [dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. nelle ipotesi di concorso formale di reati] occorre soffermarsi sulla nozione di "medesimo fatto" contenuta nell'art. 649 c.p.p. e nelle fonti internazionali citate […]. Tradizionalmente, anche sotto la vigenza del vecchio codice di rito del 1930, si era affermato che il principio dell'inammissibilità di un secondo giudizio doveva trovare applicazione esclusivamente nel caso in cui l'identità del fatto concernesse l'intera materialità del reato nei suoi tre elementi, della condotta, dell'evento e del nesso di causalità (sez. 2 n. 13447 del 27/4/1989, Rv. 182236); il principio è stato costantemente riaffermato successivamente all'entrata in vigore del codice del 1988, ribadendosi che la preclusione del *ne bis in idem* sussiste solo se si verte in ordine ad un unico fatto il quale dia origine ad una pluralità di procedimenti penali e che, per verificare se il fatto in esame sia il medesimo, nei diversi procedimenti, occorre accertare se vi sia coincidenza degli elementi costitutivi del fatto stesso, identificabili nella condotta, nell'evento e nel nesso di causalità […]. Certo il divieto di un secondo giudizio di cui all'art. 649 c.p.p. si riferisce al fatto storico, considerato da un punto di vista fattuale e giuridico, sul quale si è formato il giudicato e non al fatto come è stato giuridicamente configurato nel primo giudizio nei suoi elementi non essenziali […]. La giurisprudenza, quindi, è pervenuta ad una concezione storico naturalistica dell'*idem factum*, in base alla quale la preclusione prevista dall'art. 649 c.p.p. opera nella sola ipotesi in cui vi sia, nelle imputazioni formulate nei due diversi processi a carico della stessa persona, corrispondenza biunivoca fra gli elementi costitutivi dei reati descritti nelle rispettive contestazioni, da considerarsi anche con riferimento alle circostanze di tempo, di luogo e di persona (sez. 5 n. 28548 del 1/7/2010, Rv. 247895)».

[974] Nell'atto di promovimento si percepisce chiaramente che, secondo il Giudice *a quo*, il «fatto materiale» deve essere inteso «sotto il profilo storico-naturalistico».

[975] Ai fini di una miglior comprensione di quella vicenda, specie nell'ottica della verifica della possibile rilevanza di alcune riflessioni elaborate, in quel pur diverso contesto, in tema di identificazione del concetto di "fatto" e della distinzione tra "fatto materiale" e "fatto giuridico", sarà utile ricordare che il Giudice doveva decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio per omicidio doloso dello stesso imputato, già giudicato in via definitiva per la medesima condotta e già prosciolto per prescrizione dai reati di disastro doloso (art. 434 c.p.) e di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.) in danno di numerose persone, tra le quali 186 figuravano già nel primo processo come soggetti deceduti in conseguenza del comportamento dell'imputato ed erano indicate anche tra le 258 vittime dei delitti di omicidio, per i quali era stata nuovamente esercitata l'azione penale; riteneva, perciò, che il fatto materiale contestato nel processo fosse, sotto il profilo storico-naturalistico, indubbiamente il medesimo di quello già oggetto della sentenza divenuta irrevocabile (*idem factum*), e che, dunque, fosse necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 della CEDU, atteso che il divieto di doppio giudizio sancito dall'art. 649 c.p.p. ha, nell'ordinamento processuale italiano, un ambito di applicazione limitato ai casi in cui si riscontri la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati (*idem* legale), e non opera, invece, in presenza del mero accertamento della coincidenza dei fatti storici oggetto delle successive e differenti imputazioni che siano state formalizzate ed esaminate in due distinti procedimenti: di qui il contrasto dell'art. 649 c.p.p. con l'art. 4 Prot. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e conseguentemente con l'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico" nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico" così come delineato dalla Corte europea con un orientamento consolidato, e impedisce di pronunciare sentenza di non luogo a procedere *ex* art. 425 c.p.p. nelle ipotesi «in cui si è certamente in presenza dell'*idem factum* ma non dell'*idem* legale», pena «un ampliamento della portata dell'art. 649 c.p.p.», che «finirebbe per assegnare alla disposizione interna

europeo, il primo dei quali tuttora fortemente ancorato a criteri che non apprezzano in via esclusiva il fatto storico e che, pertanto, è dissonante con l'orientamento consolidato della Corte europea che, invece, affronta la valutazione del *bis in idem* utilizzando in via esclusiva il criterio del raffronto tra i fatti storico-naturalistici oggetto dei due processi».

Presupposto del convincimento del giudice *a quo* è l'orientamento interpretativo della Corte di Strasburgo in merito all'art. 4 prot. 7 della CEDU, formatosi a partire dalla decisione n. 14939/03 del 10 febbraio 2009, pronunciata dalla Grande Camera nella causa Serguei Zolotukhine c. Russia, e volto ad affermare il «divieto di perseguire e giudicare una persona per un secondo reato quando all'origine di questo vi siano fatti identici o fatti "sostanzialmente" uguali a quelli all'origine del primo reato»[976]: orientamento rafforzatosi, poi, in varie altre pronunce[977], tutte caratterizzate dall'affermazione secondo cui all'identificazione dei fatti si deve pervenire in virtù del criterio della «inestricabilità nel tempo e nello spazio» delle «concrete circostanze» che coinvolgono il medesimo imputato, sottoposto a secondo procedimento penale[978], cioè attraverso la valutazione non degli elementi costitutivi delle fattispecie oggetto di addebito, ma degli accadimenti, cioè dell'insieme di circostanze fattuali inscindibilmente legate tra di loro, così come esse appaiono circostanziate, nello spazio e nel tempo[979]. Di qui, riassuntivamente, l'idea che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo persegua l'identificazione del fatto (specie ai fini della comparazione tra l'oggetto di diversi giudizi, cioè della individuazione dell'*idem*) unicamente in base al «nucleo fattuale del caso giudicato», cioè soltanto alla stregua del criterio storico-naturalistico[980], che evidentemente distingue il (fatto materiale inteso come) "fatto storico"[981] dal "fatto giuridico" (il fatto inteso nei suoi aspetti giuridico-formali, che si compone dei vari elementi costitutivi, oltre che dei beni giuridici tutelati)[982].

---

un significato "del tutto eccentrico" rispetto alla sua lettera e a come essa "vive" nell'ordinamento, compiendo un'operazione che la stessa Corte costituzionale ha censurato (cfr. sentenza n. 49/2015)».

[976] Il G.U.P. torinese tende a valorizzare la menzionata decisione, in particolare, nella parte in cui afferma la necessità di verificare non se vi sia coincidenza tra gli «elementi costitutivi degli illeciti», ma se vi sia sovrapponibilità tra i fatti oggetto delle diverse contestazioni perché riconducibili alla «medesima condotta».

[977] *In primis*, la nota decisione del 4 marzo 2014 (causa Grande Stevens c. Italia).

[978] V. le sentenze CEDU del 27 novembre 2014 (causa Lucky Dev c. Svezia) e del 27 gennaio 2015 (causa Rinas c. Finlandia): «It was therefore important to focus on those facts which constituted a set of concrete factual circumnstaces involving the same defendant and inextricably linked together in time and space». La documentata ordinanza torinese dà conto che «le medesime affermazioni si leggono, letterali, al paragrafo 33 della sentenza del 17/2/2015, pronunciata nella causa Boman c. Finlandia; al paragrafo 52 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Glantz c. Finlandia; al paragrafo 41 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Ilakka c. Finlandia; al paragrafo 42 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Nykanen c. Finlandia; al paragrafo 49 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Pirttimaki c. Finlandia».

[979] Sentenza CEDU 23 giugno 2015 (causa Butnaru et Bejan-Piser c. Romania).

[980] Secondo il G.U.P. torinese l'ordinamento nazionale è «tuttora fortemente ancorato a criteri che non apprezzano in via esclusiva il fatto storico» ed è, pertanto, «dissonante con l'orientamento consolidato della Corte europea che, invece, affronta la valutazione del *bis in idem* utilizzando in via esclusiva il criterio del raffronto tra i fatti storico-naturalistici oggetto dei due processi».

[981] Si noti che, in quel contesto, il fatto storico è circoscritto alla sola condotta dell'agente, cioè alla sua azione od omissione.

[982] Eloquente è il seguente passaggio dell'ordinanza torinese (critica nei confronti della giurisprudenza di legittimità): «La Suprema Corte, legando il concetto di "fatto" ad elementi di natura strettamente giuridica ("condotta-evento-nesso di causa") compie un'operazione ermeneutica che, pur se non incentrata esclusivamente sul confronto tra fattispecie astratte, finisce inevitabilmente per sovrapporre al fatto-storico i concetti propri della descrizione del "tipo" legale».
In realtà, una più approfondita lettura di quel provvedimento consente di rilevare che elementi identificativi del fatto materiale inteso in senso storico-naturalistico vengono considerati elementi tipici del reato, come la condotta (oltre, in quella vicenda, alle cariche rivestite dall'imputato in seno alle società del gruppo, agli stabilimenti interessati dalla lavorazione dell'amianto, ai profili di responsabilità gestionale all'interno degli stabilimenti, alle vittime); attengono, invece, al "tipo legale" la "struttura" del reato, il differente "ruolo" del (medesimo) evento morte all'interno della fattispecie, i beni giuridici tutelati.

## 5. Il «fatto» come «accadimento materiale» («fatto storico-naturalistico»), «scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico», nella lettura di Corte cost. n. 200 del 21 luglio 2016.

La risposta che la Corte costituzionale offre con la sentenza n. 200 del 21 luglio 2016 è lapidaria («La tesi [del giudice *a quo*] è errata») e perviene sì alla parziale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale[983], ma sulla base di un percorso argomentativo del tutto diverso da quello ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, e che può essere riassunto nei seguenti punti:

- «il fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di *bis in idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico[984], ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi» (punto 4)[985];

- «non vi è […] alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente» (punto 4);

- «la scelta tra le possibili soluzioni qui riassunte è di carattere normativo, perché ognuna di esse è compatibile con la concezione dell'*idem factum*», ma «questo non significa che le implicazioni giuridiche delle fattispecie poste a raffronto comportino il riemergere dell'*idem* legale» perché esse «non possono avere alcun rilievo ai fini della decisione sulla medesimezza del fatto storico», posto che «ad avere carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto» (punto 4);

- secondo la giurisprudenza consolidata della Corte EDU, nettamente a favore dell'*idem factum* (concezione naturalistica del fatto), il fatto non si restringe alla sola condotta dell'agente (azione

---

[983] Più in particolare, l'art. 649 c.p.p. è dichiarato incostituzionale, per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

[984] In questo senso il Giudice delle leggi esprime una posizione che, seppur in apparenza analoga, in realtà si discosta da quella di chi (PERULLI A., *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav.* Ratio *ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 794 ss.; CARINCI M.T., *Fatto «materiale» e fatto «giuridico» nella nuova articolazione delle tutele* ex *art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1331) ritiene che «il fatto non può prescindere dalla sua valutazione giuridica» (p. 795): infatti, una cosa è ritenere che il fatto, pur nella sua materialità, deve essere identificato sulla base di una somma di elementi comunque selezionati dal legislatore, altra e diversa cosa è l'operazione di sussunzione del fatto, così determinato, all'interno di una fattispecie giuridica, secondo il già richiamato insegnamento di Massimo Severo Giannini (mi pare si avvicini a questa impostazione CAVALLARO L., *Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione*, cit., pp. 228-229, nota 39).

[985] Per una diversa nozione di "fatto materiale", come fattispecie semplicemente presa in considerazione «nella sua materialità», e «al verificarsi della quale l'ordinamento fa derivare la produzione di effetti giuridici», v. PERSIANI M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 10.

od omissione), ma abbraccia l'oggetto fisico, o anche l'evento naturalistico, «purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale» (punto 5)[986];

- l'identità del fatto presuppone, secondo la stessa giurisprudenza di legittimità[987], la «"corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona"[988] (sentenza n. 129 del 2008)»[989]: il che conferma l'opzione «a favore dell'*idem factum*, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico» (punto 8)[990];

- se i suddetti elementi sono «ponderati con esclusivo riferimento alla dimensione empirica», questo portato normativo è compatibile «con la nozione di fatto storico, sia nella sua astrattezza, sia nella concretezza attribuita dalla consolidata giurisprudenza europea», purché l'evento assuma «significato soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione o all'omissione dell'agente», e non acquisti rilevanza in termini giuridici, nonostante un orientamento minoritario della giurisprudenza di legittimità tenda a "corrompere" il fatto, sostenendo che «va tenuta in conto non solo la dimensione storico-naturalistica del fatto ma anche quella giuridica; ovvero che vanno considerate le implicazioni penalistiche dell'accadimento» (punto 8);

- «l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento» espelle i «profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto» (punto 11);

- «all'unicità della condotta non corrispond[e] la medesimezza del fatto, una volta che si sia precisato che essa può discendere dall'identità storico-naturalistica di elementi ulteriori rispetto all'azione o all'omissione dell'agente, siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento» (punto 12);

- ai fini indagati dalla Corte costituzionale nella decisione qui considerata (concorso formale di reati e applicazione del divieto di *ne bis in idem*), posta la «triade condotta-nesso causale-evento naturalistico», il fatto oggetto di un nuovo giudizio può essere affermato come identico solo se viene riscontrata «la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica» (punto 12).

---

[986] Frequente è nella giurisprudenza della Corte EDU l'affermazione secondo cui il fatto è «un insieme di circostanze fattuali concrete […] inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio»: così, ad esempio, le sentenze Nykanen c. Finlandia del 20 maggio 2014 e Lucky c. Svezia del 27 novembre 2014.

[987] In proposito il Giudice delle leggi richiama la già citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 34655/2005.

[988] Passaggio argomentativo, questo, che pare consonante con quanto autorevole dottrina teorizza circa la necessità di un «approccio pluri-fattoriale» nella valutazione del fatto contestato: CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 323; ID., *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti* ex *art. 18 Stat. lav. "versione Fornero"*, cit., p. 745.

[989] Nella sentenza n. 129 del 30 aprile 2008 (in *Giur. cost.*, 2008, p. 1506) la Corte costituzionale, relativamente a un giudizio avente a oggetto la costituzionalità dell'art. 630, co. 1, lett. a), c.p.p., riferisce la nozione di fatti «agli accadimenti ([…] naturalisticamente intesi) costituenti il presupposto "materiale" che deve essere "provato", perché si generi un determinato effetto processuale» e precisa che essa «non può riferirsi alla disposizione processuale la cui applicabilità può scaturire dall'accertamento di quei fatti; e meno ancora alla valutazione che il giudice abbia effettuato in ordine alla congruità della prova di quegli stessi fatti e della relativa idoneità a porsi quale premessa per la (equa) applicazione della regola processuale che venga, volta a volta, in discorso».

[990] Sulla centralità del concetto di *idem factum* nella giurisprudenza interna ed europea e sulla sentenza della Corte costituzionale n. 200/2016 v. il paragrafo 5 della relazione di orientamento n. 26/17 dell'Ufficio del Massimario Penale della Corte di Cassazione datata 21 marzo 2017, e ivi (nota 14) relative indicazioni bibliografiche.

Così riassunti i pur numerosi concetti disseminati dalla Corte costituzionale per tracciare l'*iter* argomentativo volto a contrastare la soluzione alternativa prospettata in quella vicenda dal giudice *a quo*, emerge evidente, così almeno ci pare, se non una vera e propria contraddizione, quanto meno una latente e incomprimibile tensione tra due assunti: da un lato, l'insistita accentuazione dei profili della materialità del fatto, intesa in termini storico-naturalistici, cioè come accadimento storico preso in considerazione di per sé[991], a prescindere dalle conseguenze giuridiche della fattispecie; dall'altro lato, l'idea che – come detto – il fatto storico-naturalistico rileva, comunque, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, sì che, nell'ottica del Giudice delle leggi, non sarebbe corretto presupporre in astratto un contenuto necessario del «fatto» utile, anzi indispensabile, ai fini dell'identificazione dello stesso, e ciò perché il «fatto» è sì un accadimento materiale «affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico» (chiosa icasticamente la Corte), ma è pur sempre costituito dalla somma di «elementi» selezionati «secondo criteri normativi». Con il che la "giuridicità" (ma sarebbe meglio dire la "normatività") del «fatto», apparentemente accompagnata alla porta, rientra a pieno titolo nel gioco della qualificazione della fattispecie, e non proprio dalla finestra, né da un accesso secondario.

Proprio perché accadimento materiale, poi, il «fatto», sebbene considerato unicamente nella sua dimensione empirica, non coincide riduttivamente con la sola azione od omissione[992], cioè con la sola condotta, ma deve essere valutato nella sua composizione triadica, che comprende anche nesso di causalità ed evento naturalistico[993], in linea con la nota teorica della concezione trifasica del reato, cui la Corte costituzionale pare chiaramente ispirarsi: e la precisazione è tutt'altro che secondaria, specie ove si consideri che uno dei maggiori equivoci in cui incappano i sostenitori della tesi del "fatto giuridico" (ben rappresentato dalla paradossalità di certe esemplificazioni estremistiche, spesso anche risibili, volte a ipotizzare, in chiave critica, la sussistenza del fatto legittimante il licenziamento nel caso di comportamenti leciti o addirittura posti in essere da un lavoratore diverso da quello colpito dal provvedimento espulsivo) è quello di ridurre la dimensione storico-naturalistica del fatto, appunto, alla sola condotta (o, ancor più inaccettabilmente, al solo evento), trascurando non solo e non tanto l'elemento soggettivo (ché, semmai, ciò può

---

[991] Per usare un'espressione di ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1481 (che a sua volta utilizza una formula di SEARLE J.R., *La costruzione della realtà sociale* (trad. it.), Torino, 2006, p. 37) potrebbe parlarsi di fatti oggettivi, empiricamente determinati, cioè i «fatti nudi e crudi, i fatti "bruti"». Termini icasticamente pressoché analoghi sono usati in Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale, Relazione per la Quinta Sezione Penale (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015), consultabile sul sito *www.cortedicassazione.it*: «Quanto al significato della locuzione "fatti materiali", lo snodo sembra essere quello concernente l'uso del termine "fatti", soprattutto se all'aggettivo "materiali" si attribuisce il significato proprio, che tende quindi a rafforzare il riferimento alla concretezza (vien quasi da dire alla fisicità) della "cosa della natura"».

[992] Così, a quanto pare, ORTIS S., *Il fatto e la sua qualificazione: dalla* querelle *della riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, p. 150, che riferisce l'elemento materiale alla sola condotta, attribuendo erroneamente all'opposta, e minoritaria, tesi la scelta di includere tra gli elementi oggettivi anche evento e nesso di causalità. In realtà, la consapevolezza che tra gli elementi materiali od oggettivi debbano ricomprendersi, appunto, pure evento e nesso di causalità, sulla scia dell'influenza penalistica, è ben più diffusa: v., ad esempio, CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 80, e ivi la precisazione che comunque si tratta di «concetti giuridici»; RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, cit.

[993] In proposito v. anche CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 964; TREMOLADA M., *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in CESTER C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, pp. 119-120; ID., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav. per la riforma Fornero*, cit., p. 877 (che esclude dalla nozione di «fatto» l'antigiuridicità e la colpevolezza, in linea con la concezione belinghiana, dunque ottocentesca, di *Tatbestand*); TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2015, p. 450.

essere addebitato ai sostenitori della tesi del "fatto materiale"[994]), quanto proprio gli altri elementi oggettivi cui si è accennato.

Dimenticanza, questa, non di poco conto perché impedisce di comprendere che il fatto (sia esso "neutro", cioè privo di aggettivi, oppure "materiale" o "giuridico") è insussistente non solo quando, tra gli elementi oggettivi, manca la condotta, cioè quando il lavoratore colpito dal licenziamento non ha posto in essere l'azione od omissione ritenuta meritevole della sanzione espulsiva (con buona pace di chi ha teorizzato "umoristicamente" il pericolo che il fatto possa dirsi, al contrario, sussistente – e che, dunque, nessuna reintegra possa mai esservi – quando la condotta è storicamente esistita come dato empirico, sebbene non sia stata realizzata dal lavoratore licenziato[995]), ma anche quando difettano l'evento e il nesso di causalità: cioè quando l'evento che sarebbe dovuto naturalisticamente scaturire dalla condotta del lavoratore licenziato non si è mai verificato, e, inoltre, quando l'evento è sì storicamente accaduto, ma non è riconducibile al lavoratore sulla base di un rapporto di causalità diretto[996] (del tutto irrilevante essendo la circostanza che l'evento sia, invece, a lui riconducibile sulla scorta di un rapporto di semplice occasionalità, cioè di causalità indiretta, o addirittura di casualità).

## 6. La non coincidenza della nozione di «fatto» nel diritto processuale penale e nel diritto penale sostanziale: alle origini di un equivoco?

I rilievi sin qui svolti, in quanto miranti a individuare la nozione di «fatto materiale» sfruttando la sponda offerta dalle definizioni elaborate in altri rami dell'ordinamento, necessitano, peraltro, di una precisazione.

La nozione di «fatto» sin qui enucleata, centrata sulla più volte rammentata triade di elementi (e, come si è visto, sostanzialmente condivisa dalla dottrina anche in ambito giuslavoristico, allorché essa si è cimentata nella ricerca di una definizione del concetto di «fatto materiale»), è mutuata dalla disciplina del processo penale e, in particolare, dalle formule di proscioglimento, ma, proprio perché autonoma, non coincide con quella di fatto illecito (penale): se, infatti, agli effetti di quelle formule «il "fatto" è costituito dalla condotta materiale cosciente e volontaria di cui all'art. 42 comma 1 c.p., dall'evento, dal rapporto di causalità tra condotta ed evento, nonché dalle qualifiche normative che riguardino la condotta», cioè comprende «gli elementi materiali del reato; ma

[994] Come rileva CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., p. 1113, il quale osserva come la prima giurisprudenza pronunciatasi sul novellato art. 18 abbia, invece, recuperato non solo l'elemento soggettivo, ma anche il criterio di proporzionalità.

[995] E ciò sul presupposto, apparentemente sillogistico (ma, in realtà, tanto bizzarro quanto inconsistente), secondo cui, dovendo la nozione di "fatto", ove inteso in senso "materiale", essere valutata con riferimento ai soli elementi oggettivi, e difettando in simile ipotesi l'imputabilità (che rientra, invece, nel novero degli elementi soggettivi), l'assenza della condotta (in quanto elemento oggettivo) a nulla rileverebbe e non determinerebbe il venir meno della responsabilità posta a base dell'addebito disciplinare. Ritiene che la «connotazione del fatto come materiale non esclude che nella considerazione della sua sussistenza possa assumere rilievo anche una valutazione degli elementi soggettivi, ovvero l'esigenza di una qualificazione giuridica del fatto», BOSCATI A., *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 1048. In termini analoghi v. già DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 37, secondo cui il «fatto» di cui al novellato art. 18 «deve essere inteso come potenzialmente inclusivo di elementi non "materiali"», cosicché «dovrà ritenersi rilevante l'insussistenza di quegli elementi soggettivi del fatto che siano entrati nella contestazione dell'addebito» (analogamente anche BRIZZI M., *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in *Quaderni di Arg. dir. lav.* ordinati da PERSIANI M. e CARINCI F., *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»* a cura di FERRARO G., n. 14, 2015, p. 63), e MARESCA A., *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, cit., p. 172).

[996] Conf. CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1087.

non tutti, perché ne restano fuori le condizioni obiettive di punibilità e quegli altri elementi materiali che attengono alle cause di giustificazione, di discolpa e di esclusione della sola pena» nonché «gli elementi soggettivi, tranne la coscienza e volontà della condotta», «bisogna, però, evitare il pericolo di generalizzare questa nozione di "fatto" e di farne applicazione in altri settori del diritto processuale penale o, peggio, del diritto penale sostanziale»[997].

In altre parole, si vuol dire che quella nozione non solo non è unica, ma (proprio perché circoscritta entro un ambito particolare delle vicende del processo penale) non è nemmeno detto che sia la più appropriata e la più esportabile.

E, in effetti, se si volge lo sguardo alle varie nozioni di «fatto» elaborate nel diritto penale sostanziale, ci si rende agevolmente conto che è ben raro che esse siano limitate agli aspetti meramente oggettivi.

Così, «chi riporta al fatto gli elementi che caratterizzano il particolare tipo di delitto vi comprende, di solito, il soggetto attivo, i presupposti della condotta, la condotta, l'evento, il rapporto di causalità tra condotta ed evento, nonché le finalità non realizzate (cosiddetto dolo specifico) che contrassegnano un particolare delitto».

Chi, invece, «intende il fatto come oggetto della qualifica di antigiuridicità obiettiva vi fa rientrare, oltre gli elementi sopra ricordati, anche le costanti da cui dipende, in generale, la lesività dell'interesse tutelato», con il risultato di includere in ogni fatto, come elemento negativo, «l'assenza delle cause di giustificazione».

«Se, poi, il fatto è configurato come l'oggetto della colpevolezza, esso viene a comprendere la condotta, l'evento, il nesso di causalità tra condotta ed evento nonché la assenza di scriminanti».

E, infine, chi elabora la nozione di «fatto di reato» sulla base del concetto civilistico di fatto «sorto dalla dottrina delle fonti delle obbligazioni e affermatosi poi nella teoria generale del diritto nonché in tutte le discipline giuridiche non penalistiche» è portato a ritenere che il fatto comprenda «tutti gli elementi strutturali obiettivi e subiettivi del reato»[998].

Perciò, come si può ben intendere, la definizione che si è sinora ritenuto di dare del concetto di «fatto» (e più ancora di «fatto materiale»), desumendola dalla formula utilizzata in ambito processual-penalistico, non solo non è univoca, ma non è nemmeno detto che sia la più appropriata: anzi, come si è visto, se ci si orientasse per una delle nozioni elaborate nel diritto penale sostanziale, i profili soggettivi della fattispecie (comunque difficilmente accantonabili quand'anche ci si volesse arrestare alla triade tradizionale di elementi, se non altro per via del richiamo alla condotta) potrebbero entrare in gioco sotto molteplici profili.

[997] PAGLIARO A., *Fatto.* b) *Diritto processuale penale*, XVI, Milano, 1967, p. 962.
[998] Tutte le citazioni e la sintesi delle diverse nozioni di «fatto» nel diritto penale sostanziale sono tratte da PAGLIARO A., *Fatto.* a) *Diritto penale*, XVI, Milano, 1967, pp. 955-957.

## 7. «Fatto materiale» e valutazione nel delitto di false comunicazioni sociali: coesistenza o incompatibilità?[999]

Indagato, secondo una prospettiva "obliqua", il significato del sostantivo (il «fatto»), è ora opportuno spostare l'attenzione sull'aggettivo («materiale»).

La vicenda normativa che induce il legislatore a qualificare un «fatto» come «materiale» è tutt'altro che nuova, rappresentando, al contrario, una storia già vissuta; e del pari tutt'altro che nuova è la nozione stessa di «fatto materiale», in realtà già nota al nostro ordinamento (sia pure in contesti differenti dal diritto del lavoro) e perciò, diversamente da quanto ritenuto da alcuni[1000], dotata di uno specifico significato tecnico (sebbene – è opportuno precisarlo sin d'ora – contestato e inteso in maniera tutt'altro che univoca).

In questa sede si tratta di verificare se, oltre all'indubbia identità di lessico e al singolare parallelismo nell'evoluzione normativa verificatasi in altri contesti, sia rinvenibile anche una comunanza di concetti, di *rationes* e di finalità: se, cioè, l'esperienza che ha interessato altri settori dell'ordinamento sia stata riprodotta anche nell'ambito qui indagato; se quei concetti siano stati recuperati e riutilizzati nel medesimo significato; se il legislatore abbia inteso perseguire obiettivi identici o, quanto meno, analoghi a quelli che si era prefisso allorché, in passato, si è accinto a compiere lo stesso tipo di operazione, a un certo momento scegliendo di aggettivare il "fatto" come "materiale".

Punto di partenza di questa operazione di verifica non può che essere la vicenda che ha interessato gli artt. 2621 e 2622 c.c., norme che – come noto – trattano del delitto di false comunicazioni sociali rispettivamente nelle società non quotate e quotate[1001].

In particolare, l'art. 2621 stabilisce, al comma 1, che «fuori dai casi previsti dall'art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono *fatti materiali rilevanti* non rispondenti al vero ovvero omettono *fatti materiali rilevanti* la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo

---

[999] Una risposta netta al quesito, in sede di esegesi del novellato art. 18 St. lav., proviene da uno dei primi e più coerenti sostenitori della tesi del "fatto giuridico": v., infatti, SPEZIALE V., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 366, il quale rileva l'«impossibilità di scindere "fatto" e sua valutazione».

[1000] TREU T., *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida Lav.*, n. 3 del 16 gennaio 2015, p. 13; PERULLI A., *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, p. 422, il quale include nel «fatto» pure l'imputabilità, l'elemento psicologico-soggettivo, la volontarietà della condotta, e anche la sua antigiuridicità; ID., *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO L. - PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, cit., p. 33. CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1084, obietta, però, che la conclusione volta a privilegiare la natura giuridica del fatto, sterilizzando l'aggiunta dell'aggettivo «materiale», «rischia di essere inutilizzabile se non si chiarisce in che cosa consista questa atecnicità».

[1001] Si noti che il percorso inverso, cioè il gioco di rimandi all'incontrario fra normativa penale e art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015, è compiuto anche da alcuni penalisti, i quali evidenziano che nella norma lavoristica «i fatti materiali sono oggetto di una *esclusione esplicita delle valutazioni*»: così ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 30, e, in precedenza, SEMINARA S., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, nota a Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, *ibidem*, 2015, p. 1503 («la nozione è qui utilizzata nel senso di avvenimento storico, depurato da ogni valutazione: indipendentemente dalla sua praticabilità nella disciplina dei licenziamenti, non si vede proprio come essa possa applicarsi al bilancio»), che rammenta altresì la lettura offertane da Cass. pen. 6 novembre 2014, n. 23669.

concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni».

Analogamente il comma 1 dell'art. 2622 c.c. dispone che «gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico consapevolmente espongono *fatti materiali* non rispondenti al vero ovvero omettono *fatti materiali rilevanti* la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da tre a otto anni».

Per completezza rammentiamo che la nozione qui indagata trova spazio anche nell'art. 2638 c.c. («Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza»), il cui comma 1 prevede, al primo periodo, che «gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono *fatti materiali* non rispondenti al vero, *ancorché oggetto di valutazioni*, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni».

Come si può notare, quindi, siamo dinanzi a un concetto tutt'altro che nuovo («*fatti materiali*»), in alcuni casi ulteriormente integrato con l'aggettivo «*rilevanti*» (la cui assenza nelle norme lavoristiche, per le ragioni che approfondiremo, non è, però, decisiva), e nell'art. 2638 accompagnato da una puntualizzazione sistematicamente interessante perché volta a introdurre un innegabile margine di discrezionalità nel giudizio circa la veridicità/non veridicità del fatto, seppur inteso nella sua "materialità".

Ciò che, però, interessa ancor di più è osservare come l'evoluzione delle suddette norme abbia percorso gli stessi passi lungo i quali si sarebbe poi incamminato il legislatore nell'impiegare la formula di cui all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

Infatti, il testo dell'art. 2621 che è stato riportato è quello risultante dalla novella di cui all'art. 9, l. 27 maggio 2015, n. 69, e in vigore dal 14 giugno 2015. In precedenza la norma era stata modificata dapprima dall'art. 1, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, e poi dall'art. 30, co. 1, l. 28 dicembre 2005, n. 262: ed è, appunto, all'art. 1, d.lgs. n. 61/2002 che si deve l'aggiunta, al sostantivo «fatti», dell'aggettivo «materiali».

Identico discorso vale per l'art. 2622 c.c.[1002] e per l'art. 2638 c.c.[1003].

Dunque, come riassume efficacemente una decisione abbastanza recente della Suprema Corte[1004], nell'evoluzione storica del testo si è passati dalla locuzione «fatti falsi» che figurava nel codice di commercio Zanardelli del 1882 a quella di «fatti non rispondenti al vero» introdotta dal legislatore del 1942, per giungere, poi, alla formula, utilizzata dal d.lgs. n. 61 del 2002, «fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni» (come si è visto, usata anche nella formulazione del delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza, di cui all'art. 2638 c.c.), da ultimo ridisegnata dalla l. n. 69 del 2015 nei suddetti termini («fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero»), mediante elisione dell'inciso «ancorché oggetto di valutazione» e aggiunta dell'aggettivo «rilevanti» al sintagma «fatti materiali».

Il quadro normativo di riferimento è, poi, completato dall'introduzione, ad opera dell'art. 10, l. n. 69/2015, di due nuovi articoli (2621-*bis* e 2621-*ter* c.c.), i quali prevedono rispettivamente, per quanto può qui rilevare, l'uno (al comma 1) una diminuzione di pena se i fatti di cui all'art. 2621 sono di lieve entità, tenuto conto della natura e delle dimensioni della società e delle modalità o degli effetti della condotta, e l'altro la non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* c.p., qualora il giudice valuti, in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli artt. 2621 e 2621-*bis*.

È, quindi, in tale contesto che matura il quesito di diritto «se, a seguito della novella dell'art. 2621 c.c. […], il falso c.d. valutativo o "qualitativo" rientri, tuttora, nella sfera di punibilità delle false comunicazioni sociali»: se cioè (come spiega la Suprema Corte), a seguito del menzionato intervento "ortopedico" sulla pregressa formulazione della norma, la soppressione del suddetto inciso «possa spiegare rilevanza sul versante sostanziale, comportando l'espunzione, dall'alveo dei fatti punibili, di quelli "valutativi" (*rectius*: di "quelli oggetto di valutazione")», cioè delle attestazioni conseguenti a processi intellettuali di carattere, appunto, valutativo.

---

[1002] L'art. 2622 è stato dapprima sostituito dall'art. 1, d.lgs. n. 61/2002, poi dall'art. 30, co. 2, l. n. 262/2005, e, infine, dall'art. 11, l. n. 69/2015: anche in questo caso l'aggettivo «materiali» è stato aggiunto dall'art. 1, d.lgs. n. 61/2002.

[1003] L'art. 2638 è stato modificato dall'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 61/2002, poi dagli artt. 15, co. 1, lett. c), e 39, co. 2, lett. c), l. n. 262/2005, e, infine, dall'art. 101, co. 1, d.lgs. n. 180/2015: come per gli artt. 2621 e 2622, anche nell'art. 2638 l'aggettivo «materiali» è stato aggiunto dall'art. 1, d.lgs. n. 61/2002.

[1004] Il riferimento è a Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2016, con note di MASULLO M.N., *Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi* (p. 142), GUALTIERI P., *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale* (p. 153), SCOLETTA M., *Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale* (p. 163), MUCCIARELLI F., *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e* ars interpretandi (p. 174), e PULITANÒ D., *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo* (p. 204); in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2016, con nota di MUCCIARELLI F., *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*; in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 449, con nota di AMATI E., *Il nuovo falso in bilancio quale "eccezionale" veicolo di diritto penale giurisprudenziale*; in *Cass. pen.*, 2016, p. 1417, con nota di MASULLO M.N., *Oltre il dato normativo: la ragionevole punibilità delle false valutazioni*; in *Guida Dir.*, n. 7 del 6 febbraio 2016, p. 82, con nota di LANZI A., *Un audace tentativo per rendere punibili le azioni più insidiose*. La stratificazione normativa è riassunta anche da Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1463, con nota critica di ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite* (cui si rinvia anche per i numerosi riferimenti bibliografici); in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 1192, con note di DELL'OSSO A.M., Rien ne va plus: *le Sezioni Unite confermano la perdurante rilevanza delle valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali*, e di CINCOTTI C., *La rilevanza penale del falso valutativo tra contabilità, valutazioni e stime*; in *Cass. pen.*, 2016, p. 2784, con nota di D'ALESSANDRO F., *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni unite: la nomofilachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*; in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2016, con nota di PIVA D., *Le Sezioni Unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*; in *Guida Dir.*, n. 28 del 2 luglio 2016, p. 48, con nota di BRICCHETTI R., *Superato il rischio di sterilizzazione dei bilanci societari*.

Per rispondere al quesito la Cassazione si interroga innanzitutto sulla «valenza semantica della locuzione "fatti materiali"» alla luce dell'eliminazione dell'espressione «ancorché oggetto di valutazione», e perviene a risultati interpretativi fortemente divaricati con particolare riferimento alla questione della rilevanza penale dei cosiddetti "falsi valutativi": tant'è che il dissenso interpretativo sfocia nella rimessione della questione alle Sezioni Unite[1005], chiamate a decidere «se la modifica dell'art. 2621 c.c., per effetto della l. n. 69 del 2015, art. 9, nella parte in cui, disciplinando "Le false comunicazioni sociali", non ha riportato l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", abbia determinato o meno un effetto parzialmente abrogativo della fattispecie» (il quesito viene, poi, riassunto dalle Sezioni Unite nei seguenti termini: «se, in tema di false comunicazioni sociali, abbia ancora rilievo il falso valutativo»).

Da un lato, un primo orientamento, proprio valorizzando quella eliminazione, offre una risposta decisamente negativa («l'impiego dell'aggettivo "materiali" finisce per inequivocabilmente escludere ogni sorta di valutazione dalla sfera applicativa della fattispecie»[1006]), ferma restando la necessità di intendere «come "fatti materiali" solo quelli che si pongano "a monte" delle valutazioni e non anche quelli che si pongano "a valle", quali risultati delle medesime, con esclusione della percepibilità di tale loro derivazione e con conseguente idoneità ad indurre in errore i terzi sulla loro stessa consistenza fisica»[1007]. In quest'ottica, ragionando intorno all'attributo «materiali», si ritiene, perciò, che «l'adozione dello stesso riferimento ai "fatti materiali non rispondenti al vero", senza alcun richiamo alle valutazioni, e il dispiegamento della formula citata anche nell'ambito della descrizione della condotta omissiva, consente di ritenere ridotto l'ambito di operatività delle due nuove fattispecie di false comunicazioni sociali, con esclusione dei cosiddetti "falsi valutativi"». E più in particolare, riflettendo sull'«effetto combinato dei predicati "materiali" e "oggetto di valutazioni"», premessa l'idea di una «sostanziale elisione reciproca dei due predicati, per effetto della quale l'identificazione del riferimento oggettuale di tali condotte rimaneva conclusivamente affidato al più ampio significato del concetto di "fatti", comprendente anche le valutazioni», si perviene alla conclusione che «al predicato della materialità dei fatti occorre conferire

[1005] Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2016, n. 9186, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2016, utile per riassumere i termini del dibattito giurisprudenziale in ordine al significato della locuzione «fatti materiali». In particolare, la Suprema Corte ricorda che, secondo la propria giurisprudenza (v. le sentenze della V Sezione penale n. 44702 del 28 settembre 2005 e n. 49362 del 7 dicembre 2012), «dal novero dei "fatti materiali", indicati dall'attuale norma incriminatrice come possibile oggetto della falsità, vanno escluse soltanto le previsioni o congetture prospettate come tali, vale a dire quali apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo».

[1006] Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774 (in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 449, con nota di AMATI E., *Il nuovo falso in bilancio quale "eccezionale" veicolo di diritto penale giurisprudenziale*; in *Riv. dir. trib.*, 2015, III, p. 97, con nota di CARACCIOLI I., *Il nuovo falso in bilancio ed i rapporti con i reati tributari: le conseguenze derivanti dalla riforma penale societaria e dall'orientamento della Cassazione*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1486, con nota di SEMINARA S., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*), la quale pone il dubbio che «la locuzione "fatti materiali" possa ritenersi solo un'endiadi» (ritengono, invece, che l'aggettivo rinvii al meccanismo dell'endiadi senza, però, che da ciò derivi una specifica connotazione SEMINARA S., *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 813, e MUCCIARELLI F., *Le "nuove" false comunicazioni sociali. Note in ordine sparso*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 165). La medesima sentenza, ricostruito il dibattito nel quale gli interpreti a lungo erano stati impegnati nel confronto tra la disciplina introdotta nel 2002 e quella previgente, ricorda, poi, che «una parte della dottrina aveva finito per sostenere un'interpretazione molto restrittiva del termine "fatti" contenuto nell'art. 2621 c.c., n. 1, escludendo del tutto dagli stessi le valutazioni», ma «era prevalsa […] la tesi che riteneva che pure queste ultime potessero rientrare nel generico concetto di "fatti", sostenendone quindi la rilevanza penale».

[1007] Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2016, n. 6916, in *Riv. pen.*, 2016, p. 443, la quale ricorda che «l'espressione "fatti materiali" era stata già utilizzata dalla l. n. 154 del 1991 per circoscrivere l'oggetto del reato di frode fiscale di cui alla l. n. 516 del 1982, art. 4, lett. f), con il chiaro intento di escludere dall'incriminazione le valutazioni relative alle componenti attive e passive del reddito dichiarato» (ma in questi termini v. già Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, cit.).

valenza opposta all'inclusione delle valutazioni fra i fatti stessi, operazione ermeneutica quest'ultima, peraltro, non incoerente con la significazione letterale del termine "materiale"» perché «quest'ultimo, in effetti, non è leggibile solo come contrario a quello di "immateriale"[1008], ma contiene anche un'accezione riconducibile all'oggettività dei fatti, in quanto tale estranea ai risultati valutativi»[1009].

Dall'altro lato, la medesima Sezione della Suprema Corte[1010], partendo dall'assunto in base al quale «un'indagine esclusivamente testuale, nella ricerca del più appropriato significato della locuzione "fatti materiali rilevanti", secondo la comune accezione dei termini usati, sarebbe inconferente e, persino, erronea» perché «le interpretazioni che, di volta in volta, si sono impegnate nell'analisi della formulazione linguistica, secondo la comune accezione dei lemmi che la compongono, sono incorse in macroscopico errore di prospettiva, non considerando che "materiali e rilevanti" sono termini squisitamente "tecnici" e non comuni, siccome frutto di mera trasposizione letterale di formule lessicali in uso nelle scienze economiche anglo-americane e, soprattutto, nella legislazione comunitaria, la cui originaria matrice non può, certamente, ritenersi dissolta nella detta traslazione» (e ciò, se non altro, perché «la disciplina civilistica del bilancio e delle altre comunicazioni sociali ha – già di per sé – connotazione eminentemente tecnica e non può, dunque, non avvalersi di strumenti linguistici propri della scienza contabile od aziendalistica, anche d'oltre confine»), e tenuto conto che, dunque, «la qualificazione materiale si riconnette al concetto tecnico di materialità (o *materiality*), che, da tempo, gli economisti anglo-americani hanno adottato come criterio fondamentale di redazione dei bilanci di esercizio ed anche della revisione», ne desume che il termine "materialità" «è, sostanzialmente, sinonimo di essenzialità»[1011].

---

[1008] Anzi, secondo una certa dottrina (MUCCIARELLI F., *op. loc. ult. cit.*), la nozione di "fatto" rimarrebbe uguale, indipendentemente dall'aggettivo con cui si accompagna, tanto più che nel particolare contesto in cui esso viene utilizzato, cioè nel linguaggio giuridico, non avrebbe senso parlare, ad esempio, di "fatti immateriali" o di "fatti spirituali".

[1009] V. sempre Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2016, n. 6916, cit., la quale rileva altresì che «la diversa opzione interpretativa del termine "materiale" quale sinonimo di "rilevante", tratta dalla realtà anglosassone, trova un ostacolo difficilmente superabile proprio nella riforma qui esaminata, e in particolare nella precisazione per la quale la condotta deve riguardare "fatti", oltre che "materiali", anche "rilevanti"».

[1010] Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, cit.; condivide questo orientamento Cass. pen., sez. V, 30 marzo 2016, n. 12793, secondo cui la locuzione «fatti materiali» è espressione priva di un reale valore innovativo e atta ad «escludere dalla sfera della punibilità le sole opinioni di natura soggettiva, i pronostici, le previsioni, i progetti, le dichiarazioni di intenti ecc.».

[1011] La già menzionata Relazione dell'Ufficio del Massimario (Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale, Relazione per la Quinta Sezione Penale [Riunione sezionale del 15 ottobre 2015]) ricorda che, secondo una certa dottrina (SEMINARA S., *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.,* 2015; MUCCIARELLI F., *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, cit., p. 165; GAMBARDELLA M., *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità,* in *Cass. pen.,* 2015, p. 1722), «"*material*" non equivarrebbe al termine *materiale*, come sinonimo di *reale* o *tangibile*, atteso che in tal senso il termine sarebbe sostanzialmente inutile in quanto coincidente con il termine fatto, ma varrebbe come *significativo* o *rilevante*, nel senso di significatività o rilevanza dell'informazione, in grado cioè di orientare le scelte di azione del destinatario del documento falso» e, dunque, «il termine "*material*" fungerebbe da criterio selettivo e distintivo rispetto a elementi di dettaglio, come tali non significativi, irrilevanti e non importanti».
Secondo Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, cit., «il principio della materialità è strettamente correlato a quello fondamentale – caratterizzante la legislazione comunitaria – della *true and fair view* (espressamente menzionato nell'art. 2, comma 3, della 4^ direttiva CEE sul bilancio d'esercizio e nell'art. 16, comma 3, della 7^ Direttiva CEE sul bilancio consolidato)», e, in linea con una certa interpretazione, potrebbe anche essere «diretta derivazione della tradizione giuridica romana, discendendo dal brocardo *de minimis non curat praetor*».
Fortemente critico rispetto a questa lettura/traduzione del concetto di "materialità", fatta propria dalle Sezioni Unite, è ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 1490, il quale parla di «grossolano errore linguistico e lessicale», ricordando che «i "fatti materiali", rispetti ai "fatti" del 1942, erano già presenti nello schema del 2002, con aspirazione restrittiva».

Analogo ragionamento la Suprema Corte svolge, poi, in relazione al concetto di "rilevanza"[1012], e ciò al fine di dedurre (naturalmente nello specifico contesto del delitto di false comunicazioni sociali) che:

a) «le aggettivazioni materiali e rilevanti[1013], ben lungi dal costituire ridondante endiade [*rectius*: endiadi], devono trovare senso compiuto nella loro genesi, finalisticamente connessa – per quanto si è detto – alla funzione precipua del bilancio e delle altre comunicazioni sociali, quali veicoli di informazioni capaci di orientare, correttamente, le scelte operative e le decisioni strategiche dei destinatari»;

b) «il lemma "fatto" non può essere inteso nel significato comune, ossia come fatto/evento del mondo fenomenico, quanto piuttosto nell'accezione tecnica, certamente più lata, di dato informativo della realtà che i bilanci e le altre comunicazioni, obbligatorie per legge, sono destinati a proiettare all'esterno»[1014].

Di qui la conclusione della sentenza ora sintetizzata, di tenore diametralmente opposto rispetto all'orientamento precedentemente esposto: «Se "fatto" *lato sensu* è il dato informativo e se "materiali e rilevanti" sono soltanto i dati oggetto di informazioni essenziali e significative, capaci di influenzare le opzioni degli utilizzatori, anche le valutazioni, ove non rispondenti al vero, sono in grado di condizionarne, negativamente, le scelte strategiche ed operative» e, pertanto, « anche gli enunciati valutativi sono idonei ad assolvere ad una funzione informativa e possono, quindi, dirsi veri o falsi», non essendo la loro rilevanza penale esclusa dal «riferimento ai "fatti materiali" oggetto di falsa rappresentazione»[1015].

Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 22474/2016, optano per l'orientamento più rigoroso (e non abrogativo)[1016], affermando la sussistenza del delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza

---

Il medesimo Autore è, poi, particolarmente critico nei confronti della presunta irrilevanza della specificazione «materiali» e della negazione che essa abbia una portata tecnico-giuridica, affermando che «in diverse occasioni […] il legislatore ha mostrato la volontà che il termine "fatti" o suoi equivalenti ("elementi"), inseriti in fattispecie sanzionatorie, fossero da intendere nella loro sostanza empirica, corporea, quale substrato sul quale non applicare le valutazioni», e, sebbene si mostri scettico nei confronti dell'uso della locuzione «fatti» (perché «chi parla non trasmette certamente «fatti» ma porge all'attenzione degli ascoltatori o dei lettori dati e informazioni che raffigurano e rappresentano, mediante il linguaggio (strumento sempre convenzionale), un messaggio, un'informazione»), ha osservato che la pur infelice formula («fatti materiali») «potrebbe, senza forzature, indurre l'interprete a ravvisare un restringimento della fattispecie, che si applicherebbe soltanto alle false rappresentazioni di "fatti" colti nella loro dimensione prettamente ed esclusivamente empirica, fenomenica» (ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, cit., p. 27 ss.).

[1012] Sempre secondo Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, cit. (sul punto condivisa da Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, cit.), «l'aggettivo "rilevante" è di stretta derivazione dal lessico della normativa comunitaria, riconnettendosi al concetto di rilevanza sancito dall'art. 2, punto 16, della Direttiva 2013/34/UE (relativa ai bilanci di esercizio, ai bilanci consolidati ed alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recepita nel nostro ordinamento con d.lgs. 14 agosto 2015, n. 136, entrato in vigore il 16 settembre 2015)». V., però, le perplessità di ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 1490, il quale osserva che «è forse sfuggito, nonostante i ripetuti richiami alla normativa bilancistica, nazionale ed europea, che la nozione di rilevanza è un concetto, per così dire, a fisarmonica».

[1013] Comunque "indeterminate", non avendone il legislatore puntualizzato «l'ambito applicativo».

[1014] Va da sé che una simile lettura del concetto di «fatto materiale» consentirebbe di superare di getto le perplessità espresse, ad esempio, da PONTERIO C., *Il licenziamento per motivi economici*, cit., p. 75 ss. (che, comunque, argomenta in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo).

[1015] In questi termini anche Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 3355.

[1016] La soluzione adottata dalle Sezioni Unite si ispira in più punti alle considerazioni svolte dall'Ufficio del Massimario: v., infatti, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale, Relazione per la Quinta Sezione Penale (Riunione sezionale del 15 ottobre 2015), consultabile sul sito *www.cortedicassazione.it*.

di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente si discosti da tali criteri consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni.

Al netto delle critiche mosse dalla dottrina penalistica, il percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte è, comunque, piuttosto interessante anche ai fini che qui interessano e merita di essere sintetizzato.

Premesso che «non può esservi alcun dubbio sulla natura prevalentemente (e quasi esclusivamente) valutativa» del bilancio, sì che operarne una sterilizzazione «con riferimento al suo contenuto valutativo significherebbe negarne la funzione e stravolgerne la natura», la Suprema Corte denuncia fermamente «la fallacia della opzione ermeneutica che intende contrapporre "i fatti materiali", da esporsi in bilancio, alle valutazioni, che pure nel bilancio compaiono; e ciò per l'ottima ragione che un bilancio non contiene "fatti", ma "il racconto" di tali "fatti"»[1017]. Aggiungono, poi, le Sezioni Unite che, «per la tesi abrogazionista, "materiale" sarebbe sinonimo di "oggettivo" (e comunque di "a-valutativo")», ma «così certamente non è» anche perché, se si esamina l'art. 2638 c.c. (in tema di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza), che prevede esplicitamente la condotta del soggetto attivo che esponga «fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria ecc.», si nota che, «per il legislatore, un "fatto materiale" ben può essere (e quasi sempre è) oggetto di valutazione in sede di bilancio»[1018].

Ma vi è di più: le Sezioni Unite, infatti, richiamando pregressa giurisprudenza[1019], precisano che, «una volta chiarita la irrilevanza della soppressione dell'inciso, perde rilievo, a sua volta, anche la questione su cosa si debba intendere per "materialità" del fatto, espressione atecnica che non può essere intesa come antitetica alla soggettività delle valutazioni», tanto più che «la *valutazione* – se fa obbligatorio riferimento a *criteri vincolanti e predeterminati* – è un *modo di rappresentare la realtà* non dissimile dalla *descrizione* o dalla *constatazione*, sebbene l'ambito di una sua possibile qualificazione in termini di verità o di falsità sia variabile e risulti, di regola, meno ampio, dipendendo "dal grado di specificità e di elasticità dei criteri di riferimento"» (corsivi nostri)[1020].

---

[1017] Richiamando PADOVANI T., *Audizione alla commissione giustizia della camera del 7 maggio 2015*, Resoconto stenografico, p. 10, ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 1484, osserva che «una netta separazione tra fatti e valutazioni è difficilissima, foriera di grandi incertezze, presumibilmente destinate a essere enfatizzate da una consolidata tradizione interpretativa di segno contrario».

[1018] In proposito le Sezioni Unite ricordano che già sotto la vigenza della precedente normativa la Cassazione «non aveva mai dubitato della valenza meramente concessiva del sintagma "ancorché oggetto di valutazioni"», tant'è che Cass. pen., sez. V, 28 settembre 2005, n. 44072 aveva ritenuto sussistente il reato di cui all'art. 2638 c.c. anche nel caso in cui la falsità fosse contenuta in giudizi estimativi delle poste di bilancio, atteso che dal novero dei "fatti materiali" indicati dalla attuale norma incriminatrice come possibile oggetto di falsità vanno escluse soltanto le previsioni o congetture prospettate come tali, vale a dire quali apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo.

[1019] Il riferimento è a Cass. pen., sez. V, 9 febbraio 1999, n. 3552, in *Cass. pen.*, 2000, p. 377 e p. 2265, con nota di ANGELINI M., *Sulla falsità ideologica nei pareri rilasciati dalla commissione medica dell'INAIL*.

[1020] Naturalmente in una vicenda in cui si discute della violazione dell'art. 2621 c.c. le Sezioni Unite hanno buon gioco nell'osservare che «in bilancio vanno certamente esposti tutti quei "fatti" passibili di "traduzione" in termini contabili e monetari e, dunque, gli elementi di composizione del patrimonio aziendale, come valutati dal redattore del bilancio secondo i parametri – legali e scientifici – che lo stesso deve rispettare»: infatti, «l'atto valutativo comporta necessariamente un apprezzamento discrezionale del valutatore, ma si tratta – nel caso dei bilanci, non meno che in quello della materia urbanistica – di una discrezionalità tecnica» anche perché nelle scienze contabilistiche «la "valutazione" dei fatti oggetto di falso investe la loro "materialità"». Sulla fallacia dell'idea circa la certezza della disciplina contabile, specie in una fase (qual è quella attuale) in cui «i criteri di redazione del bilancio, soprattutto quelli di valutazione e classificazione, sono in una fase di profondo mutamento», v., però, ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 1485.

## 8. Dal «fatto contestato» al «fatto materiale contestato»: quali insegnamenti trarre da un film già visto?

Ammesse (ma probabilmente non concesse) la drasticità e la rilevanza (sostenute in dottrina) della separazione tra i concetti di "fatto materiale" e "fatto giuridico", v'è a questo punto da chiedersi se e quali insegnamenti possano trarsi dalle esperienze normative e dalle vicende giurisprudenziali che hanno interessato settori dell'ordinamento certamente diversi, ma altrettanto sicuramente non così estranei come potrebbe, a prima vista, apparire, se non altro perché sia in ambito penale che nella materia giuslavoristica (allorché si discute di giustificazione del licenziamento disciplinare) si tratta pur sempre di attribuire rilevanza, a fini sanzionatori, a comportamenti ritenuti meritevoli di censura (che sfocerà nell'un caso nella sanzione penale, nell'altro nella "sanzione" civile).

Una prima indicazione di carattere didattico (e, perciò, utile per orientare le riflessioni che seguiranno) ci sembra possa essere la seguente: i concetti di "fatto" e di "fatto materiale", di cui si è discusso sinora, più che vischiosi, appaiono liquidi, e dunque, come tali, instabili e nel contempo osmotici.

La sensazione è suffragata dalle vicissitudini e dalle contrapposizioni giurisprudenziali di cui si è dato conto ed è alimentata dalle variegate posizioni dottrinali: certo essa vale in ambito penale, ma non ci pare che, nel contesto giuslavoristico, posizioni e definizioni qualificatorie possano essere rispettivamente assunte ed enunciate con maggiore nettezza.

Ciò vale innanzitutto per la nozione di "fatto", la cui "materialità" generalmente tende a coincidere – come si è visto – con l'elemento materiale dell'illecito, riassunto nella triade "condotta - evento - nesso causale"[1021]: con il che parrebbe essere espunto ogni profilo attinente all'elemento soggettivo, se non fosse che (e qui sì che potrebbe esservi la tentazione di mantenere distinti gli ambiti penale e civile) la giurisprudenza penale, quando ragiona intorno a detto elemento, pensa ovviamente al dolo e alla colpa, cioè a profili dell'illecito penale che, secondo una certa dottrina, non rilevano nell'inadempimento contrattuale[1022], forse nemmeno – a ben considerare – sul piano dell'importanza dello stesso. Ma in senso opposto a queste considerazioni, e a riprova delle criticità delle scelte normative adottate dal legislatore, è pure doveroso ricordare che nella giurisprudenza di legittimità[1023] è tutt'altro che emarginata l'idea che il profilo soggettivo della colpa o del dolo non rilevi in punto di determinazione della gravità del comportamento del lavoratore: anzi, è proprio dalla gravità del comportamento (considerata nei termini "soggettivi" appena evidenziati) che si desume la sussumibilità della condotta contestata e sanzionata nella nozione di giusta causa o giustificato motivo soggettivo[1024], cosicché appare evidente (e riconfermato), anche sul piano civilistico, che ogniqualvolta si tratta di prendere in considerazione la condotta (cioè

[1021] NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 524, e in *Quaderni di Arg. dir. lav.* ordinati da PERSIANI M. e CARINCI F., *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, cit., p. 51.

[1022] Il rilievo è di TURSI A., *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, cit., p. 1140, il quale rammenta altresì (traendone, peraltro, conclusioni su cui è opportuna una rimeditazione) che è «necessario distinguere l'elemento psicologico, inteso come coscienza e volontà dell'atto (e, nell'inadempimento contrattuale, come non imputabilità dell'impossibilità della prestazione), dalla rilevanza che normalmente assumono in materia disciplinare aspetti attinenti alla gravità dell'elemento intenzionale-volontaristico del lavoratore nella commissione dell'illecito» (p. 1141).

[1023] E anche in dottrina: DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 37.

[1024] Con motivazione pressoché identica v.: Cass. 5 aprile 2017, n. 8826; Cass. 25 giugno 2015, n. 13162; Cass. 4 marzo 2013, n. 5280.

il modo di atteggiarsi di un determinato comportamento[1025]) l'inclusione dell'elemento soggettivo nell'operazione di valutazione è pressoché ineludibile, per non dire implicita[1026], e per nulla esautorata dal richiamo alla "materialità" del fatto[1027].

Vi è, poi, da considerare che il «fatto», nell'accezione senza aggettivi, è sovente inteso in senso puramente storico-naturalistico: ciò lo si è constatato a proposito del divieto di *bis in idem*, in cui la realità del «fatto» è tale da non richiedere alcuna aggettivazione.

È, dunque, pacifico (perché empiricamente verificabile in altri rami dell'ordinamento) che sia ben possibile assumere, a determinati fini, una nozione di «fatto» intesa nella sua dimensione «materiale» (storica, appunto, o – se si preferisce – naturalistica), ma con una doppia precisazione: in primo luogo, che, sul piano normativo, non esiste un «fatto» che possa dirsi «materiale» *in rerum natura* perché, quando tale concetto (come qualunque altro concetto) viene preso in considerazione a determinati fini giuridici, esso rileva nel significato che il legislatore intende attribuirgli[1028] (questo è ciò che il Giudice delle leggi intende dire quando afferma che non esiste «un contorno

---

[1025] Riecheggia qui il concetto di «fatto-comportamento» (suscettibile di valutazione disciplinare) di cui parla MAZZOTTA O., *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 104, a proposito dell'art. 18, co. 4, St. lav. (a condizione, però, che risulti chiaro che il fatto non si identifica con il comportamento, ma si compone anche di esso); in un altro passaggio (p. 106) l'Autore usa la formula «fatto-inadempimento» (già impiegata da PERSIANI M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, cit., p. 3, e ora anche, tra i molti, da: GALARDI R., *Il licenziamento disciplinare*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2013, p. 291 ss.; PISANI C., *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, cit., p. 102; ID., *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, cit., p. 30; e CARINCI M.T., *Fatto «materiale» e fatto «giuridico» nella nuova articolazione delle tutele* ex *art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit., p. 1332), cioè «un fatto rispetto al quale è già stata operata una valutazione di rilevanza in chiave disciplinare», mentre «i restanti fatti – quelli che vengono definiti come «materiali» (essendo cioè insignificanti disciplinarmente) – sono da parificarsi a "fatti inesistenti"». In realtà, non mi pare che condotta/comportamento siano elementi identificativi, in via esclusiva, del "fatto giuridico", posto che la condotta (cioè l'azione o l'omissione che provocano l'inadempimento) è pacificamente una componente del "fatto materiale". Identifica il «fatto contestato» con «la condotta inadempiente di un obbligo contrattuale» TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., p. 217: opinione confermata anche dopo il d.lgs. n. 23/2015 (v., infatti, p. 530, nota 13). CESTER C., *Le tutele,* cit., p. 1080, che pure ritiene che l'inadempimento contrattuale debba essere sussunto nel «fatto contestato», osserva, però, che l'insussistenza dell'inadempimento «non può ovviamente coincidere con l'assenza di giusta causa o giustificato motivo».

[1026] «L'elemento soggettivo è necessaria parte di ogni atto umano»: così Cass. 26 gennaio 2011, n. 1788, la quale (in un passaggio argomentativo che potrebbe essere riproposto oggi al fine di vagliarne la tenuta in un ben diverso contesto normativo) aggiunge che «sul piano probatorio, […], se all'integrazione dei fatti giuridicamente legittimanti il licenziamento è necessario il dolo, l'onere datoriale di provare la sussistenza dei fatti si estende alla prova del dolo; e pertanto, ai fini della legittimità del licenziamento, la prova della sussistenza del fatto nella sua mera materialità è insufficiente».

[1027] In senso contrario, pessimisticamente, RIVERSO R., *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd* Jobs Act, cit., p. 18, e ID., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, cit., il quale, muovendo dal presupposto che il legislatore abbia utilizzato l'espressione in questione («fatto materiale»), «sapendo e volendo autorizzare i risultati che essa è in grado di conseguire», ritiene che «nella nuova disciplina dei licenziamenti per i cd contratti a tutele crescenti la mancanza di elemento soggettivo, o di antigiuridicità, o di rilevanza disciplinare, o la presenza di forza maggiore, la mancanza di gravità già in astratto, dovrebbe condurre de plano all'estinzione del rapporto con tutela indennitaria (nel limite da 4 a 24 mensilità), poiché si tratta di casi che non comportano il venir meno del fatto nella sua dimensione materiale». Diversa, invece, sembrava essere l'opinione del medesimo Autore, elaborata a commento delle novità apportate all'art. 18 nel 2012, allorché osservava che «il "fatto contestato" dal datore alla base del licenziamento richiede per la sua integrazione come giusta causa la presenza di una caratterizzazione soggettiva della condotta» (v. RIVERSO R., *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, cit., p. 5).

[1028] Torna qui alla mente l'insegnamento di FALZEA A., *Fatto giuridico*, *Enc. dir.*, XVI, 1967, p. 942, secondo cui il concetto di fatto può riguardare, tra l'altro, tutto ciò cui una norma giuridica attribuisce un effetto giuridico (dubita, però, dell'idoneità di questa nozione a cogliere l'essenza della fattispecie CATAUDELLA A., *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, 1967, XVI, p. 927 ss.). Su questa linea si pone DE LUCA M., *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 251/2015, p. 22, che, nel ragionare intorno al cuore della motivazione di Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, si mostra perplesso circa la «contrapposizione o, comunque, l'alternativa tra *fatto materiale* e *fatto giuridico* – in quanto il *fatto giuridico* è niente altro che un *fatto materiale*, assunto dall'ordinamento come *fatto* produttivo di effetti giuridici».

identitario dal contenuto necessario» nemmeno del concetto di «fatto storico-naturalistico»); in secondo luogo, che il «fatto materiale» che rileva ai nostri fini è sempre mediato, filtrato, perché nella contestazione disciplinare, cioè nell'atto con cui il datore di lavoro porta a conoscenza del lavoratore l'addebito che intende muovergli (il comportamento commissivo od omissivo di cui lo accusa) in vista dell'eventuale applicazione di una sanzione, non vi sono fatti, ma vi è la narrazione (la "contestazione", appunto), il racconto di fatti, elaborato attraverso la sensibilità (e, in particolare, la maggiore o minore soglia di tolleranza) del datore medesimo[1029].

Per questo motivo, se da un lato la giurisprudenza penale, in sede di legittimità, ricorda che l'identità dei fatti (proprio in quanto materiali, cioè valutati in termini di accadimento storico) può essere apprezzata a prescindere dalla loro qualificazione giuridica, dall'altro lato la Corte costituzionale – come si è visto – rammenta che anche il fatto materiale è pur sempre frutto della somma di elementi selezionati secondo criteri normativi.

Rilevano queste prime considerazioni ai fini dell'interpretazione degli artt. 18, co. 4, St. lav., e 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015? Probabilmente sì, possono avere una loro pregnanza esegetica, per disvelare la quale, però, è opportuno svolgere una riflessione aggiuntiva sulla espulsione dei profili valutativi in ordine alla sproporzione del licenziamento, decretata dal menzionato art. 3.

Il comma 2 dell'art. 3 si riferisce alle «ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

L'obiettivo del legislatore è chiaro (e – diremo subito – in buona parte condivisibile, se e nella misura in cui esso mira a porre un freno alla esilarante casistica giurisprudenziale cui si è fatto cenno in precedenza); la costruzione sintattica del comma 2 dell'art. 3 è, però, traballante, per non dire oscura, e per nulla funzionale al raggiungimento di quell'obiettivo; infine, il raggiungimento dell'obiettivo (perseguito tramite l'aggettivazione del «fatto» e l'espunzione – *rectius*: l'affermata pretesa estraneità – di qualsiasi valutazione in merito alla sproporzione del licenziamento) è tutt'altro che pacifico[1030].

Che l'obiettivo sia chiaro (sebbene non apertamente desumibile dalla norma) è circostanza francamente incontestabile[1031]: il legislatore sembra voler dire esplicitamente che se il fatto, inteso nella sua materialità, non sussiste, la sanzione per il licenziamento ingiustificato è, in primo luogo, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

Ciò che, però, è più interessante è quel che il legislatore sembra voler dire implicitamente, e suggerendo di leggere la norma in controluce: e, cioè, che se il «fatto materiale» sussiste, la sanzione è sempre espulsiva perché non potrà mai dirsi che essa è sproporzionata. In altre parole, la

---

[1029] In termini analoghi, sia pure riferiti al contenuto del bilancio, v. ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, cit., p. 327: «Certamente nel parlare comune, ampiamente diffuso, ricorre frequentemente la locuzione "raccontare i fatti", "descrivere i fatti", "esporre i fatti distinti dalle opinioni": sono, però, formulazioni allusive, comodissime per gli usi del parlare quotidiano, non certamente precise».

[1030] V. NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 510.

[1031] Di ciò è convinta anche TULLINI P., *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 803.

sanzione deve essere commisurata rispetto alla sussistenza del fatto, in sé considerata, e non alla gravità dell'inadempimento[1032] (delibata – è il caso di aggiungere con particolare enfasi – da altri che non siano il datore di lavoro), così accogliendosi espressamente, nel contesto dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015, una tesi che era stata diffusamente argomentata, in maniera molto serrata, già a proposito del novellato art. 18, co. 4, St. lav.[1033].

Su questa ricostruzione della *voluntas legis* ritengo vi siano pochi dubbi: è, in fondo, una ricostruzione che nasce abbastanza scopertamente in funzione di contrasto a decisioni giurisprudenziali spesso incontinenti e debordanti, e, dunque, non deve essere di per sé demonizzata perché, esemplificando, nella vita quotidiana di un'azienda anche un piccolo ammanco di cassa può ferire irreparabilmente la fiducia e anche un piccolo ritardo può provocare gravi disfunzioni organizzative e seri pericoli[1034].

Il punto è, però, che la costruzione sintattica dell'art. 3 non aiuta. E non aiuta innanzitutto perché non è chiaro a chi debba essere riferita la locuzione «rispetto alla quale»: se, cioè, il pronome, declinato al femminile, debba essere collegato alla "dimostrazione in giudizio" o all'"insussistenza del fatto materiale"[1035] o (perché no?) alla "contestazione del fatto materiale al lavoratore"[1036].

Ritengo che riferire l'"estraneità della valutazione" alla "dimostrazione in giudizio" o all'"insussistenza del fatto materiale", in realtà, cambi poco: in entrambi i casi, infatti, in quella che mi sembra essere l'ottica del legislatore, si dovrà dire che, nella sua materialità, il fatto sussiste o non sussiste a prescindere dalla sua eventuale tenuità[1037], e che, dunque, anche un fatto di poco conto, purché materialmente esistente, giustificherà il licenziamento; o (il che è lo stesso) che quel fatto è stato provato o non è stato provato se solo si sia data dimostrazione in giudizio della sua sussistenza/insussistenza, a nulla rilevando la valutazione circa la sproporzione tra il fatto (tenue) e la sanzione applicata (massima)[1038].

---

[1032] V. anche MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* jobs act, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 325, nota 38. In senso parzialmente difforme, se ben intendiamo, PISANI C., *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, cit., p. 104, nel contesto, però, di una riscrittura dell'art. 3, co. 2, e di una sostituzione del «fatto materiale» con l'«inadempimento» («l'effetto di escludere il giudizio di proporzionalità avrebbe potuto essere conseguito ugualmente anche facendo riferimento all'inadempimento e non al fatto materiale, semplicemente sostituendo la parola "sproporzione", con la frase "il carattere notevole dell'inadempimento"»).

[1033] V. MARESCA A., *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, cit., p. 173, secondo cui la valutazione della gravità dell'infrazione e della proporzionalità di essa con riguardo alla sanzione del licenziamento «deve considerarsi estranea alla verifica della sussistenza del fatto contestato».

[1034] V. gli esempi fatti da CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1087.

[1035] In questo senso: CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1082; DE LUCA M., *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., p. 25; PERSIANI M., *Altra notarella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. Dir. lav.*, 2015, p. 647.

[1036] Sintassi alla mano, non mi pare, invece, che la valutazione circa la sproporzione del licenziamento debba essere correlata alla «gravità dell'inadempimento» (SORDI P., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 195): interpretazione, questa, certamente ragionevole, ma non supportata dal dato testuale dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (nemmeno ove si voglia intendere che il giudizio circa la sussistenza/insussistenza del «fatto materiale» si estende, già di per sé, anche ai profili relativi all'inadempimento e all'imputabilità – come effettivamente l'Autore sostiene a p. 194 –).

[1037] Con riferimento al novellato art. 18 v. DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 38.

[1038] Sulle conseguenze della scelta legislativa di considerare ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento estranea al fine dell'individuazione della tutela applicabile v. BOSCATI A., *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, cit., p. 1049 ss., secondo cui «il contenimento del ruolo del giudice produce anche l'effetto di un ridimensionamento della fonte collettiva».

Collegare la valutazione circa la sproporzione della sanzione alla insussistenza del fatto significa, dunque, che non può ricavarsi la sussistenza o insussistenza del fatto dalla maggiore o minore gravità dell'inadempimento[1039]: questa, però, è un'affermazione quasi banalmente scontata e, dunque, superflua perché il fatto, se è materiale nel senso più comunemente teorizzato (cioè se va inteso in senso storico-naturalistico), esiste (o non esiste) sempre[1040], a prescindere da qualunque valutazione circa la sua ipotetica tenuità[1041] (tant'è che – come si è visto – una parte della giurisprudenza penale, muovendo dalla realità/materialità del fatto in sé considerato [nel senso che ogni fatto, per ciò stesso, è reale], esclude che l'aggettivo «materiale» sia sinonimo di "tangibile" perché, se così non fosse, esso sarebbe inutile, essendo ogni fatto, già di per sé, reale); al contrario, solo rispetto a un "fatto giuridico" (inteso nel senso prospettato da ampia parte della dottrina) potrebbe imporsi l'accantonamento della valutazione circa la maggiore o minore gravità dell'inadempimento, accantonamento finalizzato all'affermazione dell'insussistenza del fatto ove esso non raggiunga una soglia minima di censurabilità sul piano disciplinare[1042].

L'affermazione dell'estraneità di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento rispetto alla questione dell'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore suggerisce, però, un'altra riflessione e, nel contempo, origina un ulteriore elemento di perplessità.

Com'è noto, nel diritto penale esiste ormai da tempo il concetto di «fatto […] di particolare tenuità» (art. 34, co. 1, d.lgs. n. 274/2000 e, in precedenza, art. 27, d.p.r. n. 448/1988), misurata in relazione a determinati parametri prestabiliti dal legislatore («quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato»: così l'art. 34)[1043]. Negli stessi termini si esprime sostanzialmente l'art. 131-*bis* c.p. (inserito dall'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 28/2015), anche se, a dire il vero, la norma riferisce la «particolare tenuità» all'«offesa» (v. il comma 1), non al «fatto» (di cui parlano, invece, la *rubrica legis* e l'intitolazione del Capo I e del Titolo V del Libro I del codice penale).

---

[1039] Mi sembra che, pur analizzando la giurisprudenza di legittimità formatasi intorno all'art. 18, co. 4, St. lav., analoga conclusione sia formulata anche da CARINCI F., *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti* ex *art. 18 Stat. lav. "versione Fornero"*, cit., p. 745.

[1040] E, infatti, PERSIANI M., *Altra notarella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 647-648, osserva che è naturale che, rispetto all'accertamento dell'inesistenza del fatto contestato, «rimanga estranea, e sia inutile, qualsiasi indagine sulla proporzionalità della sanzione» del licenziamento, indagine che rimarrebbe, invece, indispensabile ove riferita al fatto materiale contestato al lavoratore: con il che, peraltro, rimane da spiegare perché il legislatore abbia introdotto una norma che, a questo punto, rischierebbe di divenire superflua.

[1041] Negli stessi termini SANTINI F., *I licenziamenti per motivi soggettivi dopo la legge n. 92/2012: prime applicazioni giurisprudenziali*, cit., p. 1010, che osserva che «il criterio di proporzionalità deve dirsi incompatibile con la categoria della esistenza, la quale non può essere declinata in termini quantitativi».

[1042] Nelle prime applicazioni del novellato art. 18 St. lav. (Trib. Voghera 16 marzo 2013 e Trib. Milano 23 aprile 2013, in *Arg. dir. lav.*, 2013, rispettivamente p. 1138 e p. 1142) il sindacato di proporzionalità sembra essere utilizzato non per il giudizio sulla sussistenza/insussistenza del fatto, né per l'individuazione della sanzione applicabile, ma ai fini dell'accertamento dell'illegittimità del licenziamento.

[1043] La Relazione allo schema di decreto delegato che è, poi, divenuto il d.lgs. n. 28/2015 ricorda che «l'istituto della non punibilità per c.d. "irrilevanza del fatto" [è] già conosciuto nell'ordinamento minorile (art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 [«Durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e la occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto […]»]) e in quello relativo alla competenza penale del giudice di pace (art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274)».

Questa particolare caratteristica "lenitiva" del fatto incide, però, non sulla sua sussistenza, ma sulla sua punibilità (in questo senso sono eloquenti la rubrica dei già richiamati Capo I e Titolo V e il tratto centrale del comma 1 di quest'ultima norma: «la punibilità è esclusa […]»).

E in effetti, come evidenziato sin dalle prime sentenze di merito, l'art. 131-*bis* introduce nell'ordinamento non una condizione di procedibilità, ma una causa di esclusione della punibilità in senso stretto, che presuppone la sussistenza di un reato, integrato in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi.

Del resto, la già richiamata Relazione allo schema di decreto, nel delineare i tratti distintivi tra l'istituto della "irrilevanza del fatto" rispetto a quello della "inoffensività del fatto", pone in evidenza che «quest'ultimo, come recepito dalla giurisprudenza costituzionale e comune ormai largamente prevalente, attiene alla totale mancanza di offensività del fatto che risulta pertanto privo di un suo elemento costitutivo e in definitiva atipico e insussistente come reato» (di qui il richiamo al reato impossibile di cui all'art. 49, co. 2, c.p.). «Diversamente» (prosegue la Relazione) «l'istituto in questione della "irrilevanza" per particolare tenuità presuppone un fatto tipico e, pertanto, costitutivo di reato ma da ritenere non punibile in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale».

Ciò premesso, quand'anche si ritengano risolti questi primi inciampi, i problemi interpretativi e applicativi non mancano.

Vi è, infatti, nella costruzione dell'art. 2 comunque un'asimmetria perché la "dimostrazione" della ragione giustificatrice del recesso grava sul datore di lavoro (nonostante i turbamenti suscitati dal dato letterale, che apparentemente condurrebbe verso un'inversione dei tradizionali canoni probatori), mentre la "valutazione" (cioè il giudizio di proporzionalità tra fatto contestato e sanzione applicata) è di spettanza del giudice. Certo anche il datore di lavoro compie una "valutazione" del fatto al fine di verificare se esso è passibile di contestazione disciplinare ed eventualmente di sanzione, ma è evidente che la "valutazione" che il legislatore vuole tenere fuori dalla porta è quella del giudice.

Pertanto, la stessa operazione critica (in senso etimologico, cioè di formulazione di un giudizio circa la rilevanza disciplinare di un fatto) è considerata in maniera diversa a seconda che essa sia compiuta dal datore di lavoro o dal giudice: nel primo caso ha diritto di cittadinanza (posto che è evidente che il datore di lavoro contesta al lavoratore non qualunque fatto – solo perché materialmente sussistente –, ma solo i fatti che, previa valutazione della rilevanza disciplinare, egli ritiene potenzialmente meritevoli di sanzione), nel secondo no. In altre parole, il datore di lavoro può valutare ciò che è, invece, sottratto allo scrutinio del giudice.

Ciò, però, non deve stupire perché è proprio l'obiettivo che il legislatore si prefigge: riservare l'esercizio della discrezionalità al datore di lavoro, e, di contro, sottrarlo al giudice.

E non deve stupire perché, in fondo, risponde allo spirito dei tempi: pare, cioè, che il legislatore del lavoro voglia attribuire alla sola valutazione del datore di lavoro la verifica circa l'importanza dell'inadempimento, in linea con (o, meglio, addirittura sopravanzando) alcune tendenze che si

sono manifestate in campo penale allorché si è iniziato a discutere delle modifiche all'art. 52 c.p. in materia di legittima difesa[1044].

Questo rilievo sollecita, però, alcune ulteriori riflessioni di non poca importanza, la prima delle quali riguarda il significato dell'affermazione di estraneità della valutazione circa la sproporzione del licenziamento: in altre parole, ci si deve chiedere se il legislatore, quando dichiara che «resta estranea ogni valutazione […]» (cioè quando lascia intendere che, appurata la sussistenza del fatto materiale, la scelta della sanzione espulsiva non deve essere condizionata dal giudizio di proporzionalità tra il motivo soggettivo o la giusta causa di recesso e la sanzione applicata), intende esprimere una constatazione (cioè vuole dire che l'estraneità delle valutazioni è *in re ipsa*, nel senso che è insita nella qualificazione del «fatto» come «materiale», che per sua natura sarebbe refrattario a qualunque giudizio) o formula un precetto (nel senso che enuncia una proposizione precettiva, un comando che impone di accantonare le valutazioni ogniqualvolta si sia in presenza di un «fatto materiale»).

Per rispondere a questo quesito può essere utile recuperare alcuni spunti offerti dalla giurisprudenza penale che si è pronunciata sul delitto di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c.

Come si ricorderà, l'approdo interpretativo cui sono pervenute le Sezioni Unite della Cassazione è nel senso della negazione sia dell'equivalenza tra "materiale" e "oggettivo", sia della contrapposizione tra "materiale" e "a-valutativo": in altre parole, secondo le Sezioni Unite la materialità del fatto, non essendo sinonimo di oggettività, non si pone in antitesi con la soggettività delle valutazioni, cioè con la discrezionalità delle stesse.

Dunque, se si dovesse importare questa argomentazione della Cassazione penale, nella sua massima espressione, anche nel contesto qui esaminato, dovrebbe dirsi che se il legislatore del decreto legislativo n. 23/2015 ha immaginato che, in presenza di un «fatto materiale» (nel senso di reale, oggettivo, storico), qualunque valutazione, in quanto espressione di una discrezionalità soggettiva, sia, per ciò stesso, messa "fuori gioco", ha commesso un errore di prospettiva: o, meglio, non ha considerato che quella impostazione è ben lungi dall'essere consolidata anche in rami dell'ordinamento in cui simili tematiche (in particolare, l'individuazione delle nozioni di «fatto» e «fatto materiale» nonché il loro rapporto con i giudizi valutativi) sono state affrontate da tempo,

[1044] Il riferimento è, in particolare, alla proposta di legge n. 3777 presentata il 26 aprile 2016 dai deputati Molteni e altri: la relazione di minoranza, opera dell'on. Molteni, indugia in più punti sull'insufficienza del testo dell'art. 52 c.p. a «garantire una possibilità di difesa da aggressioni violente, soprattutto nella parte in cui richiede, affinché ricorra la legittima difesa, la proporzionalità tra la difesa e l'offesa», sulla necessità di «procedere alla modifica della proporzionalità tra difesa ed offesa, non perché non si condivida la necessità di evitare reazioni spropositate per attacchi privi di una reale offensività, quanto piuttosto per la constatazione che tale norma si è nei fatti tradotta, anche attraverso la sua interpretazione giurisprudenziale […], in una sostanziale inapplicabilità dell'esimente in esame», e, a determinate condizioni, sulla necessità di «riconoscere sempre la proporzionalità tra l'offesa e la difesa» (che è «scontata e doverosa», e non deve «essere sempre dimostrata dal cittadino onesto») perché, a fronte di «determinati elementi», la persona offesa deve «di diritto, cioè automaticamente, […] essere tutelata attraverso l'applicazione della scriminante della difesa legittima». Sulla stessa linea si pone la relazione di minoranza dell'on. La Russa presentata alla Presidenza il 3 marzo 2016 sulla proposta di legge d'iniziativa dei deputati Molteni e altri del 18 febbraio 2015 (XVII Legislatura - Camera dei deputati - n. 2892-A-, Relazione della II Commissione permanente (Giustizia)), che pure, al dichiarato fine di migliorare il testo dell'art. 52 c.p., «definendone più adeguatamente gli ambiti», proponeva di «superare le discussioni sorte nell'ambito di discrezionalità che la legge riconosce ai giudicanti, individuando con più precisione le varie fattispecie e il conseguente relativo nuovo perimetro di discrezionalità riservato dal legislatore al potere giudiziario», e ciò tramite la più precisa individuazione e il rafforzamento della presunzione assoluta già stabilita dal legislatore nel 2006 per i casi indicati dai commi secondo e terzo dell'art. 52 c.p. (naturalmente si tratta di presunzione assoluta della proporzionalità rispetto all'offesa).

e hanno dato luogo a un fertile e vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che solo a fatica, e non senza contrasti (non completamente sopiti), è giunto ad approdi, peraltro ancora non del tutto tranquillizzanti.

Se questi passaggi argomentativi sono corretti, la risposta al quesito prima prospettato diviene, dunque, obbligata e la proposizione volta a sancire l'estraneità delle valutazioni di proporzionalità nei giudizi sulla sussistenza/insussistenza del «fatto materiale» astrattamente legittimante la sanzione espulsiva, lungi dal porsi come ineluttabile constatazione empirica, si mostra in tutta la sua portata precettiva e spiana la strada a quelle lucide ricostruzioni che anche di recente hanno nitidamente ribadito che «il vaglio di proporzionalità del provvedimento espulsivo rispetto al fatto contestato resta cardine della indagine sulla legittimità del licenziamento, ma è del tutto estraneo alla verifica della sanzione applicabile (reintegra/indennizzo), imperniata sulla sola sussistenza/insussistenza del fatto contestato»[1045].

Ma in realtà, a dire il vero, di comando volto a tener fuori la valutazione di proporzionalità tra illecito disciplinare e sanzione può parlarsi solo se il destinatario ne sia il giudice, cioè colui il quale sarebbe chiamato a esprimere quel giudizio: solo in quel caso, infatti, la posizione giuridica evocata da quell'inciso verrebbe a configurarsi in termini di obbligo posto a carico del titolare del potere di giudicare circa il corretto esercizio dell'azione disciplinare.

Immaginare, invece, che destinatario di quel precetto sia il datore di lavoro significa collocarsi su un piano del tutto diverso nella teorica delle posizioni giuridiche soggettive, ché in tal caso dovrebbe allora evidentemente parlarsi, in termini più appropriati, non di obbligo (del datore di lavoro di non tener conto della valutazione di proporzionalità), ma di facoltà: di facoltà, cioè, concessa al titolare del potere disciplinare (il datore di lavoro) di dar corso al licenziamento senza essere tenuto a farsi carico, in sede di dimostrazione della ragione giustificativa del recesso (questa sì imprescindibile), anche della prova della proporzionalità tra il fatto contestato e la sanzione.

In entrambe le ipotesi, però, la scelta legislativa di emarginare la valutazione di proporzionalità dovrebbe dischiudere all'interprete lo sguardo sull'abisso[1046]: dovrebbe, cioè indurre a riflettere

---

[1045] DE LUCA TAMAJO R., *(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare*, cit., p. 71.

[1046] Sino al punto di dubitare della costituzionalità della norma per violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della lesione del «*canone della coerenza* – quale *espressione del principio di eguaglianza di trattamento* – nel rapporto tra (la disciplina di) sanzioni conservative e *licenziamenti disciplinari*»: per questo motivo vi è chi ritiene che l'affermazione di estraneità non possa riguardare «il giudizio di *proporzionalità*, che deve correre tra il *fatto* medesimo ed il licenziamento», preferendo, appunto, un'«interpretazione *adeguatrice* o *costituzionalmente orientata* – in alternativa alla *illegittimità costituzionale*» dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (così DE LUCA M., *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., p. 25, secondo il quale dal canone di coerenza sembra discostarsi «qualsiasi disposizione, che – in materia di *licenziamenti disciplinari* – intenda negare rilevanza al principio di *proporzionalità* – che continua a trovare applicazione, invece, alle sanzioni disciplinari conservative (ai sensi dell'art. 2106 c.c.) – oppure, addirittura, alla circostanza che il *fatto* – sul quale il licenziamento si fondi – sia punibile con sanzione conservativa (in ipotesi, anche in forza di previsione della contrattazione collettiva»).
Del resto, della possibile incidenza delle novità normative sui concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo si era iniziato a parlare già a partire dal 2012. In proposito, conformi all'orientamento dottrinale dominante, secondo cui le modifiche apportate all'art. 18 St. lav. non avrebbero avuto alcuna ripercussione sui predetti concetti, sono DEL CONTE M. e LIEBMAN S., *Le premesse alla riforma dell'art. 18 st. lav.: uno sguardo d'insieme*, in PERSIANI M. e LIEBMAN S. (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro - La legge n. 92 del 2012 (cd.* "riforma Fornero*") dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, cit., p. 316. Più problematici, invece, CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 950, secondo cui, «per quanto la legge n. 92 del 2012 non abbia direttamente toccato la definizione né di giusta causa né di giustificato motivo soggettivo, l'introduzione di diversi esiti sanzionatori in caso di loro insussistenza ne suggerisce, ed anzi ne impone, una articolazione e differenziazione interna prima sconosciuta» (con particolare riferimento alla nozione di giusta causa v. anche pp. 952-953), nonché ID., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali: prime riflessioni*,

sui concetti stessi di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo[1047], i quali si caratterizzano per una ineludibile componente legata a precise valutazioni circa il grado di proporzionalità tra illecito contestato[1048] (componente talmente rilevante da partecipare alla qualificazione definitoria dei due concetti ora menzionati[1049], quanto meno ove si voglia mantenere una differenziazione quantitativa tra gli stessi[1050]) e sanzione irrogata[1051]. In altre parole, si vuol dire che attaccare la valutazione di proporzionalità, imponendone l'estromissione in sede di giudizio circa la legittimità della sanzione disciplinare espulsiva[1052], obbliga necessariamente a una riflessione in merito

---

cit., pp. 552-553; SPEZIALE V., *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 165/2012, p. 28; e soprattutto TULLINI P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giuridico di controllo*, cit., p. 155, la quale si dice perplessa «quando si osserva con tono tranquillizzante che le causali del recesso (giusta causa e giustificato motivo) non sono state modificate, ma restano intatte nel loro significato e contenuto giuridico». Ritiene che la disciplina introdotta nel 2012 avrebbe dovuto presupporre una modifica della «disciplina sostanziale dei presupposti di legittimità del recesso» SANTONI F., *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F., *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto II*, 2014 ADAPT University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT, p. 132. Con riferimento alle modifiche apportate nel 2012 all'art. 18 è, invece, categorico GHERA E., *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, cit., pp. 425-426, che già all'inizio della sua indagine si chiede se il nuovo art. 18 «abbia aggiunto o tolto qualcosa» alla previsione del giustificato motivo o della giusta causa, ma conclude subito per la risposta negativa (conf. MARAZZA M., *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 622).

[1047] Già MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., p. 420, osservava che «la strada maestra […] sarebbe stata quella di intervenire non sull'apparato sanzionatorio costituito dall'art. 18, ma sulle causali che legittimano il licenziamento oppure sulla valutazione delle prove che gravano sul datore di lavoro tenuto a dimostrare tali causali» (e, infatti, il medesimo Autore ritiene che il novellato art. 18 non abbia modificato le norme riguardanti la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento: v. MARESCA A., *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, cit., pp. 167 e 168). Ma v. anche, ragionando intorno alle novità di cui al d.lgs. n. 23/2015, BRIZZI M., *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, cit., p. 68, che, peraltro, adottando la nozione di «fatto materiale» tradizionale utilizzata nella *vulgata* corrente, giunge a perorare una «tesi ricostruttiva finalizzata a smitizzare il senso del termine "*materiale*", interpretandolo alla luce del termine "*contestato*"»

[1048] Evidenzia con molta chiarezza la questione PERSIANI M., *Altra notarella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 646. In generale sul principio di proporzionalità v. PERULLI A., *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, cit., p. 101 ss.

[1049] Cass. 16 ottobre 2015, n. 21017: «Per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, […] occorre valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale; dall'altro la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta».

[1050] Secondo la nota impostazione, risalente ai primi anni '70, di PERSIANI M., *L'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in RIVA SANSEVERINO L. e MAZZONI G. (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971, p. 678 ss., e recentemente riproposta in ID., *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, cit., p. 13 ss.; manifestano adesione alla tesi dell'illustre Autore: TREMOLADA M., *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, cit., p. 111; e NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 527.

[1051] Ad esempio, v. molto chiaramente, da ultimo, Cass. 5 aprile 2017, n. 8826, la quale, ai fini della valutazione in ordine alla legittimità del licenziamento disciplinare, costruisce l'operazione di riconduzione della condotta sanzionata alla nozione legale di giusta causa proprio sulla base della «gravità del comportamento del lavoratore», e in motivazione richiama il conforme orientamento della Corte (tra le molte v.: Cass. 4 marzo 2013, n. 5280; Cass. 16 ottobre 2015, n. 21017; Cass. 25 maggio 2016, n. 10842), secondo cui, ai fini della valutazione in ordine alla legittimità del licenziamento disciplinare, occorre «sempre che la condotta sanzionata sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa, tenendo conto della gravità del comportamento in concreto del lavoratore, anche sotto il profilo soggettivo della colpa o del dolo, con valutazione in senso accentuativo rispetto alla regola generale della "non scarsa importanza" dettata dall'art. 1455 c.c.». La soluzione propugnata dalla giurisprudenza di legittimità («secondo la quale il fatto inconsistente dovrebbe essere un fatto disciplinarmente rilevante rispetto al quale si possa ritenere che il licenziamento costituisca una sanzione proporzionata»), che finisce per far coincidere «l'inesistenza del "*fatto contestato*"» con «l'inesistenza del giustificato motivo soggettivo», è ritenuta, però, «inevitabilmente irrazionale» da PERSIANI M., *Introduzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 844.

[1052] Di recupero surrettizio, per via giudiziale, di una «valutazione *lato sensu* di proporzionalità nel licenziamento disciplinare, ma collocata su un terreno esterno, neutro rispetto al perimetro di "regolazione" voluto dal legislatore (esterno cioè all'area del divieto di valutazione di proporzionalità del fatto)» v. CARUSO B., *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedimentali*, cit., pp. 65-66.

all'incidenza di tale scelta sulla stessa struttura genetica delle nozioni in esame[1053], essendo evidente che delle due l'una (ché non ci pare proprio siano ravvisabili terze vie interpretative): o la scelta legislativa è così eversiva da alterare, appunto geneticamente, gli stessi connotati dei concetti di giusta causa e giustificato motivo soggettivo[1054], oppure quei concetti rimangono immutati sul piano definitorio[1055], ma, per effetto di quella scelta normativa, giudice di essi diviene unicamente il datore di lavoro, cioè colui il quale, rilevata la sussistenza del «fatto materiale» (unica valutazione sottoposta al vaglio giudiziale), ai fini dell'intimazione del licenziamento può unilateralmente stabilire che quella causa non consente la prosecuzione del rapporto e che quell'inadempimento è di grado notevole; e ciò, quindi, per effetto non di una scomparsa, ma semplicemente di una soggettivizzazione (o, se si preferisce, di una "privatizzazione") della valutazione di proporzionalità (quanto meno, della valutazione di proporzionalità circa la legittimità o no della sanzione espulsiva in funzione della reintegra, posto che quella valutazione rimane, invece, in capo al giudice ai fini dell'applicazione della tutela indennitaria *ex* art. 18, co. 5, St. lav., e art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015[1056]).

Va da sé, però, che, anche così argomentando, il rischio (ammesso che di rischio si tratti, e non di obiettivo perseguito, più o meno coscientemente, dal legislatore) che all'eliminazione del giudizio di proporzionalità operato dal giudice (se e in quanto funzionale alla reintegra, e circoscritto, dunque, alla sola valutazione della spettanza del diritto all'indennità di cui all'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015[1057]) corrisponda una vera e propria aggressione, alla radice, del concetto stesso di licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo [1058] (e anche una diversa

---

[1053] Verosimilmente muove in direzione opposta chi, invece, ritiene che il criterio di proporzionalità rimanga «cardine del giudizio di legittimità del licenziamento»: v. DE LUCA TAMAJO R., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, cit., p. 272.

[1054] Mi pare che intuisca perfettamente la questione MAINARDI S., *L'ordinamento italiano e le "tutele crescenti" contro i licenziamenti illegittimi*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 856, là dove scrive che l'«"interpretazione autentica" di quanto previsto dalla Legge Fornero» operata dall'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, «sembra lasciare sul terreno vittime eccellenti: l'art. 3 della l. n. 604 del 1966, il quale prevede che il licenziamento per motivi soggettivi avvenga per una fattispecie valutata, in senso giuridico, quale "notevole inadempimento" contrattuale; l'art. 2106 del codice civile italiano, almeno nella misura in cui si ritenga che la proporzionalità sia elemento costitutivo (anche) della sanzione del licenziamento». In termini analoghi v. anche FIORILLO L., *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., p. 119, il quale, muovendo dal presupposto che, in base all'art. 3, «qualunque tipo di comportamento, rilevante sotto il profilo disciplinare e imputato al lavoratore, può esser causa del suo licenziamento senza che si possa disporre la tutela reale», ne deduce che «in tal modo si interviene anche sull'art. 2106 c.c.», e ciò nel senso che l'operatività del principio di proporzionalità viene esclusa anche «al fine di decidere se un determinato inadempimento contrattuale, in ragione della sua intensità, possa legittimare o meno la effettiva risoluzione del rapporto» e pure quando «venga accertato che quanto addebitato al lavoratore non costituisc[e] giusta causa di recesso» (rimanendo in tal caso preclusa anche ogni graduazione nella determinazione dell'indennità).

[1055] Opinione comune: tra i molti v., ad esempio, COLOSIMO C., *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, cit., p. 1028.

[1056] Norme, queste, che mi pare possano essere riempite di contenuti alla stregua delle «circostanze del caso singolo che la giurisprudenza ha sempre ritenuto rilevanti al fine di stabilire la gravità in concreto dell'illecito disciplinare – come l'intensità dell'elemento intenzionale o di quello colposo, la sussistenza o meno di precedenti disciplinari, il grado di affidamento richiesto dalle mansioni del lavoratore, l'assenza di danno per l'attività produttiva, la precedente tolleranza manifestata dal datore di lavoro rispetto a condotte analoghe di altri dipendenti, eventuali condizioni lavorative disagiate in cui si è trovato ad operare il prestatore, la pregressa durata del rapporto –»: in proposito v. CAVALLARO L., *Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione*, cit., p. 230.

[1057] V. SORDI P., *Il licenziamento disciplinare*, in *Commentario breve alla riforma* "Jobs Act", cit., p. 190.

[1058] Da intendersi, quindi, tutt'altro che intaccate e inalterate, come ritiene la *communis opinio*: ad esempio, v., tra i molti e sulla scia dell'opinione dominante, FIORILLO L., *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., p. 107, il quale, nonostante dia atto lucidamente che l'«approccio alla materia è sicuramente dirompente» (perché il giudice, sebbene non ritenga che «il recesso sia fornito dei suoi elementi costitutivi idonei, cioè, a configurare una giusta causa o un giustificato motivo sia soggettivo che oggettivo, dichiara comunque estinto il rapporto»), ripiega poi sull'idea dell'immutabilità dei concetti tradizionali.

configurazione del potere datoriale di recesso[1059]) è tutt'altro che remoto[1060], specie ove si consideri che, se è pur vero che, secondo alcuni, la valutazione giudiziale della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore, «anche in base al giudizio di proporzionalità della sanzione all'illecito commesso *ex* art. 2106 c.c.[1061], per stabilire se tale inadempimento può ritenersi o meno "*notevole*" secondo la regola dettata dall'art. 3, legge n. 604/1966 che, a tutela del lavoratore, si differenzia da quella generale della "*non scarsa importanza*" di cui all'art. 1455 c.c.»[1062], è altrettanto vero che non manca chi, al contrario, ritiene impossibile separare accertamento della condotta e accertamento della giustificazione, posto che «la proporzionalità non brilla di luce propria ma, se c'è, riflette la notevolezza (la «non scarsa importanza» in senso accentuato) dell'inadempienza e viceversa»[1063]: pertanto, in quest'ottica, "privatizzazione" del giudizio di proporzionalità, soggettivizzazione[1064] e, dunque, relativizzazione dello stesso sono, in assenza di vaglio giudiziale, operazioni che si "tengono" tra loro, cioè sono inestricabilmente collegate e, imboccata quella via, non è, poi, così implausibile ipotizzare una pesante alterazione dei concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo[1065] sino ad arrivare a ritenere che possano "lecitamente" essere

[1059] Contro la *vulgata* corrente, e in relazione già alla modifica dell'art. 18 St. lav. operata nel 2012, lo ipotizzano anche TULLINI P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo potere giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 147 ss. (che a p. 149 parla di riscrittura di «buona parte della disciplina sostanziale del potere di recesso», e a p. 150 di «rilevante modifica delle condizioni e delle regole d'esercizio del potere datoriale»), e SORDI P., *L'insussistenza del "fatto" nel sistema di tutele contro i licenziamenti illegittimi dell'art. 18 riformato*, in CARUSO B. (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedimentali*, cit., p. 100, all'esito di una serrata argomentazione volta a sostenere che, anche secondo la novellata norma statutaria, la valutazione del giudice in ordine all'idoneità del fatto a consentire la prosecuzione del rapporto non può più scalzare la valutazione operata dal datore di lavoro e comportare il ripristino del rapporto, e ciò anche quando il «fatto contestato» non è incompatibile con la prosecuzione del rapporto di lavoro, «così come richiesto dalle nozioni legali di giusta causa e di giustificato motivo» (p. 99).

[1060] Del resto, già riflettendo intorno alle modifiche apportate nel 2012 all'art. 18 St. lav. si è affermato che «la linea di confine […] fra un inadempimento che non risulta proporzionato né – per difetto – al licenziamento con preavviso, né – per eccesso – alla sanzione conservativa della sospensione di dieci giorni dal lavoro e dalla retribuzione, sembra assai sottile e mobile»: così CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., p. 1120. Sempre ragionando intorno all'art. 18, si pone completamente su un altro piano, in perfetta coerenza, MARESCA A., *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, cit., p. 171, il quale, non a caso, ritiene che l'indagine sulla sussistenza/insussistenza del fatto può condurre all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento disciplinare (e conseguentemente alla reintegrazione) «senza neppure dover ricorrere alla fattispecie della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo» perché «l'insussistenza del fatto oggetto della contestazione disciplinare rende superflua, con tutta evidenza, la sua qualificazione in termini, appunto, di giusta causa o di giustificato motivo» (assunto, questo, che non pare, però, coerente con l'*incipit* del comma 4 dell'art. 18, che tende a qualificare il fatto contestato come uno degli elementi identificativi di giusta causa e giustificato motivo soggettivo).

[1061] Insiste particolarmente sulla inestricabilità tra giudizio di proporzionalità e ricognizione sulla sussistenza del fatto FONTANA G., *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 288 ss.

[1062] MARESCA A., *op. ult. cit.*, p. 168: naturalmente l'Autore argomenta in relazione alla novella dell'art. 18 per rafforzare la sua nota teoria basata sulla distinzione tra l'operazione interpretativa volta a valutare il carattere notevole dell'inadempimento (che rileva in ordine alla legittimità del licenziamento) e quella diretta a verificare se il fatto è insussistente o se è punito dai codici disciplinari con una sanzione conservativa (che rileva ai fini dell'applicazione della reintegrazione).

[1063] Così FONTANA G., *op. ult. cit.*, p. 290.

[1064] La soggettivizzazione di cui si parla è operazione diversa dall'auto-qualificazione dell'atto di licenziamento come di natura disciplinare, effettuata dal datore di lavoro e di cui parla, in senso critico, NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 515.

[1065] In senso contrario AMOROSO G., *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo: fatto contestato (art. 18, quarto comma, l. 20 maggio 1970, n. 300)* versus *fatto materiale contestato (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015)*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 891, il quale, peraltro, evoca poi (a p. 899) la possibile incostituzionalità dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, per contrasto con l'art. 3, co. 1, Cost., non apparendo ragionevole la scelta di «accordare una tutela meramente indennitaria in una fattispecie in cui il vizio del licenziamento disciplinare è massimo e radicale ove il fatto contestato, che non sia insussistente, sia però inidoneo in generale a fondare il licenziamento non costituendo in ogni caso un "inadempimento notevole"».

considerati "validi"[1066] (si badi bene: ai fini espulsivi e, dunque, nel senso di "non passibili di tutela reintegratoria", o, in altri termini, di "produttivi di effetti caducatori del rapporto") un licenziamento per una causa che pure consentirebbe la prosecuzione del rapporto, o un licenziamento per giustificato motivo soggettivo che consiste sì in un inadempimento agli obblighi contrattuali, ma non così grave al punto da essere considerato notevole[1067], e ciò perché – come detto – unico soggetto autorizzato (facoltizzato) a formulare il giudizio di proporzionalità diviene esclusivamente il datore lavoro, che, in quest'ottica, e assecondando questa prospettazione, si erge a *dominus* assoluto di quel giudizio, nel senso che la sua scelta di intimare il licenziamento è, per ciò stesso, "legittima" in quanto insindacabile, proprio perché egli (e non altri: in particolare, non il giudice, cui ormai è impedita qualunque valutazione [di difetto] di proporzionalità che possa sfociare in una pronuncia reintegratoria) è in questo contesto l'unico soggetto cui è consentito esprimere quel giudizio, formulare quella valutazione[1068].

Se, dunque, la duplicazione delle operazioni applicative (l'una volta a verificare il comportamento del lavoratore alla stregua di quello che è stato definito un approccio multifattoriale, l'altra orientata alla individuazione della sanzione applicabile) è verosimilmente coerente con l'impostazione del d.lgs. n. 23/2015[1069], v'è, però, da chiedersi se si tratta di soluzione esegetica sostenibile *rebus sic stantibus*, a bocce ferme, cioè – come si è detto – mantenendo inalterati i concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo; o se piuttosto non sia una soluzione certo condivisibile (quanto meno vuoi per chi approvi le opzioni di politica del diritto che l'hanno ispirata, vuoi più semplicemente per chi ritenga imprescindibile una reazione calmieratrice contro certe derive giurisprudenziali di cui si è dato conto in precedenza), ma da perseguire partendo dalle fondamenta,

---

[1066] Sia pure circoscrivendone la portata, usiamo volutamente (e forse anche provocatoriamente) questo termine, anziché quello di "efficaci", ché pare evidente che, civilisticamente parlando, siamo in presenza di atti "invalidi".

[1067] È l'approdo cui giunge anche, in senso critico, PERULLI A., *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, cit., p. 424. Negli stessi termini v. pure: SORDI P., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 193, che nel caso di un «licenziamento [fondato su una infrazione che] non sia (neppure in astratto) così grave da poter essere qualificata come una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo» ritiene applicabile la tutela «indennitaria *ex* art. 3, comma 1 d.lgs. 23/2015», mentre, a fronte di un «licenziamento […] fondato su un fatto di scarsissimo rilievo disciplinare (l'esempio classico è quello del lavoratore licenziato per aver fatto registrare un ritardo di pochi minuti), afferma che «sarebbe impossibile applicare la tutela reintegratoria, con conseguente estinzione del rapporto, «pur difettando palesemente un inadempimento di gravità tale da potere essere qualificato come "notevole"» (analogamente a p. 194 con riferimento al giustificato motivo soggettivo); VIDIRI G., *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del* Jobs act *tra luci e (non poche) ombre*, in *Arg. dir. lav.*, pp. 366-367 (e ivi nota 29), che, pur senza arrivare a ipotizzare vizi di incostituzionalità, si mostra critico nei confronti di una lettura dell'art. 3 volta a legittimare la risoluzione del contratto, diffformemente da quanto ordinariamente prevedono gli artt. 1453 e 1455 c.c., e, capovolgendo la lettera della norma (tramite una valorizzazione non di ciò che l'art. 3 dice, ma di ciò che esso non dice), recupera, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata, il «generale ed inderogabile principio di proporzionalità delle sanzioni disciplinari».

[1068] Viene così a realizzarsi quello che qualcuno aveva ravvisato già nella disciplina del novellato art. 18 St. lav.: v. PONTERIO C., *Il licenziamento per motivi economici*, cit., p. 87. Trattando dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015, CARINCI F., *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti* ex *art. 18 Stat. lav. "versione Fornero"*, cit., p. 746, parla di discrezionalità del datore di lavoro nella scelta tra sanzioni espulsive e conservative. Del tutto peculiare è, con riferimento al novellato art. 18 St. lav., la posizione di PROSPERETTI G., *L'elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 254, secondo il quale, sebbene il «fatto» non possa che essere l'inadempimento contestato, «la rilevanza del comportamento datoriale va valutata in ordine al suo eventuale intento discriminatorio», nel senso che «il datore può aver agito in buona o malafede ma solo in quest'ultimo caso è rilevante il suo intento discriminatorio e pertanto se il licenziamento dovesse essere per altri aspetti giudicato illegittimo non meriterebbe comunque la sanzione della reintegrazione»: la tesi è, poi, replicata dall'Autore anche a proposito dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (v. p. 261: «il giudice dovrà astenersi dal valutare il fatto dal punto di vista della concreta colpevolezza del lavoratore, rilevando, invece, essenzialmente il comportamento datoriale, per aver contestato un determinato fatto in buona o mala fede»).

[1069] Secondo DE LUCA TAMAJO R., *(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare*, cit., p. 72, è l'unica soluzione interpretativa «in linea con la lettera, la *ratio* e l'impianto sistematico della legge Fornero e ancor più con il dettato del D.lgs. n. 23/2015». In termini analoghi DEL PUNTA R., *Il "fatto materiale": una riflessione interpretativa*, cit., p. 347.

cioè da una rivisitazione di quei concetti (che paiono intrinsecamente postulare la «gravità» come «elemento costitutivo del fatto oggetto di contestazione»[1070]): operazione, questa che, del resto, non è per nulla impraticabile ed è, almeno nella casistica quotidiana, effettuata dalla stessa giurisprudenza di legittimità, com'è esemplificativamente comprovato, in altro contesto, dalla recente rivisitazione della nozione di giustificato motivo oggettivo[1071].

Può apparire fortemente rivoluzionario ed eversivo[1072] l'approdo argomentativo illustrato, declinato sia nel senso di teorizzare una lettura praticamente annichilente dei concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo (lettura che, rotti gli argini dell'importanza dell'inadempimento, perviene a giustificare una concezione sostanzialmente relativistica e, in fondo, anche latamente omogeneizzante degli stessi), sia preferibilmente nel senso di attribuire al solo datore di lavoro il ruolo di arbitro dell'importanza dell'inadempimento e conseguentemente della proporzionalità della sanzione[1073] (e ciò fermi restando i concetti normativi di base, e con l'unica precisazione che in questa operazione valutativa il giudice rimane estraneo e non viene coinvolto), per di più senza nemmeno l'argine rappresentato dal confronto con la sanzione applicata sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili[1074]. Ma si tratta di approdo conseguente a operazione che non deve in alcun modo sorprendere né sul piano empirico, né a livello normativo: sul piano empirico, perché essa risponde a un'esigenza di certezza da

---

[1070] Per usare le parole di DE LUCA TAMAJO R., *op. ult. cit.*, p. 73, che, peraltro, le adotta, in via eccezionale, con specifico riferimento a particolari previsioni contrattuali collettive. Per una panoramica della disciplina dei provvedimenti disciplinari nella contrattazione collettiva di rilevanza nazionale v. GAMBERINI G. - TOMASETTI P., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali alla prova della contrattazione collettiva*, in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 1172 ss.

[1071] Il pensiero corre immediato a Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, che ha ricondotto entro i confini del giustificato motivo oggettivo le ragioni dirette ad una migliore efficienza gestionale o a un incremento della redditività, se determinano un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di un'individuata posizione lavorativa.

[1072] O, per alcuni, incostituzionale per violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.: v., ad esempio, PERULLI A., *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, cit., p. 424. Non mi pare, però, che possa dirsi che sia «il rilievo attribuito al "fatto materiale" lo strumento attraverso il quale si realizza la violazione del principio di eguaglianza» (p. 424), posto che ciò che rileva è, semmai, l'accantonamento del criterio della proporzionalità (così, infatti, a p. 425). Comunque, coerentemente con il sospetto di incostituzionalità il medesimo Autore (v. PERULLI A., *Una questione di "valore". Il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, *Working Paper Adapt*, n. 15, 2017) conseguentemente critica Trib. Roma 26 luglio 2017 (ord.), in *Lav. giur.*, 2015, p. 897 (si tratta dell'ordinanza che ha dichiarato «rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 7, lett. c, l. n. 183/2014 e degli artt. 2, 4, e 10, d.lgs. n. 23/2015, per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117, co. 1, letti autonomamente ed anche in correlazione fra loro»), nella parte in cui omette di rinviare alla Corte la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 2, perché preclude al giudice di valutare la proporzionalità dell'infrazione (su tale rilievo v., però, la corretta obiezione di CARUSO B., *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, cit., p. 47, nota 88, il quale ricorda, tra l'altro, che la fattispecie posta all'attenzione del giudice *a quo* riguarda un'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, cui si applica l'art. 3, co. 1, e rispetto alla quale il giudizio di proporzionalità del fatto nulla c'entra).

[1073] Il che, come si può ben intendere, è cosa assai diversa dalle ipotesi in cui il giudice si riserva comunque un ampio margine di valutazione in sede di giudizio di proporzionalità: si pensi, ad esempio, alla recente decisione n. 24014 del 12 ottobre 2017, in cui la Cassazione, in una vicenda risalente al 2009 (dunque, antecedente alle modifiche dell'art. 18), richiamando numerosi precedenti, rammenta che «la modesta entità del fatto può essere ritenuta non tanto con riferimento alla tenuità del danno patrimoniale, quanto in relazione all'eventuale tenuità del fatto oggettivo, sotto il profilo del valore sintomatico che lo stesso può assumere rispetto ai futuri comportamenti del lavoratore e, quindi, alla fiducia che nello stesso può nutrire l'azienda».

[1074] Sul recupero della proporzionalità consentito dal confronto con le previsioni collettive nel comma 5 dell'art. 18 v., ad esempio, RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?*, cit., par. 3*)*, il quale denuncia, invece, le «pesanti perplessità» e gli «aspetti di irrazionalità» connessi alla «mancanza di proporzionalità del licenziamento disciplinare» nell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (par. 7). Nonostante il mutato contesto normativo (nel d.lgs. n. 23/2015, infatti, scompare il rinvio alle tipizzazioni delle condotte e delle sanzioni contenute nei contratti collettivi e nei codici disciplinari), per sopperire all'espunzione della valutazione circa la sproporzione del licenziamento perseguono la stessa via GAMBERINI G. e TIRABOSCHI M. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, Inserto *Il Punto* di *Guida Lav.*, n. 18 dell'1 maggio 2015, p. XIII ss.

più parti sentita e perorata (e che – si badi bene – non è detto corrisponda sempre a un'esigenza di giustizia), esemplificativamente riassumibile nel quesito se sia licenziabile per ragioni disciplinari il lavoratore che abbia leso la fiducia del datore di lavoro perché si è impadronito di un bene di infimo valore[1075] (è evidente, infatti, che, nella logica della novità normativa, probabilmente proprio affermando che il giudice è estraneo al giudizio di proporzionalità, cioè non se ne deve proprio occupare, si può rispondere affermativamente, e senza esitazioni, al quesito, mantenendo ferme le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, che potranno, perciò, essere valutate e confermate come tali solo se inquadrate con le lenti datoriali)[1076]; a livello normativo, perché quell'operazione (peraltro già abituale in sede di applicazione dell'art. 8, l. n. 604/1966 quando, pur a fronte dell'insussistenza degli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, si dà corso semplicemente al risarcimento del danno) è consonante (se non *de iure condito*, quanto meno *de iure condendo*) con un certo *mainstream* culturale, propenso ad attribuire al soggetto leso il potere di valutare l'entità della lesione (*rectius*: del grado di offensività) in funzione del(la reazione cui conseguirà il) tipo di sanzione da applicare.

A quest'ultimo proposito ritornano qui alla mente alcune considerazioni svolte in precedenza circa le recenti vicende parlamentari in tema di modifiche alla legittima difesa, allorché si sono evidenziati gli obiettivi che si prefiggono le parti politiche sostenitrici di una visione allargata dell'esimente, obiettivi che si possono riassumere nell'accentuazione del carattere di assolutezza della presunzione di proporzionalità della reazione rispetto all'offesa e nella limitazione della discrezionalità del giudice nel giudizio di apprezzamento della proporzionalità stessa (limitazione perseguita, appunto, espandendo l'ambito di applicazione della presunzione). In campo disciplinare, però, e con specifico riferimento al licenziamento, le scelte normative sono andate ben oltre (e sono scelte, qui, *de iure condito*, non *de iure condendo*): e ciò non tanto perché la presunzione di proporzionalità sia stata ancor più assolutizzata, quanto perché essa, seppur formalmente legata a parametri almeno astrattamente precisi (l'impossibilità di proseguire anche provvisoriamente il rapporto, nella giusta causa; la rilevanza dell'inadempimento, nel giustificato motivo soggettivo), è stata, più che limitata, in realtà eliminata perché sottratta al vaglio giudiziale (ciò che rende la presunzione di proporzionalità praticamente *legibus soluta*, cioè, quanto meno a fini espulsivi, non subordinata a nulla).

Ma vi è di più.

La scelta legislativa di espellere in sede giudiziale la valutazione di proporzionalità, ai soli fini della verifica della legittimità del licenziamento (o, meglio, della sussistenza del «fatto materiale contestato al lavoratore», che ha indotto il datore di lavoro a intimare il licenziamento), contribuisce a creare un solco ancor più ampio tra il giudizio sulla rilevanza dell'inadempimento che giustifica il recesso dal rapporto di lavoro e il giudizio sulla non scarsa importanza dell'inadempimento che,

---

[1075] V., molto chiaramente, DE LUCA TAMAJO R., *(In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare*, cit., p. 74: «[…] anche una vicenda di lieve rilievo disciplinare (purché non frutto di mera invenzione del datore) rende sì illegittimo il licenziamento, per vizio di proporzionalità, ma vale a risolvere il rapporto», salvo l'indennizzo a favore del lavoratore licenziato.

[1076] In quest'ottica, a fronte dell'espunzione del giudizio di proporzionalità, potrebbe essere improbo pervenire, ad esempio, alla graduazione di risultati applicativi elencati nell'esemplificazione offerta, in caso di danneggiamento volontario di beni aziendali, da SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 557.

*ex* art. 1455 c.c.[1077], consente la risoluzione del contratto[1078]: e ciò in evidente e netta controtendenza rispetto al tradizionale orientamento giurisprudenziale che, da un lato, muovendo sempre dall'imprescindibile rapporto di proporzionalità tra sanzione e infrazione, legge la gravità del comportamento che connota la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo come un'accentuazione (a beneficio del lavoratore) della «non scarsa importanza» di cui all'art. 1455 c.c.[1079], e, dall'altro lato, rispetto all'indicazione della giurisprudenza di legittimità che considera la gravità dell'inadempimento, ai sensi dell'art. 1455 c.c., una condizione dell'azione di risoluzione che, in quanto tale, deve esistere quanto meno al momento della decisione[1080].

## 9. «Fatto materiale contestato», ampiezza della valutazione giudiziale e probabile illusorietà dell'obiettivo "anti-discrezionale" perseguito dal d.lgs. n. 23/2015: qualche riflessione di chiusura, a mo' di pronostico sulla "digestione" del concetto di "materialità" e sul futuro (e probabilmente immutato) orientamento della giurisprudenza di legittimità.

In precedenza si è, in più occasioni, rammentato che, in linea di principio, e almeno secondo gli insegnamenti della giurisprudenza penale di legittimità (nella sua massima espressione), non esiste alcuna aprioristica incompatibilità tra la "materialità" del fatto e la valutazione giudiziale[1081]: una valutazione – si badi bene – che non è limitata al mero accertamento dell'essere/non essere[1082], cioè alla pura e semplice constatazione oggettiva della sussistenza/insussistenza del fatto inteso quale accadimento storico-naturalistico[1083] (ché, anzi, una simile operazione avrebbe ben poco della valutazione), ma che attinge alla sfera della discrezionalità, tenuto altresì conto che anche nel diritto penale dell'economia «la materialità dei fatti, se può assumere un valore in senso negativo (di sottrazione), non appare un elemento capace di stabilire un argine sufficientemente preciso alle pressioni interpretative»[1084].

---

[1077] Norma di cui TURSI A., *L'articolo 18 e il "contratto a tutele crescenti"*, cit., p. 930, propone il recupero in ottica giuslavoristica.

[1078] Lo rileva perspicuamente già NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 508: e se è pur vero che lo «strumento del recesso nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata e per di più di collaborazione, strumento sostitutivo della risoluzione giudiziale», è guidato da logiche proprie (come osserva CESTER C., *Le tutele*, cit., pp. 1078-1079), è altrettanto vero che in quella particolare tipologia di contratti (che non siano contratti di lavoro) comunque operano i requisiti di cui all'art. 1455 c.c.

[1079] Cass. 5 aprile 2017, n. 8826, che in motivazione richiama il conforme orientamento della Corte (tra le molte v.: Cass. 4 marzo 2013, n. 5280; Cass. 16 ottobre 2015, n. 21017; Cass. 25 maggio 2016, n. 10842).
Per un cenno al possibile (ma tramontato) utilizzo dell'art. 1455 c.c. v. PESSI R., *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, cit., pp. 31-32.

[1080] Cass., sez. II, 11 giugno 2013, n. 14649.

[1081] In ambito giuslavoristico v. PERINA L. [e VISONÀ L.], *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art. 18*, in FIORILLO L. e PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 231 («non risulta sempre vero che l'elemento valutativo è estraneo alla fase della ricostruzione del fatto contestato», essendovi «una certa difficoltà nell'enucleare il fatto materiale senza valutazioni o qualificazioni»), sulla scia di CESTER C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali: prime riflessioni*, cit., p. 547. Sul punto v. anche GALANTINO L., *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in PELLACANI G. (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012, p. 241.

[1082] Conf. DEL PUNTA R., *Il "fatto materiale": una riflessione interpretativa*, cit., p. 345, secondo cui «l'accertamento dei fatti non è mai, o quasi mai, una faccenda che si esaurisce nella mera verifica di una materialità empirica».

[1083] Come pure ritengono alcuni tra i più agguerriti critici dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015: v., ad esempio, GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., p. 16.

[1084] ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, cit., p. 32.

Si è, dunque, altresì rilevato che se l'obiettivo perseguito dal legislatore nel momento in cui ha inteso qualificare il «fatto contestato» come «materiale» era quello di tenere fuori dal giudizio la valutazione (e tutto ciò che a essa si richiama in termini di discrezionalità) e di circoscriverlo all'alternativa secca – come detto – tra essere/non essere (sulla scia di un ulteriore strisciante contenimento del sindacato di merito, ieri – *ex* art. 30, co. 1, l. n. 183/2010 – precluso sul fronte oggettivo delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, e oggi limitato, appunto, anche sul diverso piano del controllo di proporzionalità tra fatto materiale contestato e sanzione applicata), ebbene si tratta di obiettivo forse difficilmente raggiungibile per la sola via dell'aggettivazione del «fatto contestato» in termini di "materialità", quanto meno nella misura in cui si ritenga che parte delle riflessioni sviluppate in sede penale siano utilmente impiegabili anche sul fronte disciplinare.

Perciò nelle pagine precedenti si è osservato che l'espunzione della valutazione di proporzionalità dal vaglio giudiziale non può essere frutto di una ontologica incompatibilità tra la stessa e l'oggetto del giudizio (il «fatto contestato» in quanto definito «materiale»), bensì deriva da un ben precisa scelta di politica legislativa, sorta come reazione a talvolta evidenti e innegabili eccessi giurisprudenziali[1085] (nonché alla «tendenza ad attrarre nell'orbita della reintegrazione tutti i giudizi fondati sul principio di proporzionalità *ex* art. 2106 c.c.»[1086]), mirante probabilmente a evitare che il giudice debba applicare la reintegra qualora ravvisi un errore del datore di lavoro nella valutazione della proporzionalità tra mancanza e sanzione estintiva, e implicante, di fatto, una parziale privatizzazione del giudizio di meritevolezza/censurabilità dell'inadempimento ai fini della configurazione della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo: il che – detto in altri termini – significa che se il «fatto materiale contestato» dal datore di lavoro risulterà sussistente (essendo stato l'inadempimento ritenuto dallo stesso datore di lavoro ostativo alla prosecuzione del rapporto o di grado notevole, secondo una valutazione che non può che estendersi anche all'alternativa fra antigiuridicità e irrilevanza disciplinare della condotta[1087]), questo convincimento, maturato nel foro interno (e, perciò, frutto di quella cha abbiamo chiamato "privatizzazione" del giudizio), "farà stato" ai fini dell'indagine circa la sussistenza/insussistenza del fatto medesimo, nel senso che il fatto dovrà essere sempre considerato sussistente, sebbene in sede giudiziale emerga (non l'insussistenza del fatto nella sua "materialità", ché in tal caso opererebbe ovviamente il comma 2 dell'art. 3 –, ma) una sproporzione tra la contestazione e il licenziamento, in quanto tale *deficit* di proporzionalità non potrà mai capovolgere il giudizio formulato dal datore di lavoro (convertendo la sussistenza in insussistenza) e potrà essere censurato solo applicando una sanzione diversa dalla reintegrazione. In questo modo, peraltro, è evidente che il giudice formulerà comunque un giudizio sulla proporzione/sproporzione della sanzione irrogata (che – a ben vedere – non potrà non presupporre a monte, questa volta nel foro interno del giudicante, un giudizio sulla inadeguatezza del fatto, accertato come sussistente, a non consentire nemmeno provvisoriamente la prosecuzione del rapporto o ad assurgere a notevole inadempimento degli obblighi contrattuali), ma non potrà desumere da quel giudizio alcuna conseguenza demolitoria della scelta espulsiva adottata dal datore di lavoro[1088], in ideale continuità – come detto – con quanto già previsto dall'art. 8, l. n. 604/1966.

[1085] Conf. FIORILLO L., *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., p. 126.
[1086] In questi termini, a proposito dell'art. 18, DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 44.
[1087] Per usare le parole di DEL PUNTA R., *op. ult. cit.*, p. 38.
[1088] MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* jobs act, cit., p. 326.

Questa ci pare la differenza cruciale, e più significativa, tra la disciplina di cui all'art. 18, co. 4, St. lav. e quella di cui all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015: una differenza, però, che nasce non dalla qualificazione del «fatto contestato» come «materiale», ma dal precetto che impone al giudice di astenersi dal giudizio di proporzionalità in sede di valutazione circa la sussistenza/insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

Perciò, per questo motivo in precedenza ci siamo chiesti se si possa proprio liquidare in poche battute l'idea che questo particolare meccanismo sanzionatorio del licenziamento ingiustificato abbia lasciato inalterati i concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo, e ciò, più che nella loro definizione astratta, nella loro applicazione concreta.

A giustificazione del titolo del presente paragrafo è, però, opportuno svolgere alcune ulteriori considerazioni in ordine all'ampiezza del vaglio giudiziale, che anche nel contesto dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 deve comunque estendersi alla verifica della sussistenza/insussistenza del «fatto materiale contestato».

Il punto cruciale, perché suscettibile di disarticolare, quasi vanificandola, l'abbastanza scoperta *intentio legis*, risiede in ciò: se l'elemento soggettivo rientri (e, in caso affermativo, in quale misura) nella valutazione del giudice avente a oggetto un «fatto» definito, appunto, «materiale» e, dunque, in apparenza limitato ai soli profili oggettivi (come più volte ricordato in precedenza, condotta - evento - nesso di causalità)[1089].

Pur nella consapevolezza dei rischi insiti in ogni operazione di ibridazione e contaminazione, riteniamo che, ancora una volta, stimolanti spunti interpretativi possano provenire, per l'analoga *ratio* "punitiva" che (pur con i naturali distinguo del caso) ispira norme penali e norme disciplinari, dalla lettura che del concetto di «fatto» viene data nell'interpretazione degli artt. 25, co. 2, Cost., nonché 1 e 2 c.p.: orbene, in questi casi è indubbio che il «fatto» (si noti: privo di aggettivi) sia nozione che include, oltre agli elementi oggettivi, anche quelli soggettivi, che non solo sono determinanti per valutare il disvalore di un comportamento, ma rappresentano altresì inderogabili criteri di imputazione della condotta al suo autore[1090].

---

[1089] Tranciante, in senso negativo, PISANI C., *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, cit., p. 101. Sul punto v. anche BIASI M., *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, in ZILIO GRANDI G. e BIASI M. (a cura di), cit., p. 165 ss., non ostile alle tesi che continuano «a riferirsi a quel fatto imputabile, volontario e disciplinarmente rilevante, ovvero a quel "fatto-inadempimento" ("non assolutamente irrilevante")».

[1090] Ricaviamo lo spunto da GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000, p. 42: v. anche p. 45 (nella nozione di fatto di cui all'art. 1 viene compreso «anche l'elemento soggettivo») e p. 46 (in relazione agli artt. 47, co. 1, e 59, ult. co., c.p., «sono elementi del fatto quelli che, previsti come elementi che debbono essere positivamente realizzati, costituiscono oggetto di volontà e rappresentazione da parte del soggetto agente»). Sebbene ritenga che non deve «trarre in inganno l'adozione di una terminologia solo all'apparenza più vicina al diritto penale che al diritto (privato) del lavoro», singolarmente consonante con questa prospettazione è la posizione (mutuata dalla concezione tripartita del reato) di MAZZOTTA O., *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 105, secondo cui «si può anche dire che il fatto evocato dall'art. 18 include al suo interno anche la componente soggettiva e, insieme, il dato dell'antigiuridicità» (in termini pressoché analoghi MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro - dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, cit., p. 248, ove l'Autore afferma che la legge allude «alla esistenza di un *inadempimento* del lavoratore ed alla sua *imputabilità* al medesimo», nel contesto, peraltro, di una ingiustificata contrapposizione tra la verifica dell'«esistenza di un fatto nella sua materialità» e l'indagine sulla «verificazione concreta» di «una *condotta*», contrapposizione che non ha ragion d'essere perché anche nella terminologia classica del diritto penale la condotta è uno degli elementi della triade di cui si compone il fatto) e di DEL PUNTA R., *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 37.

D'altra parte, non sarà superfluo rammentare che nello stesso diritto penale il concetto di «fatto», inizialmente coincidente con il complesso degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato come specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici (e che, come tali, si distinguono da quelli che connotano l'elemento soggettivo), si è evoluto: tant'è che da una concezione naturalistico-materialistica del reato, propria della dogmatica ottocentesca di derivazione germanica, in virtù degli sviluppi della teoria finalistica, si è passati alla valorizzazione degli aspetti psicologici dei fatti umani e alla conseguente inclusione delle componenti soggettive, al punto che il dolo è stato fatto rientrare a pieno titolo nella categoria del fatto tipico[1091].

Se questa sponda "analogica" ha un qualche fondamento, ci si deve allora chiedere conclusivamente se, e in che termini, l'aggiunta dell'aggettivo «materiale» al sintagma «fatto contestato» rilevi in sede di valutazione dell'elemento soggettivo e, in caso affermativo, se il *deficit* di tale elemento sia irrilevante oppure implichi un giudizio di insussistenza del «fatto contestato», nonostante, appunto, la sua qualificazione come «materiale».

In proposito, evitando di indugiare troppo sulla varietà delle soluzioni, merita evidenziare che chi si è posto il problema senza rimanere troppo impigliato nel rigido schematismo "fatto materiale" - "fatto giuridico" (problema, peraltro, assai spesso citato tralatiziamente, e senza adeguato approfondimento della reale portata dei concetti) ha offerto risposte assai diversificate[1092].

Tra i critici dell'aggettivazione operata nel 2015 (che leggono la "materialità" del fatto come indice della volontà di estromettere l'elemento soggettivo dal giudizio, da recuperare per altra via, e, in particolare, attraverso la valorizzazione del riferimento alla "contestazione") vi è, in primo luogo, la posizione di chi, accentuando, appunto, l'elemento della "contestazione", amplia la nozione di «fatto materiale contestato» sino a includervi, senza troppi dilemmi, l'elemento soggettivo (e, in particolare, il profilo della colpevolezza evocativa dell'inadempimento): in questo modo quell'elemento torna protagonista della valutazione giudiziale (ai fini del giudizio sulla sussistenza/insussistenza del fatto) perché, sebbene espulso a causa del riferimento alla "materialità" del fatto, viene pressoché contestualmente recuperato grazie al richiamo alla "contestazione"[1093]. Questo orientamento, però, presuppone una lettura del termine «contestato» siccome inteso a esprimere la volontà datoriale di addebitare al lavoratore un fatto-inadempimento, la cui indagine necessariamente richiede lo scrutinio della imputabilità e dell'elemento psicologico-soggettivo [1094] ; ma non tiene conto della possibilità alternativa di intendere quel termine, più

[1091] Ricaviamo questi spunti da LEINERI G., *La struttura oggettiva della fattispecie ("Fatto", "fatto tipico" e "fattispecie")*, in *Trattato di diritto penale* diretto da CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Parte generale*, vol. II, *Il reato*, Torino, 2013, pp. 9-11, che ricostruisce l'evoluzione del concetto di "fatto" partendo dalla tesi di Beling (*Tatbestand* come somma degli elementi descrittivi di una specifica fattispecie criminosa, che prescindono dal dolo e dalla colpa e che coincidono con gli elementi materiali del reato) e ricorda come da quella tesi derivasse la rigorosa esclusione dell'elemento soggettivo e di tutti gli elementi implicanti giudizi di valore sulla condotta criminosa.

[1092] Per un riepilogo delle varie tesi v. CESTER C., *Le tutele,* cit., p. 1083 ss.

[1093] V., ad esempio, SCARPELLI F., *Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele*, in *Wikilabour - Newsletter* n. 4 del 23 febbraio 2015, p. 7, secondo cui «il riferimento al fatto "contestato" impedisce di limitare la verifica di sussistenza alla "materia" intesa in senso fisico (e ovviamente della sua riferibilità al lavoratore), almeno tutte le volte in cui la contestazione inglobi un elemento di carattere soggettivo».

[1094] PERULLI A., *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, cit., p. 34. V. anche SANTORO-PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 233, nonché l'ampia rassegna bibliografica di SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra* law and economics *e giurisprudenza*, cit., p. 371, nota 103.

modestamente, come semplice strumento per «delimitare il perimetro dell'indagine sulla materialità dell'azione/omissione, che deve essere svolta in relazione a quanto specificato nella lettera di comunicazione dell'addebito e non ad elementi ad essa estranei»[1095].

Altra risposta dei critici dell'aggiunta dell'aggettivo «materiale» è quella di chi ha evocato il vizio di costituzionalità dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n 23/2015 per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.: è, questa, una risposta (tra le più complete e avvolgenti, oltre che) sicuramente estremizzante, alla quale si può riconoscere nettezza di contorni e pure un certo grado di persuasività, in relazione ai termini di comparazione utilizzati e al percorso argomentativo attraverso il quale è stata raggiunta (l'inesistenza di differenze, tali da giustificare una diversità di trattamento, «tra un comportamento di rilievo disciplinare ma non commesso dal lavoratore e quello che, pur attuato dal dipendente, è del tutto estraneo a qualsiasi profilo, seppur minimo, di inosservanza degli obblighi contrattuali o di lesione del vincolo fiduciario»)[1096], a condizione, però, che venga depurata da certe forzature esemplificative che risultano più di danno che di supporto.

In una posizione intermedia si colloca, poi, chi attribuisce all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 «l'effetto di limitare la rilevanza del profilo soggettivo alla coscienza e consapevolezza della condotta in sé e per sé, e non anche della condotta come illecita» («essendo la colpevolezza, e poi il grado di essa, […] oggetto di un accertamento e di una valutazione che non […] poss[o]no riguardare ancora il fatto materiale, se non a prezzo di una evidente forzatura»): dunque, la novità produrrebbe l'effetto di espungere dal concetto di «fatto materiale contestato» non tutto, ma solo una parte dell'elemento soggettivo[1097]. Così argomentando, però, non è detto che si possa effettivamente parlare di inserzione di una sia pur limitata porzione dell'elemento soggettivo all'interno del giudizio sulla sussistenza o no del «fatto materiale» perché se «alla coscienza e consapevolezza della condotta in sé e per sé» (quasi una sorta di scolastica *aseitas*) equivale l'imputabilità della stessa, potrebbe obiettarsi che l'imputabilità è cosa diversa dal dolo e dalla colpa[1098], che di quell'elemento costituiscono i connotati tipici. E ciò a tacere della circostanza che, già ragionando intorno al 4° comma del novellato art. 18 (dunque, ancor prima del d.lgs. n. 23/2015), altra dottrina riteneva che l'indagine sul «fatto» (privo di aggettivi), da un lato, non dovesse coinvolgere i profili dell'antigiuridicità e della colpevolezza dell'agente[1099], e, dall'altro lato, contenesse un giudizio non valutativo, ma di mera sussistenza/insussistenza, non implicante alcuna valutazione in

---

[1095] SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, cit., p. 124, che ipotizza «delicati problemi interpretativi e di coerenza con la Costituzione». Ancor più radicale è il sospetto di incostituzionalità, sempre per violazione dell'art. 3 Cost., evocato da GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., p. 16 ss., il quale afferma (a p. 16) la manifesta irrazionalità *ex se* della previsione normativa che preclude al giudice «qualsivoglia valutazione sulla "sproporzione" della sanzione estintiva del rapporto», ritenendo che l'espresso divieto del controllo di proporzionalità si ponga in insanabile contraddizione con i principi costituzionali. Per un riepilogo dei rilievi critici v. anche FEDELE I., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 203 ss.

[1096] SPEZIALE V., *op. ult. cit.*, pp. 124-125.

[1097] Così CESTER C., *Le tutele*, cit., p. 1090, che individua questa come l'unica «possibilità di allocare anche una parte soltanto dell'elemento soggettivo – e già è molto, in una formula normativa dove si parla di "fatto materiale" –», nonché p. 967.

[1098] È questa, ad esempio, la considerazione che, *a contrariis*, fa SPEZIALE V., *op. ult. cit.*, p. 123, rilevando che la non imputabilità è «elemento diverso dall'assenza di dolo o colpa»: l'assunto, del resto, è dato per scontato nel diritto penale, ove non si dubita che dolo e colpa possano esistere anche nei confronti di persone non imputabili. Nel senso della insussistenza del fatto materiale esistente, ma derivante da comportamento non imputabile o dovuto a causa di forza maggiore v. MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* jobs act, cit., pp. 324-325.

[1099] È la tesi di TREMOLADA M., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.*, cit., p. 54. In proposito v. anche VALLEBONA A., *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in LUISO F.P., TISCINI R., VALLEBONA A. (a cura di), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, p. 16.

ordine alla gravità del fatto medesimo[1100]: proposte interpretative, queste, che, se recuperate oggi, sterilizzerebbero il senso dell'aggiunta dell'aggettivo «materiale» o, quanto meno, obbligherebbero a percorrere altri sentieri per giustificare la differenza tra il semplice «fatto» di cui alla norma statutaria e il «fatto materiale» di cui all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015.

Su sponda del tutto opposta, invece, si colloca chi ritiene che l'aggettivazione del «fatto» come «materiale» esprima «l'intenzione di chiarire l'irrilevanza di ogni elemento volto a qualificare o colorire la vicenda storica, assunta nella sua materialità», nel senso che «la ricognizione della sussistenza del fatto, per poter presentare un'autonomia concettuale, deve essere avulsa dai fattori di "corredo" ambientale e prescindere da ogni valutazione di gravità e proporzionalità»: e ciò per differenziare detta indagine da quella sulla giustificazione causale del licenziamento[1101].

E, infine, non manca nemmeno chi, dopo aver offerto una sorta di interpretazione "autentica" delle decisioni emesse dalla Cassazione in merito al novellato art. 18 (riconducendo nel concetto di «insussistenza del fatto contestato» non solo le ipotesi in cui il fatto non si è verificato nella sua materialità, ma anche la mancanza di illiceità della condotta, la non imputabilità dell'inadempimento, l'assenza di coscienza e volontà dell'azione, purché non addebitabile al lavoratore, lo stato di necessità, il caso fortuito, la forza maggiore, l'esercizio del diritto, l'assenza dell'elemento intenzionale), ritiene che, in fondo, nulla sia cambiato dopo il d.lgs. n. 23/2015, non potendosi valorizzare «oltre misura il tenore letterale della locuzione "fatto materiale", per escludere l'applicazione della tutela reintegratoria in tutte le ipotesi in cui la condotta sia stata realizzata nella realtà fenomenica»[1102].

Questo, in sintesi, sul fronte dottrinale[1103].

Sul versante giurisprudenziale[1104], invece, bisognerà attendere le prime decisioni maturate sotto il vigore del d.lgs. n. 23/2015[1105]. Se, però, si presta attenzione al modo in cui la giurisprudenza di legittimità ha iniziato a muoversi dinanzi al novellato art. 18, emerge netta la sensazione che la sponda offerta dall'orientamento sviluppatosi in tema di falso valutativo potrebbe rappresentare

---

[1100] Questa è la posizione di VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Torino, p. 57.

[1101] DE LUCA TAMAJO R., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, cit., pp. 278-279, il quale ritiene che, comunque, il fatto debba essere assistito da un pur minimo profilo di volontarietà, colpevolezza e rilievo disciplinare.

[1102] V. DI PAOLANTONIO A., *L'(in)sussistenza del fatto nel licenziamento*, cit., p. 82 ss., la quale ritiene che, pur in presenza di un fatto materialmente accaduto, la reintegra non possa essere esclusa nei casi di addebitabilità ad altri della condotta, incoscienza (difetto di coscienza e volontà), coartazione assoluta, completa irrilevanza del fatto sotto il profilo disciplinare (pp. 84-85), cosicché risulta sfumata «l'effettiva portata innovativa del riferimento al fatto materiale».

[1103] Secondo DEL PUNTA R., *I dolori del giovane 18: note sul licenziamento disciplinare*, cit., p. 2, «il riferimento al fatto "materiale" non [ha] una vera capacità di tenuta neppure là dove tale espressione è stata effettivamente impiegata da un legislatore influenzato dal dibattito sviluppatosi dopo la riforma del 2012, cioè nell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015».

[1104] Peraltro le prime decisioni di merito sono già abbastanza significative dell'atteggiamento "impermeabile" della giurisprudenza: v., ad esempio, App. L'Aquila 14 dicembre 2017 (citata da FALASCA G. e FARGNOLI D., *Tutele crescenti tre anni dopo, un primo bilancio applicativo*, in *Guida Lav.*, n. 23 del 23 marzo 2018, p. 4), secondo cui l'insussistenza del fatto materiale contestato «deve essere intesa non solo nel senso di non esistenza del comportamento contestato, nella sua materialità, ma anche in quello di irrilevanza disciplinare dello stesso, sotto il profilo giuridico».

[1105] Secondo CARUSO B., *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 265/2015, p. 18, «nulla impedisce che il fatto contestato nella elaborazione dei giudici […] possa attestarsi su una via di mezzo tra fatto giuridico, attrattivo dei pregressi schemi di controllo giudiziale, e (mero) fatto materiale».

ben più che un *divertissement* accademico, e condurre così a cristallizzare lo *status quo*[1106], con buona pace degli intendimenti del legislatore del *Jobs Act*: e dunque, per intendersi (e nonostante gli sforzi del legislatore del 2015), l'intervento ortopedico attuato mediante l'aggiunta dell'aggettivo «materiale» potrebbe non essere sufficiente, specie a fronte di decisioni (riferite a vicende in cui si discuteva dell'applicazione del novellato art. 18, ma pubblicate dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, e, dunque, a normativa attuativa del *Jobs Act* già nota) in cui la Suprema Corte ha affermato che «ogniqualvolta il fatto contestato presupponga anche un elemento non materiale (come la gravità del danno), allora tale elemento diventa anch'esso parte integrante del "fatto materiale", come tale soggetto ad accertamento, sicché anche in tale ipotesi l'eventuale carenza determina la tutela reintegratoria»[1107].

Certo è pur vero che non mancano decisioni che fanno rientrare la non proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato e accertato nel comma 4 dell'art. 18 quando questa risulti dalle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili, che stabiliscano una sanzione conservativa, «diversamente verificandosi "le altre ipotesi" di non ricorrenza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa per le quali l'art. 18, comma 5, prevede la tutela indennitaria cd. "forte"»[1108], e hanno ritenuto che, quanto alla tutela applicabile, verrebbe così ribadita l'espunzione del criterio di proporzionalità dall'area della insussistenza del fatto (cosicché quel criterio sarebbe riservato all'apprezzamento della contrattazione collettiva)[1109]: e ciò ancor più, e a maggior ragione, dovrebbe valere nel momento in cui, da un lato, il ruolo attribuito dal comma 4 dell'art. 18 alle tipizzazioni delle condotte e delle sanzioni contenute nei contratti collettivi e nei codici disciplinari scompare nel d.lgs. n. 23/2015, e, dall'altro lato, si afferma espressamente l'accantonamento della valutazione di proporzionalità.

Purtuttavia si deve, comunque, tener conto che il principio di proporzionalità è un principio di carattere generale che risponde a esigenze di civiltà giuridica[1110], e che, in sede giurisprudenziale, estromesso dalla porta dei controlli sulla «insussistenza del fatto», è già stato fatto «rientrare dalla finestra del controllo sull'inidoneità della contestazione»[1111].

---

[1106] Scettica, invece, BALLESTRERO M.V., *A proposito di rimedi: l'improbabile resurrezione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2017, pp. 513-514, data la rarità dei casi di licenziamenti disciplinari «in cui il fatto materiale contestato è insussistente, malgrado gli sforzi della giurisprudenza per allargare una porta che il legislatore ha voluto fosse molto stretta».

[1107] Cass. 13 ottobre 2015, n. 20545 (in *Dir. relaz. ind.*, 2015, p. 1128, con nota di PELUSI L.M., *L'irrilevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del Jobs Act?*, il quale a p. 1135 parla di «interpretazione sistematica, ai limiti della *interpretatio contra legem*, […] necessaria per porre la nuova disposizione al riparo dal rischio di illegittimità costituzionale cui essa andrebbe incontro se ci si attenesse allo stretto dato letterale»): e si noti, tra l'altro, che, assai significativamente, il virgolettato riportato è contenuto non nella motivazione della suddetta sentenza, ma in quella di Cass. 25 maggio 2017, n. 13178 (che a Cass. n. 20545/2015 rinvia, elaborandone una sorta di massima).

[1108] Cass. 31 maggio 2017, n. 13799: «la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela cd. reale».

[1109] In questi termini v. Cass. 25 maggio 2017, n. 13178, ripresa da Cass. 5 dicembre 2017, n. 29062.

[1110] PERSIANI M., *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, cit., p. 23.

[1111] NOGLER L., *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 524.

# Ripensando alla immediatezza della contestazione*

Luigi de Angelis

1. La *nuova* rilevanza del tema della tardività della contestazione dell'addebito. 293

2. Le origini procedimentali della regola della tempestività della contestazione disciplinare. 294

3. Passaggi argomentativi della tesi della natura sostanziale della immediatezza. 295

4. Inidoneità di tali argomenti. 296

5. Immediatezza della contestazione e comportamenti reiterati e comportamenti *permanenti*. 298

6. Conseguenze giuridiche del ritardo della contestazione. 299

7. Violazione delle regole contrattuali collettive in tema. 301

8. Intempestività della contestazione, garanzia di difesa ugualmente realizzata e altro. 301

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 362/2018

## 1. La *nuova* rilevanza del tema della tardività della contestazione dell'addebito.

La riforma del 2012 (l. n. 92/2012), su cui é intervenuta la recente sentenza delle sezioni unite della corte di cassazione 27 dicembre 2017, n. 30985[1112], e la riforma del 2015 (d. lgs. n. 23/2015) costringono a rimeditare sui tempi dell'esercizio del potere disciplinare in materia di licenziamento[1113], e, per chi consideri insoddisfacenti i precedenti approdi e i loro percorsi argomentativi, ne hanno il merito. Infatti, introducendo[1114], ferma la disciplina sulla causale, una normativa differenziata delle conseguenze del licenziamento illegittimo - adopero questo termine improprio e generico per intendere il licenziamento comunque non conforme alle previsioni di legge - rendono rilevante ciò che prima non lo era o meglio lo era in parte, come si vedrà alla fine di queste mie considerazioni, e cioè la distinzione tra le varie ipotesi - insisto con il termine - di illegittimità. Prima, dicevo, non lo era o lo era in parte, dal momento che la giurisprudenza, una volta chiusa[1115] con il riconoscimento dell' applicabilità dei primi tre commi dell' art. 7 l. 300/1970 al licenziamento disciplinare a seguito della sentenza n. 204 del 1982 della corte costituzionale[1116] la *querelle* sviluppatasi nei primi anni di vita dello Statuto dei lavoratori[1117], ha assimilato sul piano delle conseguenze, con qualche, pur ragionevole[1118] forzatura[1119], il licenziamento formalmente viziato a quello privo di giusta causa e di giustificato motivo, e ciò anche, con maggiore sempre ragionevole forzatura, riguardo alla tutela obbligatoria e nella ristretta area del licenziamento *ad nutum*[1120]. Lo ha fatto, questa volta con qualche spregiudicatezza argomentativa[1121], perfino per il

---

[1112] *GI*, 2018, 409, con nota di PISANI, *Tardività del licenziamento disciplinare: le Sezioni unite escludono la reintegrazione,* e *FI*, 2018, I, 504, con nota di A.M. PERRINO. Cass. ord. 21 aprile 2017, n. 10159, *MGL*, 2017, 489, con nota di PISANI, *Le tutele esclusivamente risarcitorie per le tardività del licenziamento disciplinare*, e *GI*, 2017, 1910, con nota di TOSI, PUCCETTI, *La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione disciplinare*, aveva rimesso la relativa causa al primo presidente per l'assegnazione alle sezioni unite ravvisandovi "questione di massima di particolare importanza" *ex* art. 374, comma 2, c.p.c.

[1113] Da ult. cfr. DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nel licenziamento disciplinare*, *DRI*, 2017, 1108 ss.

[1114] Agli artt. 42 e, rispettivamente, 3 e 4.

[1115] A partire da Cass. s.u. 1 giugno 1987, n. 4827, *RGL*, 1987, II, 219, con nota di MAZZIOTTI, *Natura «ontologica» del licenziamento disciplinare e applicazione generalizzata dell'art. 7, 1º, 3º comma, statuto dei lavoratori*, la giurisprudenza si é consolidata nel ritenere che i suddetti commi dell'art. 7 si applicano al licenziamento *ontologicamente* disciplinare, vale a dire anche se non previsto tra le sanzioni disciplinari dal contratto collettivo. In proposito cfr. BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in AA. VV., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di Mainardi, Torino, Utet giuridica, 2012, 125 ss.

[1116] Tra le varie riviste in *RGL*, 1982, II, 505.

[1117] Cfr. la ricostruzione di NICCOLAI, *I licenziamenti disciplinari*, in AA. VV., *I licenziamenti Commentario*, a cura di Mazzotta, II ed., Milano, Giuffré, 1999, 118 ss., ed *ivi* riferimenti giurisprudenziali e dottrinali anche alle note 1-4.

[1118] Come si legge in Cass. s.u. 18 maggio 1994, n. 4844, *FI*, 1994, I, 2076, "alla inosservanza delle garanzie procedimentali, previste dall'art. 7 l. n. 300 del 1970, conseguono gli stessi effetti stabiliti per l'ipotesi di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo, dal momento che sarebbe illogico ricollegare a quella inosservanza conseguenze diverse e più gravi di quelle derivanti dall'accertata insussistenza dell'illecito disciplinare. Altrimenti, si verificherebbe che un licenziamento inidoneo a conseguire l'effetto risolutivo, perché viziato nella forma, comporterebbe una tutela reale (e pertanto un obbligo di retribuzione sino alla reintegrazione), laddove la accertata inesistenza della giusta causa, non privando il licenziamento dell'effetto risolutorio, sarebbe seguita soltanto dall'obbligo del pagamento de**l** preavviso".

[1119] MAZZOTTA, *La terra è piatta?» «forse...» (a proposito di licenziamento disciplinare illegittimo e sanzioni conseguenti)*, NOTA A CASS. S.U. 4844/1994 (M.) CIT., *FI*, 1994, I, 2706; GALARDI, *Il licenziamento inefficace*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di Cinelli, Ferraro, Mazzotta, Torino, Giappichelli, 2013, 307; BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 129 ss**.**

[1120] Ancora Cass. s.u. 4844/1994, cit. Sulle precedenti posizioni giurisprudenziali cfr. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da BUSNELLI, Milano, Giuffré, 2002, 192 ss., anche riferimenti alle note 70-74.

[1121] Mi permetto di rinviare al riguardo a L. de ANGELIS, *Il licenziamento disciplinare del dirigente. Essere dell'ontologia o non essere del potere disciplinare?*, *RGL*, 1997, I, 25 ss.

licenziamento del dirigente, come noto regolato, per il profilo sostanziale della giustificazione, da disciplina contrattuale[1122].

## 2. Le origini procedimentali della regola della tempestività della contestazione disciplinare.

Ebbene, va rimarcato come prima dello Statuto dei lavoratori la regola di contestazione dell'addebito non esistesse, e di conseguenza la tematica dell'immediatezza o della tempestività di essa - altro é il problema dell'immediatezza o tempestività del recesso - era *in mente dei*. Tale regola venne inserita nell' ordinamento nel 1970 come prima regola di un procedimento pre-giudiziale - si parlò di processualizzazione del potere disciplinare[1123] - avente incontestabilmente funzione di garanzia difensiva. Si intendeva, cioè, assicurare al lavoratore di potersi difendere con pienezza prima che il datore di lavoro potesse adottare un provvedimento per un presunto fatto disciplinarmente rilevante: un contrappeso procedimentale all' esercizio di un potere privato. Ciò, ripeto, é indiscutibile, é riconosciuto da Corte cost. n. 204/1982 cit. che insistette sulla funzione assicurativa del contraddittorio della contestazione e del procedimento, e, da ultimo, é riconosciuto anche dalla recente sentenza delle sezioni unite della corte di cassazione quando afferma che "é certo che l'obbligo della contestazione tempestiva dell'addebito rientra nel procedimento disciplinare di cui all' art. 7 della legge n. 300 del 1970". E questo a prescindere - si badi bene - dalla natura espulsiva della sanzione da infliggere. Anzi, emerge dal precedente cenno a Corte cost. 204/1982, era in forse, in dottrina e in giurisprudenza, che l'art. 7 cit. comprendesse i licenziamenti: un filone dottrinale che si rifaceva ad uno dei fondatori del diritto del lavoro post-costituzionale[1124] escludeva in radice che il recesso in generale e il licenziamento in particolare appartenessero alle pene private, come invece, si riteneva tradizionalmente, e si ritiene, in genere per le sanzioni disciplinari[1125].

Esistente, allora, la necessità della contestazione in una logica di garanzia di difesa, seguiva e segue razionalmente e ragionevolmente che essa, pur non detto nell' enunciato testuale, dovesse e debba essere specifica, altrimenti non essendo in grado di assolvere alla sua funzione per non conoscenza puntuale dei fatti da cui appunto difendersi[1126]. E nella medesima logica altrettanto razionale e ragionevole era ed é ritenere che la contestazione dovesse e debba essere fatta tempestivamente al fine di assicurare all' incolpato il ricordo dell'accaduto ed elementi e prove a discapito, e questo, lo si ribadisce, con riguardo sia alle sanzioni conservative che a quelle espulsive.

---

[1122] Cass. 3 aprile 2003, n. 5213, *MGL*, 2003, 537, con nota di MANNACIO, *Osservazioni sul licenziamento disciplinare dei dirigenti (e sul licenziamento disciplinare in generale)*.

[1123] Cfr. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffré, 1973, 186.

[1124] Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro,* XXIII ed., Napoli, Jovene, 1970, 177. Per ulteriori riferimenti cfr. MONTUSCHI, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, II ed., *sub* art. 7, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1979, 102, nota 7. Di pena privata dice invece espressamente la relazione Brodolini al disegno di legge n. 738 da cui scaturì lo Statuto dei lavoratori: la si può leggere in STOLFI, *Da una parte sola Storia politica dello Statuto dei Lavoratori*, Milano, Longanesi & c., 1976, qui 170.

[1125] Cfr., per tutti, PERSIANI, *Il potere disciplinare*, in AA. VV., *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. Martone, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani e F. Carinci, Padova, Cedam, 2012, 800, anche riferimenti alle note 107 e 108.

[1126] Cfr. tra i recenti DEL CONTE, *Il potere disciplinare*, in AA. VV., *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 862 ss.

Appare allora forzata sul piano storico l'operazione interpretativa, nettamente prevalente in giurisprudenza e dottrina[1127], che é giunta a riconoscere alla tempestività della contestazione natura anche sostanziale individuando in essa un elemento costitutivo del recesso.

### 3. Passaggi argomentativi della tesi della natura sostanziale della immediatezza.

Questi sono i passaggi argomentativi utilizzati, a volte in combinazione totale o parziale, tra di loro, altre volte isolatamente, a volte in modo affastellato, a volte *ad colorandum*, per sostenere tale tesi:

a) le regole di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro implicano la tutela del legittimo affidamento del prestatore di lavoro, in relazione al carattere facoltativo dell'esercizio del potere disciplinare, sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto incriminabile, con la conseguenza che, ove la contestazione sia tardiva, si realizza una preclusione all'esercizio del relativo potere e l'invalidità della sanzione irrogata[1128].

b) l'intempestività della contestazione esprime la abdicazione del datore di lavoro all'esercizio del potere disciplinare[1129];

c) l'inerzia nel tempo fa comprendere l'irrilevanza disciplinare del fatto o comunque la considerazione come tale da parte del datore di lavoro,[1130] e lo stesso é per la tolleranza del datore di lavoro, pure distinta dall' inerzia[1131].

d) in particolare, quanto al licenziamento, l'inerzia é incompatibile con la nozione di giusta causa la quale implica l'impossibilità sia pure provvisoria della continuazione del rapporto di lavoro, e - si é pure sostenuto da qualcuno - é incompatibile anche con la nozione di giustificato motivo soggettivo nel senso che non consente la prosecuzione al di là del termine di preavviso[1132];

e) la regola d'immediatezza soddisfa l'esigenza di impedire che l'indugio del datore di lavoro possa avere effetti intimidatori[1133], rappresentando per il dipendente una sorta di spada di Damocle che

---

[1127] Cfr., per stare alla sola giurisprudenza di legittimità più recente, Cass. 1 marzo 2018, n. 4881, ined., a quel che consta; Cass. 13 febbraio 2015, n. 2902, *MFI*, 2015, 111; Cass. 10 settembre 2013, n. 20719, *MFI*, 2013, 729; in dottrina, MAZZOTTA, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, nota a Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, *RIDL*, 2016, II, 102 ss.; ALBI, *Il licenziamento disciplinare illegittimo per tardiva contestazione degli addebiti tra vecchio e nuovo diritto,* nota a App. Firenze 6 luglio 2015, *DLM,* 2016, 410 ss.; DEL PUNTA, *Il primo intervento della cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, nota a Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, *RIDL*, 2015, II, 38; MARTELLONI, *Nuovo art. 18: la cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs act*, sempre in nota a Cass. 23669/2014 cit., *ivi*, II, 43; F. MARINELLI, *Il licenziamento individuale affetto da vizi formali o procedurali*, in AA. VV., *Jobs Act Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. Carinci e Tursi, Torino, Giappichelli, 2015, 166 ss.; TURSI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi, ivi*, 90; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, (parte I), *RGL*, 2014, I, 386 ss.

[1128] Ad es., Cass. s.u. 30985/2017, cit.

[1129] Cfr., ad es., TURSI, *Il licenziamento individuale*, cit., 89-90, che scrive di indice della rinuncia del datore di lavoro ad esercitare il potere disciplinare; MAZZOTTA, *Fatti e misfatti*, cit., 108.

[1130] Cass. s.u. 30985/2017, cit.; MAZZOTTA, *Fatti e misfatti*, cit., 108.

[1131] Cfr. PISANI, *Le tutele esclusivamente risarcitorie*, cit., 500 ss.; ID., *Sul principio di tempestività del licenziamento disciplinare*, *MGL*, 2008, 149 ss.; da ult. ID., *Tardività del licenziamento disciplinare*, cit., 413.

[1132] Cfr., da ult., DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie*, cit., 1124 ss., ed *ivi* riferimenti.

[1133] Cfr. Cass. s.u. 30985/2017, cit.

condiziona il libero svolgimento della prestazione di lavoro, ovvero può fondare il sospetto dell'esistenza di un intento ritorsivo, e quindi illecito, o discriminatorio[1134].

## 4. Inidoneità di tali argomenti.

Sono tutti argomenti a mio avviso inidonei a dimostrare che l'immediatezza della contestazione faccia parte della fattispecie costitutiva dell'esercizio del potere di licenziamento e che pertanto abbia natura sostanziale.

Quanto al punto *sub* a), le clausole generali di correttezza e buona fede, la cui applicazione pure si è nel tempo notevolmente ampliata ed anche per il diritto del lavoro (che presenta però recenti segnali normativi contrari: v. art. 30 l. n. 183/2010[1135]), vanno ricondotte, per il prevalente indirizzo, ai c.d. obblighi secondari di protezione che non pare possano influire sulla fattispecie, la quale peraltro qui é costruita, quanto alla giusta causa e al giustificato motivo (v. *infra*), su una norma generale nel senso mengoniano del termine e non su di una clausola generale[1136]. La violazione di tali obblighi, appunto per l'indirizzo prevalente, rileva solo sul piano risarcitorio[1137]. In ogni caso, l'obbligatorietà e non facoltatività dell'esercizio del potere disciplinare in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni esclude il ricorso al legittimo affidamento per i relativi rapporti[1138].

Può essere, e si passa all' esame del punto b), che vi sia rinunzia datoriale di natura negoziale all'esercizio del potere disciplinare, ma questo se all' inerzia, che *di per sé* può dipendere dai fattori più svariati ed estranei alla rinunzia, si accompagnano altre circostanze[1139]: il semplice silenzio, ci é stato insegnato, non significa nulla tranne che nei casi in cui sia la legge a dargli rilievo. Ma in presenza appunto di altre circostanze di direzione univoca non ha utilità autonoma alcuna il ricorso alla categoria dell'immediatezza della contestazione. Sotto questo profilo é il caso di richiamare la giurisprudenza consolidata in materia di cessazione del rapporto di lavoro a tempo determinato per mutuo consenso e per la quale è necessario che sia accertata - sulla base del lasso di tempo trascorso dopo la conclusione dell'ultimo contratto a termine, nonché del

---

[1134] Cfr. SORDI, *Tutela applicabile in caso di licenziamento disciplinare viziato per la tardività della contestazione dell'addebito disciplinare, www.giustiziaCivile.com*, 2017, n. 5, secondo cui solo laddove le circostanze escludano la sussistenza di motivi illeciti stante la intempestività, debba applicarsi l'art. 18, comma 6 altrimenti dovendo applicarsi il comma 5 dell'art. 18; cenno alla possibilità che in concreto vi sia intento ritorsivo e/o discriminatorio, in tal caso dovendosi applicare il comma 1 dell'art. 18, in MAZZOTTA, I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. Lav., in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di Cinelli, Ferraro, Mazzotta, Torino, Giappichelli, 2013, 251.

[1135] Cfr. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, *DLRI*, 2015, 97 ss.

[1136] MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali,* in *RCDP,* 1986, 9 ss.

[1137] Cfr., da ult., DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie*, cit., 1119 ss., ed *ivi*, alle note 51, 53, 54, riferimenti, anche a posizioni differenti.

[1138] Cfr., infatti, Cass. 4 aprile 2017, n. 8722, *FI*, 2017, I, 1520. Per alcune peculiarità del tema con riguardo ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni cfr., da ult., DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie*, cit., 1127 ss., ed *ivi*, in nota, riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. Altresì, da ult., cfr. Caruso, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale,* in corso di pubblicazione in *DRI*, 2018 (per la cortesia dell'autore, che ringrazio, letto prima della pubblicazione quando il presente lavoro era già in bozze), che, con riguardo agli approdi raggiunti da Cass. s.u. 30985/2017, cit., pone dubbio di costituzionalità, sotto il profilo della ragionevolezza, della differenza delle conseguenze tra i due regimi.

[1139] Nello stesso senso DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie*, cit., 1113 ss.

comportamento tenuto dalle parti e di eventuali circostanze significative - una chiara e certa comune volontà delle parti medesime di porre definitivamente fine ad ogni rapporto lavorativo[1140].

Neutro o tutt' al più con mero valore presuntivo dell'irrilevanza disciplinare del fatto é l'indugio datoriale, che tra le tante ragioni che possono determinarlo vi é quella dell'approfondimento istruttorio o anche del tatticismo per così dire sindacale il quale, se mai, può avere valore sul piano della correttezza e buona fede, come su tale piano può rilevare l'argomento sub e): vale, pertanto, quanto detto in precedenza.

Anche circa il punto c), pur concettualmente diverso da quello precedente non rilevando sul piano negoziale ma avendo connotazioni più marcatamente oggettive, valgono però considerazioni analoghe a quelle or ora svolte.

Ed arriviamo al profilo *sub* d), estraneo alle sanzioni conservative (e, si é visto, la disciplina é stata pensata e dettata per tutte le sanzioni).

Qui la contestazione non immediata dell'addebito può contraddire l'improseguibilità sia pure provvisoria del rapporto immanente alla nozione di giusta causa[1141].

Sennonché, premesso che questo innanzitutto presuppone che il comportamento del lavoratore sia stato conosciuto e con pienezza (vale a dire, dopo le verifiche del caso) dal datore di lavoro, la contraddizione presuppone che l'immediatezza, o se si vuole, la tempestività propria dell' aspetto procedimentale e quella immanente alla nozione di giusta causa abbiano a coincidere, come può non essere, la prima essendo infatti finalizzata all'esercizio del diritto di difesa, l'altra, si é visto, alla improseguibilità sia pure provvisoria del rapporto.

Il vero é che per questa seconda é il tempo trascorso dalla piena cognizione del fatto a rilevare *di per sé* a prescindere dalla introduzione nell' ordinamento della regola di contestazione. Vale a dire, già prima dell'art. 7 dello Statuto é il tempo trascorso, ovviamente tra conoscenza ponderata del fatto e questa volta recesso - che, lo si ripete, può essere valutato diversamente da quello che rileva ai fini della tempestività della contestazione - a far ritenere improseguibile il rapporto anche in via provvisoria. Se si vuole, é una considerazione di tal tipo ad essere sottostante dell'indirizzo che, sia pure utilizzando concetti imprecisi, distingue tra contestazione e recesso, la cui intempestività della prima individua come vizio procedimentale e della seconda come vizio sostanziale[1142]. Che possa non esservi incompatibilità logica tra contestazione tardiva e proseguibilità anche provvisoria del rapporto, e, quindi, giusta causa di recesso[1143] appare confermato con maggiore

[1140] Cfr., tre le tante, di recente, Cass. 1 luglio 2015, n. 13535, *MFI*, 2015, 410, che ha annullato la sentenza di merito che aveva ritenuto sufficiente a configurare la cessazione per mutuo consenso la mancata attuazione del rapporto di lavoro nientemeno per un periodo di oltre quattro anni.

[1141] Tra i recenti DEL PUNTA, *Il primo intervento della cassazione*, cit., 38, che pertanto sostiene la tesi della tutela indennitaria di cui al comma 5 dell'art. 18. Diversamente TOSI, PUCCETTI, La *dissoluzione*, cit., 1915.

[1142] Cfr. BOSCATI, *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, *DRI*, 2015, 1057.

[1143] Cfr. DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie,* cit., 1123, 1135; spunto precedente in PISANI, *"Tardività-ingiustificatezza" e "tardività-vizio procedimentale" del licenziamento e relative sanzioni*, *MGL*, 2014, 293.

evidenza nel caso in cui via stata sospensione cautelativa del rapporto precedente alla contestazione dell'addebito, ad esempio in attesa degli esiti di procedimento penale, come é consentito[1144].

## 5. Immediatezza della contestazione e comportamenti reiterati e comportamenti *permanenti*.

Tornando alla logica procedimentale, che é quella a mio avviso da seguire, sono dell'avviso che il tempo trascorso relativamente a singoli episodi disciplinarmente sanzionabili con provvedimenti conservativi e reiterati in tempi che ne fanno ritenere l'abitualità[1145], può pregiudicare il diritto di difesa su di essi, e che la loro tempestiva contestazione, seguita eventualmente da sanzione appunto conservativa, può costituire un monito educativo per i comportamenti futuri così evitandoli. Se il monito non ha però successo ben potrà farsi valere, se ricorra, l'abitualità della condotta a fini espulsivi.

Quanto ad un comportamento disciplinarmente rilevante prolungato nel tempo o *permanente* - si pensi ad un'assenza ingiustificata che superi il termine previsto dalla contrattazione collettiva per l'intimazione del licenziamento - ritengo che il diritto di difesa vada esercitato dal momento della cessazione del comportamento stesso, dal quale, quindi, andrà valutata la tempestività della contestazione[1146].

Diverso é per comportamenti violativi degli obblighi del lavoratore ma di così scarso rilievo da non legittimare neppure la minima sanzione conservativa. Si consideri, ad esempio, il ritardo reiterato di qualche minuto nell' inizio della prestazione. In questo caso il ragionevole contemperamento di tale diritto con il potere organizzativo del datore di lavoro facente capo all' art. 41 Cost. induce a ritenere legittima, laddove ciò implichi abitualità, la contestazione *complessiva.* Si risolvono così le critiche di Pera[1147], ricche di buon senso, ad una decisione di cassazione che ha ritenuto il contrario; critiche di recente ricordate da chi ci ha parlato di un *giurista antropologo*[1148]. Senza il ricorso al ragionevole contemperamento di cui si é detto é del resto difficilmente spiegabile il principio consolidato per il quale l' immediatezza va intesa in senso relativo, essendo compatibile, in relazione al caso concreto e alla complessità dell'organizzazione del datore di lavoro, con un intervallo di tempo necessario per l'accertamento e la valutazione dei fatti contestati, rilevando altresì l'avvenuta conoscenza da parte del datore di lavoro della situazione contestata e non

---

[1144] Cfr., tra le più recenti, Cass. 20 giugno 2014, n. 14103, *LG*, 2015, 69, con nota di F.M. GALLO, *Tempestività ed immutabilità della contestazione disciplinare in presenza di procedimento penale*; Cass. 19 giugno 2014, n. 13955, *NGL*, 2015, 170; per una posizione più articolata cfr. PISANI, *Sul principio di tempestività*, cit., 154.

[1145] In Cass. 13 dicembre 2010, n. 25136, *RIDL*, 2012, 79, con nota di LAZZERONI, *Il parametro dell'immediatezza della contestazione di addebito*, si legge più genericamente di "serie di fatti che, convergendo a comporre un' unica condotta, esigono una valutazione unitaria", e la annotatrice (ibid., 81) ritiene di puntualizzare distinguendo tra "condotte singolarmente irregolari preordinate ad una specifica fattispecie illecita, dalla valenza più ampia ed unitaria rispetto alle condotte singolarmente poste in essere", , soggette al cumulo ai fini della valutazione d' immediatezza, e "condotte irregolari ma finalisticamente scomposite, per le quali dunque la tempestività della contestazione di addebito dovrà essere misurata in relazione ad ogni singola condotta posta in essere".

[1146] Cfr., con qualche distinguo, DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie*, cit., 1132 ss; *contra*, in un'ipotesi di abnormità del prolungamento, cfr. Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513, *MGL*, 2017, 489, con la citata nota di PISANI, *Le tutele esclusivamente risarcitorie per le tardività del licenziamento disciplinare*.

[1147] PERA, *Immediatezza della contestazione al lavoratore di un comportamento che costituisce infrazione disciplinare solo se si protrae nel tempo*, nota a Cass., 7 dicembre 1982, n. 6691, *GC*, 1983, 403 ss.

[1148] Cfr. MAZZOTTA, *Il licenziamento disciplinare alla prova di un giurista antropologo, LD*, 2017, 664 ss., ed *ivi* riferimento.

l'astratta percettibilità o conoscibilità dei fatti stessi[1149]: anche in una situazione siffatta il decorso del tempo potrebbe pregiudicare o indebolire il diritto di difesa.

## 6. Conseguenze giuridiche del ritardo della contestazione.

Quanto detto non fa condividere le tesi, accolta da Cass. s.u. 30985/2017 cit., che riconosce la tutela indennitaria forte fondandola sulla natura sostanziale *tout court* della intempestività della contestazione[1150], e conduce invece alla conclusione che la contestazione intempestiva quale violazione dell' art. 7 comporti l'applicazione della c.d. tutela indennitaria attenuata (art. 18, comma 6, l. n. 300/1970, come modificato dalla l. 92/2012 o art. 8 l. n. 604/1966 per i dipendenti dalle piccole aziende o art. 4 e 9 d.lgs. n. 23/2015 per il lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti)[1151], salvo che sia stato domandato dal lavoratore non dipendente da piccole imprese l'accertamento dell' inesistenza della giusta causa, *ove ricorra* (v. quanto detto in precedenza, al paragrafo 4, punto d), in tal caso dovendosi applicare la c.d. tutela indennitaria forte (art. 18 cit., comma 6, ultima parte e comma 5, e 4, ult. parte, d.lgs. n. 23/2015)[1152]. Vale a dire, a che sia riconosciuta quest' ultima deve esservi domanda esplicita di accertamento del difetto della giusta causa: in sostanza, l'applicazione del regime più favorevole é demandata in alcuni casi (quindi lo si ripete, non in tutti) ad un onere tutto sommato formale posto che dal punto di vista del decorso del tempo scrutinio della correttezza del procedimento e scrutinio del merito della giustificazione possono, nella valutazione dei singoli casi, venire a coincidere[1153].

È questa la soluzione che mi sembra comporre il contrasto tra violazione procedimentale e sostanziale, la quale, ove non si aderisse alla conclusione qui raggiunta, dovrebbe comunque

---

[1149] Cfr., tra le tante, di recente, Cass. 25 maggio 2016, n. 10839, in *NGL*, 2016, 558; per ulteriori riferimenti e rilievi critici cfr., tra gli altri, PANTANO, *La contestazione degli addebiti*, in AA. VV., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., 264 ss.

[1150] Cfr., ad es., DEL PUNTA, *Il primo intervento*, cit., 38; TURSI, *Il licenziamento individuale ingiustificato*, cit., 90; MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs* act, *ADL*, 2015, 310; PISANI, *"Tardività-ingiustificatezza"*, cit., 289; G. FONTANA, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, *RIDL*, 2014, I, 273; da ult., PISANI, *Tardività del licenziamento disciplinare*, cit., 413.

[1151] Conf., ma senza la salvezza di cui al testo, Cass. 26 agosto 2016, n. 17371, *MGL*, 2017, 489, con nota di PISANI, *Le tutele esclusivamente risarcitorie*, cit.; altresì, in via di *obiter dictum*, criticato da ALBI, *Il licenziamento disciplinare illegittimo*, cit., 411, Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, *FI*, 2014, I, 3418, con nota di DE LUCA, *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della corte di cassazione*, secondo cui il comma 5 é invece applicabile in caso di tardività del recesso; in dottrina TOSI, PUCCETTI, *La dissoluzione*, cit., 1915. Lascia aperta la questione dell'applicabilità del comma 5 o 6, Cass. 9 luglio 2015, n. 14324, *MGL*, 2017, 490, con nota di PISANI, *Le tutele esclusivamente risarcitorie*, cit.; dubitativamente, in alternativa con la tesi dell'applicazione del comma 4, ALBI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 412 ss. Per dubbi di costituzionalità circa la tenuinità della sanzione indennitaria attenuata cfr. VALLEBONA, *Licenziamento ingiustificato e indennità crescente: questione di costituzionalità*, nota a Trib. Roma 26 luglio 2017, *MGL*, 2017, 583, con riguardo ai contratti a tutele crescenti; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, *RIDL*, 2012, I, 544; F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, *LG*, 2012, 529; *contra*, PISANI, *"Tardività-ingiustificatezza"*, cit., 294 ss.; ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in AA. VV., *Risistemare il diritto del lavoro Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, a cura di Nogler, Corazza, Milano, Angeli, 2012, 792 ss. Con riguardo ai profili di costituzionalità della tutela indennitaria del licenziamento ingiustificato cfr., da ult. e per tutti, i saggi, occasionati dall'ordinanza 26 luglio 2017 del Tribunale di Roma (*MGL*, 2017, 575, con la citata nota di VALLEBONA, anche *GI*, 2017, con nota di TOSI, LUNARDON, *Cronaca di un'ordinanza…. annunciata*), di PERULLI, *Una questione "di valore": il* Jobs Act *alla prova di costituzionalità*, *DRI*, 2017, 1064 ss., spec. 1065 ss. circa l'esiguità della tutela indennitaria, e di SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, *RGL*, 2017, II, 333 ss., ed in tali scritti ampi riferimenti.

[1152] Conf. PISANI, op. ult. cit., 296 ss.; successivamente, ID., *Le tutele esclusivamente risarcitorie,* cit., 504 ss.

[1153] Cfr. gli spunti in DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie*, cit., 1133 sss.

prevalere sull' altra, la prevalenza evincendosi appunto dall' ultima parte del comma 6 e dell'art. 4 citt.

Non é invece condivisibile la tesi, presente in una decisione di cassazione e contrastata dalle sezioni unite, che assimila il fatto non tempestivamente contestato a quello insussistente per non possedere l'idoneità ad essere verificato in giudizio[1154]. L'*abnormità* della contestazione, per stare al lessico della sentenza, per un verso incide sul diritto di difesa (v. *antea*) ed é vizio ben diverso e meno grave dalla mancanza di sussistenza del fatto (non si dimentichi che la l. n. 92/2012 ha modulato le sanzioni in ragione del motivo di illegittimità del recesso[1155]); per un altro verso, esclude la giusta causa ed é quindi appieno nell'ambito del comma 5 dell'art. 18. Si é anche arrivati alla medesima conclusione, pur nello scetticismo che essa sarà condivisa, sul rilievo per il quale se il datore di lavoro non ha ritenuto di reagire tempestivamente "già sul piano della *dinamica negoziale* o se si vuole, da parte dello stesso datore quale 'giudice domestico', vi é stata una valutazione di irrilevanza disciplinare della condotta, valutazione cui non potrà mai sovrapporsi quella, eventualmente diversa, del giudice". "L'uso tardivo del potere corrisponde all' *abuso* del medesimo e conduce, pari pari, fra le braccia della tutela reintegratoria forte, in ragione della nullità di diritto comune"[1156]. Ma, come si è sopra rilevato, non convince la valutazione negoziale e assoluta *di per sé* dell'indugio, ed il ravvisare nell' uso tardivo del potere un abuso di esso[1157].

È invece assimilabile al fatto non contestato quello non specifico, impedendo la stessa identificazione della contestazione.

Quanto al licenziamento per giustificato motivo soggettivo, la tempestività della contestazione gioca solo ancora sul piano della violazione dell'art. 7 e implica pertanto l'applicazione della tutela indennitaria attenuata, salva, ancora, la domanda di valutazione del merito della condotta, in questo caso la tardività dovendo essere considerata nella logica della più blanda improseguibilità provvisoria.

Nel concludere sul punto delle conseguenze giuridiche della intempestiva contestazione vale la pena di sottolineare che per le sanzioni conservative la intempestività comporta la loro caducazione per violazione di norma inderogabile, e cioè una conseguenza più radicale di quella prevista per il licenziamento disciplinare, pure sanzione più grave. Ciò, che del resto già accadeva, e

---

[1154] Cfr. Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513, *MGL*, 2017, 489, con la citata nota di PISANI, *Le tutele esclusivamente risarcitorie per le tardività del licenziamento disciplinare.*

[1155] Cfr., tra i tanti, ALBI, *Il licenziamento disciplinare illegittimo*, cit., 407; DEL CONTE, FRATELLO, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni soggettive,* in AA. VV., *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, a cura di Persiani e Liebman, Torino, Utet, 2013, 324.

[1156] Cfr. MAZZOTTA, *Fatti e misfatti*, cit., 108; in giurisprudenza, per la natura abdicativa della tardività, cfr. App. Firenze 6 luglio 2015, cit., anche *Labor*, 2016, 297, con nota di MANTOVANI, *La tardività della contestazione come vizio sostanziale del licenziamento e sua irriconducibilità al "nuovo" art. 18 st. lav.*, che ha occasionato l'assegnazione della causa alle sezioni unite; cfr. altresì GALARDI, *La cassazione e l'art. 18 stat. lav: dal fatto materiale al fatto disciplinarmente rilevante*, nota a Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, *NGCC*, 2016, 390; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, (parte II), *RGL*, 2014, I, 462 ss. Alla citata nota di Mantovani si rinvia per una puntuale ricapitolazione dei vari orientamenti, sui quali altresì, da ult., DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie*, cit., 1108 ss.

[1157] Per ulteriori rilievi critici cfr. TOSI, PUCCETTI, *La dissoluzione*, cit., 1915, ed *ivi*, pure, ricostruzione della prima giurisprudenza di cassazione (1917 ss., anche note 42-52) e di merito (1916 ss., anche note 36-41; *adde*, App. Milano 20 dicembre 2017, pres. Cuomo, rel. Casella, L'Abbate c. soc. Telecom, ined., a quel che consta, per la quale la tardività della contestazione da parte del datore di lavoro che abbia ingiustificatamente ritardato la contestazione comporta vizio procedurale, mentre implica vizio sostanziale se ciò abbia leso il diritto di difesa del lavoratore o il suo legittimo affidamento nel disinteresse datoriale al fatto) in punto.

accade, con il regime previsto dalla legge n. 604/1966, si spiega e si giustifica in considerazione del fatto che le sanzioni conservative non toccano quel posto di lavoro inciso invece dal licenziamento e che, se appunto il licenziamento é illegittimo, viene invece a perdersi avendo la legge inteso tutelarlo solo in forma indennitaria.

## 7. Violazione delle regole contrattuali collettive in tema.

Nel caso in cui vi sia fonte collettiva che preveda che la contestazione debba essere fatta entro un certo termine dalla conoscenza del fatto, penso si abbia una tipizzazione pattizia del principio d' immediatezza, con le conseguenze prima illustrate. Diversa é, a mio avviso, l'ipotesi in cui la disposizione contrattuale sia nel senso che il procedimento debba essere chiuso entro un termine, dovendosi allora piuttosto ravvisare la perdita del potere sanzionatorio datoriale e quindi, per chi come me crede che il novellato art. 18 non esaurisca le sanzioni del licenziamento *illegittimo*[1158], la conseguenza della nullità di diritto comune (o l'applicazione dell'art. 18, comma 5, se in esso si ravvisi la tutela residuale). La puntualizzazione contrattuale pare infatti far intendere la consumazione del potere, come é a maggior ragione laddove il testo specifichi che le giustificazioni si ritengono accolte se non pervenute entro il termine previsto[1159]. Questo a meno che si ritenga che la regola collettiva non contenga l'abdicazione al potere e che quindi, la sua violazione, costituisca piuttosto inadempimento contrattuale sanzionato *ex* art. 1218 ss. c.c.

Non manca, però, chi, pur aderendo alla tesi sostanzialistica della tempestività, sembra assimilare le due descritte ipotesi inquadrandole nel vizio procedimentale[1160], con la conseguenza, che lascia perplessi, del riconoscimento di una tutela più intensa *in mancanza di forma* (vale a dire: di previsione testuale) di quello *in presenza di forma*.

## 8. Intempestività della contestazione, garanzia di difesa ugualmente realizzata e altro.

Ho all' inizio accennato che anche prima della l. n. 92/2012 la tematica qui sviluppata aveva una sua pur parziale utilità che anche da tale angolazione permane.

Infatti, se ci si muove nella logica procedimentale della garanzia dell'esercizio del diritto di difesa, era ed é corretto sostenere, come pure da alcuni si é negato[1161], che gli eventuali vizi appunto della procedura non dovessero e non debbano incidere sulla legittimità della sanzione disciplinare

---

[1158] Cfr., se vuoi, de ANGELIS, *Giudice del lavoro e recenti riforme*, *RGL,* 2016, I, 413 ss.

[1159] Conf. BOSCATI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 1057.

[1160] Cfr. Cass. s.u. 30985/2017, cit.; DEL PUNTA, *Il primo intervento della cassazione*, cit., 38 ss.; BOSCATI, *Il licenziamento disciplinare,* cit., 1057, che, lo si é prima rilevato in nota, lascia però alla tutela sostanziale il caso della previsione contrattuale per cui la violazione del termine implica accettazione delle giustificazioni; assimila invece l'ipotesi della violazione di regole contrattuali sui vizi procedurali a quelle legali MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori, RIDL*, 2012, I,,434, anche in AA. VV., *Risistemare il diritto del lavoro* Liber amicorum *Marcello Pedrazzoli*, a cura di Corazza e Nogler, Milano, F. Angeli, 2012, 857, sul rilievo che le procedure contrattuali partecipano della stessa natura di quella legale, e può quindi la violazione essere ricompresa nel comma 6 con un'interpretazione estensiva; sulla sua scia GALARDI, *Il licenziamento inefficace*, cit., 305 ss.

[1161] Ad es. da PISANI, *"Tardività-ingiustificatezza" e "tardività-vizio procedimentale"*, cit., 292; TULLINI, *Ritualità e formalismo nel procedimento disciplinare,* nota a Cass. 25 agosto 1993, n. 8956, *RIDL*, 1994, II, 218, rifacendosi a Cass. 9 novembre 1985, n. 5484, *FI*, 1986, I, 1378 e Cass. 21 giugno 1988, n. 4240, *NGL*, 1988, 843; cfr. altresì la posizione più articolata, ma nella stessa direzione, di MAINARDI, *Il potere disciplinare*, cit., 396 ss.

inflitta laddove nonostante i vizi stessi il diritto fosse e sia stato *pre-giudizialmente* realizzato[1162]. Ciò vale sia per la genericità della contestazione che, per quanto interessa in questa sede, la tardività della medesima. Si è rilevato, in contrario, che la avvenuta difesa é comportamento non idoneo a dimostrare il raggiungimento delle finalità della contestazione in assenza di parametro di raffronto con quella che la difesa stessa poteva essere[1163], ma il parametro non sempre é necessario. Si pensi a chi riconosca di essere stato a sciare in una gara svoltasi in Alto Adige anziché lavorare nello stesso giorno quale produttore in Val d' Aosta (é un caso a me capitato nel corso del mio mestiere di giudice), come contestatogli *tardivamente* e più in generale si pensi ad una dettagliatissima difesa svolta su una contestazione generica o ritardata, in questo caso eventualmente, ove necessario, con l'indicazione di tutti gli elementi a discarico. Senza dire, soprattutto, del ragionevole contemperamento di tale diritto, che come tutti i diritti non é senza limiti, con il potere organizzativo del datore di lavoro facente capo all' art. 41 Cost., che porta a considerare rispettate le regole procedimentali ove la difesa sia stata esercitata anche se la contestazione sia stata tardiva. Nella direzione di quanto qui sostenuto sembra essere, pur per la diversa ipotesi dell'esercizio del diritto di difesa prima della scadenza dei cinque giorni di cui all' art. 7, comma 5, l. n. 300/1970, Cass. s.u. 7 maggio 2003, n. 6900[1164].

Né in senso contrario può invocarsi la inderogabilità delle regole in questione, che invece vale per il caso in cui il lavoratore non abbia dedotto alcun pregiudizio effettivo all' esercizio della sua difesa[1165], posto che la realizzazione della loro funzione fa sì non che le parti stabiliscano diversamente ma che le regole stesse siano state rispettate. Nessuno, credo, ad esempio, può sostenere che l'art. 156, comma 3, c.p.c. per il quale "La nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo cui é destinato", renda inderogabili le norme processuali la cui violazione causa nullità per espressa disposizione di legge.

Diversamente, il *formalismo delle garanzie* verrebbe ad inquinare quei principi di civiltà giuridica cui ha fatto riferimento la corte costituzionale quando estese l'applicabilità delle garanzie procedimentali ai licenziamenti disciplinari intimati nell'area della recedibilità ad *nutum*[1166].

Tutto questo, ovviamente, non può esser detto se si attribuisca natura sostanziale all' immediatezza della contestazione, la cui mancanza rende incompleta la fattispecie. L' incompletezza, poi, appunto per essere tale implica che la tardività possa e anzi debba essere considerata compresa nella *causa petendi* del difetto di giustificazione della sanzione, diversamente da quel che é se si

---

[1162] Conf., in dottrina, PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore,* Napoli, Jovene, 1996, 301; PIZZOFERRATO, *Reticenze e omissioni della contestazione disciplinare*, nota a Cass. 29 luglio 1994, n. 7105, *RIDL*, 1995, II, 377; PERA, *Sui requisiti della contestazione disciplinare*, nota a Pret. Firenze 4 gennaio 1992 e 18 luglio 1992, *RIDL*, 1993, II, 334; D'AVOSSA, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, II ed., Milano, Ipsoa informatica, 1989, 64; con riguardo al principio d' immediatezza della contestazione v. Cass. 7 aprile 2001, n. 5226, *NGL*, 2001, 648. Descrive le due tesi senza prendere, a quel che sembra, posizione, DEL CONTE, *Il potere disciplinare*, cit., 864.

[1163] Cfr. tra gli altri PISANI, *"Tardività-ingiustificatezza" e "tardività-vizio procedimentale"*, loc. ult. cit., che, rifacendosi ad alcune decisioni della cassazione nello stesso senso, rileva che non si può escludere, anche quando la difesa sia stata esercitata, che una contiguità temporale maggiore ne avrebbe consentito una migliore.

[1164] In varie riviste tra cui *RIDL*, 2003, II, 811, con nota di MONTANARI, *Il termine di cinque giorni di cui all'art. 7, 5º comma, statuto dei lavoratori nell'interpretazione delle sezioni unite*. In punto cfr. ALBI, *La difesa del lavoratore*, in AA. VV., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., 300 ss.

[1165] Cosi PISANI, op. loc. ult. cit.

[1166] Cfr. Corte cost. 25 luglio 1989, n. 427, *FI*, 1989, I, 2685, con nota di DE LUCA, *Licenziamenti disciplinari nelle «piccole imprese»: la corte costituzionale estende la garanzia del contraddittorio, ma restano alcuni problemi*.

accede all'orientamento giurisprudenziale affermatosi per decenni[1167] - pur se di recente contraddetto[1168] - *sub specie* della violazione dell'art. 7.

[1167] Si veda la giurisprudenza granitica per la quale "qualora il lavoratore abbia dedotto, con il ricorso introduttivo di primo grado, l'illegittimità del licenziamento per difetto di giusta causa (o di giustificato motivo soggettivo) costituisce domanda nuova quella proposta nel corso del giudizio per ottenere l'accertamento della nullità del medesimo licenziamento per l'inosservanza, a vario titolo, della procedura prevista dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori, in quanto tale ulteriore prospettazione comporta la deduzione di un'altra, diversa *causa petendi*, con l'inserimento di un fatto nuovo a fondamento della pretesa e di un diverso tema di indagine e di decisione, né tale nullità può essere rilevata dal giudice, ex art. 1421 c.c., poiché il principio della rilevabilità d'ufficio, in ogni stato e grado, della nullità deve essere coordinato con i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato" (tra le molte Cass. 21 giugno 2011, n. 13575, *OGL*, 2011, I, 699.

[1168] Cfr. Cass. 28 agosto 2015, n. 17286, *MFI*, 2015, 544, sulla scorta del *revirement* attuato da Cass. s.u. 12 dicembre 2014, n. 26242, *FI*, 2015, I, 862, con note di PARDOLESI e PALMIERI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, ADORNO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*, DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*, MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*.

# Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.)*

Marco Marazza

1. Evoluzione del mercato e "incertezza" del diritto nell'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. 305

2. Le aspettative (deluse) di stabilizzazione della fattispecie del "ramo di azienda" a fronte della intensificazione dei processi di esternalizzazione (e della casistica giurisprudenziale). 306

3. Metodo sussuntivo (nell'ordinamento multilivello) e scomposizione della fattispecie "ramo di azienda". 308

4. Azienda, ramo di azienda e attività economica organizzata (artt. 2112 e 2082 cod. civ.). 309

5. L'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata. 310

5.1. segue: il ramo di azienda e l'autonomia funzionale "relativa" degli ordinamenti non originari. 312

5.2. segue: autonomia funzionale (relativa) del ramo ed elementi essenziali (personali, materiali e immateriali) del ciclo produttivo. 314

5.3. segue: autonomia funzionale e organizzazione gerarchica del lavoro. 315

5.4. segue: autonomia funzionale e servizi accessori. 316

6. Il requisito della "preesistenza" del ramo di azienda nella fattispecie di diritto interno e in quella comunitaria. 317

6.1. segue: la preesistenza come elemento della fattispecie riconducibile al concetto di "attività economica organizzata" (esistente o esistita). 319

6.2. segue: i risvolti applicativi della possibile rilettura del requisito della preesistenza sulla costituzione ad hoc del ramo di azienda e sulla sorte dei suoi servizi accessori. 319

7. Il problema della fattispecie del ramo di azienda nella disciplina dei cambi appalto (art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003). 320

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 363/2018

## 1. Evoluzione del mercato e "incertezza" del diritto nell'applicazione dell'art. 2112 cod. civ.

L'esigenza di una puntuale perimetrazione della fattispecie giuslavoristica del "ramo di azienda" (art. 2112, comma quinto, cod. civ.), da sempre oggetto di un vivace dibattito scientifico[1169], ha assunto una rilevanza indubbiamente crescente con la diffusione dei processi di esternalizzazione[1170] e, cioè, di quei fenomeni economici che prendono forma per effetto di un collegamento negoziale[1171] tra un trasferimento di ramo di azienda ed un conseguente contratto di appalto

[1169]Tra i diversi contributi dedicati al tema, se pur con tagli diversi, e comunque tutti da contestualizzare in ragione dell'anno di pubblicazione (se non altro, a partire dal 2003, per la significativa evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali), si vedano in ordine cronologico di pubblicazione i contributi di M. NOVELLA, *La Corte di Cassazione dopo la sentenza Amatori: autonomia funzionale e conservazione dell'identità del ramo d'azienda ceduto*, in *Labor*, n. 5, 2017; A. NICOLUSSI PRINCIPE, *Trasferimento di ramo d'azienda: ancora incertezze interpretative*, in *Arg. Dir. Lav*, n. 1, 2016; G. CASIELLO, *Il trasferimento del ramo d'azienda. L'interpretazione "multilivello" degli elementi costitutivi della fattispecie*, in *Arg. Dir. Lav*., n. 3, 2016; G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Torino, 2014; A. BOSCATI, *La controversa qualificazione del ramo d'azienda tra preesistenza "qualificata" ed autonomia funzionale stabile e già compiuta*, in *Arg. Dir. Lav*., 2, 2014; A. TURSI, *Cessione di ramo d'azienda: apparenti contrasti e preesistenti equivoci alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. Rel. Ind*., 1, 2014; P. TOSI, *La "Preesistenza" del ramo d'azienda tra Corte di Giustizia U.E. e Corte di Cassazione: il re ora è nudo*, in *Giur. It*., n. 8-9, 2014; G. ZILIO GRANDI, *Art. 2112: Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*, in *Codice della vendita* (a cura di V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, C. MIRAGLIA), Milano, 2012; R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, *Il trasferimento di azienda,* in *I contratti di lavoro* (a cura di A. Vallebona), Torino, 2009; L. CORAZZA, *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea*, in *Innovazione tecnologica, esternalizzazione dei servizi e professionalità*, in *Lav. Giur*., Speciale, 2010; V. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento di azienda,* in WP D'Antona n. 41/2006; R. ROMEI, *Il trasferimento di azienda e gli orientamenti della dottrina*, in *AA.VV*., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza (Quaderni di diritto del lavoro)*, n. 2, Milano, 2005; L. MENGHINI, *L'attuale nozione di ramo d'azienda*, in *Lav. Giur*., n. 5, 2005; C. CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norma interna e norme comunitarie*, in *Scritti in onore di G. Suppiej*, Padova, 2005; id, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzia per i lavoratori e nuove forme d'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, *n. 276*, coordinato da F. Carinci, Milano, 2004; A. MARESCA, *L'oggetto del trasferimento di azienda e di ramo di azienda,* in *Trasferimento di ramo di azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza,* Milano, 2004; R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in *Mercato del lavoro e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2004; P. LAMBERTUCCI, *Modifica all'art. 2112, comma 5, del Codice Civile*, in *La riforma del mercato del lavoro ed i nuovi modelli contrattuali* (a cura di E. Gragnoli e A. Perulli), Padova, 2004; C. ZOLI, *Il trasferimento d'azienda*, Torino, 2004; S. MAINARDI, *"Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Dir. Lav. Merc*, 3, 2003; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *AA.VV*. (a cura di R. De Luca Tamajo), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002; M. MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. Dir. Lav*., 2001, 2; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999; R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti, Relazione alle giornate di studio dell'AIDLasSS*, in *GDLRI*, Trento, 1999; M. GRANDI, *Trasferimento d'azienda,* in *Enc. Giur Treccani,* Vol. XXXI, 1995 (e aggiornata nel 2007); R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda Art. 2112,* in *Commentario al Codice Civile* (diretto da P. Shlesinger), Milano, 1993.

[1170] Per una ricostruzione anche storica del fenomeno delle esternalizzazioni, funzionale all'obiettivo di "*far fare agli altri ciò che fanno meglio di noi",* offre interessanti spunti di riflessione l'indagine ISFOL pubblicata nel volume, a cura di M. Emanuele, *Il fenomeno delle esternalizzazioni in Italia: indagine sull'impatto dell'outsourcing sull'organizzazione aziendale, sulle relazioni industriali e sulle condizioni di tutela dei lavoratori*, collana Fondo Sociale Europeo, 2011, con i contributi di M. EMANUELE, S. DETTORI, M. DEIDDA.

[1171] R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura,* op. cit., pp. 61 ss.; M. NICOLOSI, *Le esternalizzazioni di attività produttive tra trasferimento di ramo d'azienda e appalto*, in *Il Diritto del mercato del lavoro*, 2004, n. 1-2, pp. 423 e ss. che si esprime in termini di tipicità sociale del contratto di esternalizzazione derivante da una sorta di collegamento negoziale caratterizzato dall'elemento sostanziale dell'unicità degli interessi perseguiti dai contraenti. Interessante notare che per la Suprema Corte *l'interdipendenza dei contratti collegati produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui essi "simul stabunt, simul cadent". Ciò comporta che se un contratto è nullo, la nullità si riflette sulla permanenza del vincolo negoziale relativamente agli altri contratti*." (Cass. n. 21417 del 2014). Nell'ambito dei processi di esternalizzazione il principio può avere un impatto assai rilevante ove si consideri il possibile effetto che l'eventuale accertamento della illegittimità dell'appalto potrebbe avere anche sull'antecedente contratto di cessione del ramo di azienda. Ciò tenuto anche conto, ai fini pratici, dell'eventualità che il collegamento negoziale venga invocato per giustificare anche l'impugnazione (tardiva) delle modalità applicative dell''art. 2112 c.c. nel termine di decadenza (art. 32, comma 4°, legge n. 180 del 2010) previsto per la diversa rivendicazione di un fenomeno interpositorio.

mediante il quale il cessionario, utilizzando il ramo di azienda appena acquisito, si impegna ad erogare al cedente un servizio sino a quel momento autoprodotto da quest'ultimo.

C'è però da dire che all'esponenziale incremento della casistica dei trasferimenti di rami di azienda, e quindi (inevitabilmente) anche dei conseguenti pronunciamenti giurisprudenziali sia interni[1172] che comunitari[1173], non ha ancora fatto seguito una soddisfacente stabilizzazione della definizione della fattispecie in questione (art. 2112, comma quinto, cod. civ; artt. 1 e 6 direttiva comunitaria 23 del 2001).

E ciò, a parere di chi scrive, impone alla comunità scientifica, per quanto comprensibilmente assorbita dalle consistenti novità legislative di questi ultimi anni, di segnalare che, pur in assenza di innovazioni normative (l'ultima è del 2003), persiste una grave situazione di incertezza del diritto destinata a pesare in modo rilevante, vista la centralità del tema in questione, sulla competitività del sistema economico del Paese.

## 2. Le aspettative (deluse) di stabilizzazione della fattispecie del "ramo di azienda" a fronte della intensificazione dei processi di esternalizzazione (e della casistica giurisprudenziale).

Le aspettative degli studiosi e degli operatori, a dire il vero, erano giustificatamente diverse.

Ed infatti, muovendo dall'assunto che la decisione imprenditoriale di cessare l'autoproduzione di un segmento della produzione, per poi acquistare i corrispondenti servizi da terzi, può legittimamente configurare i presupposti per la risoluzione (individuale o collettiva) di contratti di lavoro per motivi (cosiddetti) "economici"[1174], l'intensificazione dei processi di esternalizzazione avrebbe dovuto (o, quanto meno, potuto) contribuire ad indirizzare in senso estensivo la ricostruzione della fattispecie del ramo di azienda.

Ciò muovendo dal presupposto che l'interesse primario che il diritto del lavoro aspira generalmente a tutelare, quello alla prosecuzione del rapporto, avrebbe in quella prospettiva potuto

---

[1172] Nel panorama della giurisprudenza nazionale le sentenze ad oggi più significative, e per questo ampiamente richiamate nel presente scritto, sono: Cass. n. 1769 del 2018; Cass. n. 22005 del 2017; Cass. n. 19034 del 2017; Cass. n. 1316 del 2017; Cass. n. 17366 del 2016; Cass. n. 5038 del 2016; Cass. n. 8210 del 2014; Cass. n. 21714 del 2012; Cass. n. 9558 del 2010; Cass. n. 21481 del 2009; Cass. n. 19740 del 2008. Nella giurisprudenza di merito si segnala, per complessità della motivazione e per aver consapevolmente aderito ad una soluzione interpretativa che si discosta da quanto affermato da alcune pronunce della Suprema Corte, Trib. Roma 5 marzo 2018 (1647/2018).

[1173] Nel panorama della giurisprudenza comunitaria le sentenze ad oggi più significative, e per questo ampiamente richiamate nel presente scritto, sono: CGUE, sentenza del 27 aprile 2017, nelle cause riunite C-680/15 e C-681/15, Asklepios Kliniken; CGUE, sentenza del 9 settembre 2015 nella causa C-160/14, João Filipe Ferreira da Silva e Brito e a.; CGUE, sentenza del 6 marzo 2014, C-458/12, Amatori ed a.; CGUE sentenza del 6 settembre 2011 nella causa C-108/2010, Ivana Scattolon contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca; CGUE, sentenza del 12 febbraio 2009 nella causa C-466/07, Landesarbeitsgericht Dusseldorf-Germania; CGUE, sentenza del 7 marzo 1996, nei procedimenti riuniti C-171/94 e C-172/94, Merckx e Neuhuys.

[1174] In quest'ottica si collocano molteplici decisioni che riconducono ad un giustificato motivo oggettivo di licenziamento la soppressione del posto connessa alla cd. esternalizzazione dell'attività a terzi (Cass., sez. un., n. 25201 del 2016; Cass. n. 18416 del 2013 Cass. n. 13021 del 2001; Cass. n. 6222 del 1998). Nel senso della non sindacabilità, nei suoi profili di congruità ed opportunità, della scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato (Cass. n. 24235 del 2010; Cass. n. 15157 del 2011; Cass. n. 7474 del 2012; tra le recenti conformi: Cass. n. 18409 del 2016; Cass. n. 16544 del 2016; Cass. n. 6501 del 2016; Cass. n. 12242 del 2015; Cass. n. 25874 del 2014, queste ultime sempre in motivazione), anche con riferimento alla specifica decisione di esternalizzare l'attività cessata (Cass. n. 18416 del 2013). Per lo stato della dottrina e della giurisprudenza sul tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo si rinvia, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo* (a cura di A. Perulli), Torino, 2017.

essere più efficacemente soddisfatto proprio rafforzando il collegamento tra i rapporti di lavoro e l'attività oggetto di esternalizzazione (previa cessione di ramo di azienda, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ.).

Per dirla in altri termini, non avrebbe destato meraviglia registrare un deciso orientamento degli interpreti verso una lettura più elastica ed inclusiva della fattispecie del trasferimento di ramo di azienda cui l'ordinamento, come a tutti noto, ricollega l'effetto del passaggio dei rapporti di lavoro dal cedente al cessionario. Magari bilanciata, soprattutto nei casi di esternalizzazione, da un più rigoroso controllo dei requisiti di legittimità dell'appalto genuino onde garantire la persistenza del rapporto di lavoro in capo al cessionario/appaltatore solo nel caso in cui il cedente/committente avesse inteso realmente, e non solo surrettiziamente, spogliarsi dell'organizzazione del segmento di ciclo produttivo esternalizzato[1175]. In ciò valorizzando, tra l'altro, le stesse potenzialità dei possibili effetti del collegamento negoziale (cfr. nota 4).

È però accaduto, a differenza delle attese, che la giurisprudenza coinvolta della questione ha invece soventemente inteso la cessione dei rami di azienda, anche e soprattutto nell'ambito di processi di esternalizzazione, alla stregua di una misura utilizzata dal mercato in modo alternativo alla riduzione del personale quale "*forma incontrollata di espulsione di frazioni*" dell'impresa "*non coordinate tra loro*"[1176]. Con ciò focalizzandosi non tanto sulle prospettive di tutela dell'interesse del lavoratore a seguire l'attività oggetto di cessione, ed a continuare pertanto il rapporto presso il cessionario, quanto, all'opposto, sulla possibilità di assecondare la sua aspettativa di restare alle dipendenze dell'imprenditore cedente (soprattutto se di maggiore consistenza economica rispetto al cessionario)[1177].

---

[1175] Per completare la ricostruzione del perimetro dell'appalto genuino assai rilevante potrebbe risultare una più attenta valutazione della fattispecie dell'appalto a regia. Ed infatti, le intensificazioni del potere di istruzione possono qualitativamente incompatibili con lo schema negoziale dell'appalto nella misura in cui, entrando nel merito del contenuto intrinseco della prestazione dovuta dall'appaltatore, finiscono per rendere non più imputabile ad esso l'eventuale realizzazione di un'opera o un servizio non conforme alle attese (art. 1218 c.c.) e, quindi, anche per incidere sul profilo del rischio nel procedimento di qualificazione dell'appalto come legittimo o no. La giurisprudenza si è pronunciata in più occasioni in materia di contratto di appalto a regia, ove è stato correttamente evidenziato che l'appaltatore diventa un *"nudus minister*", e come tale è esente da responsabilità in caso di non conforme realizzazione dell'opera o di difetti della stessa, quando è l'esecutore di ordini del committente e quando quest'ultimo si è ingerito nell'esecuzione del lavoro con singole e specifiche direttive di esecuzione del contratto che, sovente, prendono forma nella gestione attiva, da parte del committente, della direzione dei lavori e nella erogazione di direttive che attengono nello specifico alle modalità esecutive di dettaglio dell'opera (Cass. n. 17606 del 2015; Cass. n. 25622 del 2011; Cass. n. 14945 del 2008; Cass. n. 2752 del 2005; Cass. n. 6754 del 2003; Cass. n. 7273 del 2003). Ciò al punto da indurre la dottrina a negare che tale rapporto, mancando l'autonomia organizzativa dell'esecutore, possa essere considerato un appalto (si vedano i contributi di: P. RESCIGNO, *Appalto,* in *Enc. Giur. Trecc.*, II, Roma, 1988). Significativa, in tal senso, è anche l'ampia e variegata casistica che si ricava con maggiori dettagli di fatto nella giurisprudenza di merito, ove la qualificazione dell'appaltatore come "*nudus minister*" discende quasi sempre dall'accertamento istruttorio di ingerenze del committente sul contenuto tecnico della prestazione dell'appaltatore (Trib. Monza, 21 giugno 2016; Trib. Frosinone, 26 febbraio 2016; Trib. Bari, 17 luglio 2015).

[1176] Cass. n. 22005 del 2017.

[1177] Un interesse forse inconsapevolmente alimentato, almeno nei casi in cui un passaggio di attività tra cedente e cessionario comunque esiste, anche dalla estrema complessità della disciplina del licenziamento collettivo le cui modalità applicative restano, ancora oggi, purtroppo esposte a rilevanti oscillazioni giurisprudenziali e incertezze applicative. Ad ogni modo, sulle interferenze tra disciplina del trasferimento di azienda e quella delle riduzioni del personale R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1821 e ss. osservano correttamente come *il passaggio al nuovo titolare dei lavoratori addetti al ramo ceduto a prescindere dal loro consenso e l'applicazione automatica della disciplina collettiva del cessionario in luogo di quella precedentemente applicata, risulta altresì sintonica all'interesse del cedente di liberarsi agevolmente del fattore umano relativo al segmento aziendale ceduto, senza faticose trattative e senza affrontare i costi del licenziamento collettivo*.

Ne deriva che persiste una oggettiva e conclamata difficoltà dell'interprete nel mettere a fuoco i contorni della fattispecie giuslavoristica del ramo di azienda, probabilmente da spiegare alla luce della natura assai cangiante, e quindi anche inafferrabile, dell'interesse prevalente che l'ordinamento, con questo istituto, intende tutelare[1178].

## 3. Metodo sussuntivo (nell'ordinamento multilivello) e scomposizione della fattispecie "ramo di azienda".

Pur consapevoli dei rischi derivanti dall'approccio eccessivamente formalistico che può connotare il metodo sussuntivo[1179], ed anche convinti che la sistemazione definitiva di questa fattispecie postula necessariamente una migliore focalizzazione dell'interesse primario ad essa sotteso (il collegamento del rapporto di lavoro con l'attività produttiva o con il datore di lavoro?), lo scopo del presente saggio è più che altro quello di offrire un contributo alla ricostruzione della fattispecie del ramo di azienda anzitutto muovendo dalla scomposizione analitica dei suoi requisiti costitutivi: l'attività economica organizzata, il requisito della sua autonomia funzionale e, infine, la questione della eventuale preesistenza presso il cedente dell'oggetto della cessione (e, cioè, dell'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata). Onde

---

[1178] Può essere emblematico, solo per fare un esempio, notare la separazione dei percorsi argomentativi seguiti dalla giurisprudenza allorquando si tratta di definire la fattispecie del ramo di azienda nell'ambito dei fenomeni di esternalizzazione (in presenza di un'azione giudiziale che sovente tende a contrastare l'effetto del passaggio del rapporto di lavoro al cessionario) e di cambio appalto (in presenza di un'azione giudiziale che, all'opposto della precedente, tende invece al riconoscimento del diritto del lavoratore al passaggio del rapporto al cessionario/appaltatore subentrante). Emblematico al riguardo l'approccio della giurisprudenza ai casi di cessione di ramo di azienda prevalentemente connotati da elementi personali. La Cassazione ha difatti ritenuto applicabile l'art. 2112 cod. civ. in un caso di cambio appalto laddove il compendio ceduto resti immutato *nell'attitudine all'esercizio dell'impresa* ed affermato, con riferimento ai servizi ausiliari presso le strutture sanitarie regionali, che *deve considerarsi trasferimento d'azienda anche l'acquisizione di un complesso stabile organizzato di persone quando non occorrono mezzi patrimoniali per l'esercizio dell'attività economica* (cfr. Cass. n. 7121 del 2016). Per altro verso sempre la Suprema Corte, nell'ambito di un processo di esternalizzazione, ha affermato che non ricorrono *i presupposti di configurazione di un ramo di azienda per il trasferimento di un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili*, stante *l'accertata insussistenza del trasferimento di un know how individuabile in una particolare specializzazione del personale trasferito (anzi esclusa)* (cfr. Cass n. 1769 del 2018).

[1179] Il metodo sussuntivo, come noto, conduce ad applicare la norma solo se, all'esito di un giudizio teoricamente rigido, vi è piena corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta (sul metodo sussuntivo come espressione di sillogismo aristotelico, C. TURCO, *Diritto Civile I*, Torino, 2014, pp. 15 e ss.). Ragionamenti ancora oggi di piena attualità sulla rigidità formalistica di tale meccanismo si possono leggere in L. MENGONI, *Le ragioni del diritto. Teoria ed esperienze applicative*, in *Scritti I*, *Metodo e Teoria Giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi), Milano, 2011, pp. 6 e ss. per il quale il ricorso a "*processi logico-formali analoghi al calcolo matematico non è più sostenibile in una società disomogenea come quella attuale*". Ma anche L. NOGLER, *Metodo Tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, I, pp. 182 e ss.; Id., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pp. 107 e ss. per il quale il metodo sussuntivo *presenta il vantaggio di semplificare il giudizio qualificatorio, riducendolo in sostanza ad un'operazione meccanica di sovrapposizione ...al prezzo di gravi svantaggi* quali *un'estrema rigidità del giudizio e la rimozione del momento valutativo che è intrinseco nel passaggio dal livello fattuale a quello normativo.* Sul metodo tipologico come alternativa al metodo sussuntivo, R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1966, pag. 805. Diversamente dal metodo sussuntivo, il metodo tipologico *introduce una componente finalistica nella valutazione, orientata in senso teleologico più che sillogistico e permette di legittimare situazioni operative frequentissime nella prassi, che pur non essendo identiche, sono accomunate da somiglianze di fondo*, secondo la ricostruzione operata da P. POLLICE, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino, 2014. Si vedano anche i contributi di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pp. 32 e ss.; G. DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, pag. 788. Convincente a parere di chi scrive l'approccio chiaro e misurato di R. ROMEI, *Tra politica e diritto: rileggendo "Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro,* in *Massimo D'Antona: l'attualità di un pensiero,* a cura di P. Pascucci, Milano, 2009, p. 102, che tende a sfumare la contrapposizione tra metodo sussuntivo e tipologico evidenziando la necessaria presenza, anche nel primo, dell'attività valutativa dell'interprete.

verificarne, per ciascuno di essi, nella complessità dell'ordinamento multilivello, in questa materia ancora più evidente[1180], sia il contenuto astratto che le possibili proiezioni concrete.

## 4. Azienda, ramo di azienda e attività economica organizzata (artt. 2112 e 2082 cod. civ.).

Ai sensi dell'art. 2112, comma quinto, cod. civ., il ramo di azienda è in primo luogo (al pari dell'azienda) "*un'attività economica organizzata*" nella quale il termine "*organizzata*" sta contestualmente a indicare sia un modo di essere dell'attività (che è organizzata, nel senso che consta di più atti tra loro coordinati verso uno scopo) che la necessaria e qualificante esistenza di un'organizzazione strumentale al raggiungimento degli obiettivi che il titolare di quell'attività si è posto (la produzione o lo scambio di beni e servizi)[1181].

Ciò lo si ricava dalla stretta interconnessione esistente tra l'art. 2112 cod. civ. e l'art. 2082 cod. civ. ai sensi del quale, come noto, l'imprenditore è colui che *esercita professionalmente un'attività economica organizzata (al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi).* E, cioè, un'attività che si distingue quella che il lavoratore autonomo deduce nel contratto d'opera (art. 2222 cod. civ.) proprio perché si avvale, strumentalmente, di un *complesso di beni, materiali e/o immateriali, persone e rapporti giuridici* che può essere sinteticamente definito come "organizzazione".

Il punto è che il contenuto di tale organizzazione è intrinsecamente variabile in quanto teleologicamente individuabile solo in funzione dello scopo in concreto perseguito dall'imprenditore con l'attività economica posta in essere. Ciò per dire che se l'organizzazione è quel complesso di beni, persone e rapporti giuridici idoneo ad esprimere una propria capacità produttiva il suo contenuto (più o meno materiale, immateriale e/o personale) va necessariamente definito avuto riguardo alla tipologia specifica di beni e servizi che l'imprenditore intende produrre o scambiare. Ond'è che, per tornare al nostro tema, il contenuto dell'organizzazione che ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. qualifica l'azienda (attività economica organizzata), così come il ramo di azienda, è inevitabilmente destinato a variare in ragione dello scopo concreto perseguito da quell'attività[1182].

---

[1180] Occorre prendere atto che non vi è perfetta coincidenza delle fattispecie tipizzate dal legislatore comunitario e dal legislatore nazionale. La fattispecie del trasferimento d'azienda così come delineata all'art. 2112, comma 5, c.c. non è difatti pienamente sovrapponibile alla medesima fattispecie così come definita dagli artt. 1 e 6 della Direttiva n. 23/2001 allorché, come si vedrà nel testo, l'art. 2112 c.c. definisce il ramo d'azienda come "*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*" mentre l'art. 1, Direttiva n. 23/2001, ponendo l'accento sulla configurazione del ramo nell'ambito dell'organizzazione del cedente, prevede che debba intendersi come trasferimento di esso "*quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria*". Ancora, risulta particolarmente degno di nota l'art. 6 della medesima Direttiva il quale, lasciando aperti ulteriori dubbi interpretativi, devolve agli Stati Membri il compito di adottare dei provvedimenti idonei a tutelare la rappresentanza dei lavori trasferiti "*qualora l'impresa, lo stabilimento o la parte di un'impresa o di uno stabilimento non conservi la propria autonomia".*

[1181] Sulla definizione di attività economica organizzata: R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1829 e ss. secondo i quali l'attuale formulazione del 5o co. dell'art. 2112 cod. civ, contenente l'esplicita allusione all' "attività*", consente di allentare ogni vincolo con il testo dell'art. 2555 c.c. e con il riferimento al complesso di beni organizzati dall'imprenditore (con tutto il carico di materialita` normalmente da questi ultimi evocato);* richiamando, piuttosto, *la definizione dell'art. 2082 c.c., purche´ tale attivita` si svolga nel contesto di una "organizzazione produttiva*". Nello stesso senso: R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo*, op cit., pp. 571 ss nonché G. SANTORO PASSARELLI, op.cit., pp. 11 e ss . R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, op. cit., pp. 343 e ss. pone invece l'attenzione sulla nozione di attività economica organizzata intesa principalmente *come insieme di mezzi organizzati*. *Pone l'accento sull'elemento dell'organizzazione dei mezzi* G. CASIELLO, op. cit., pp. 703.

[1182] Seppur ancora oggi la nozione di impresa ai sensi dell'art. 2082 cod. civ. debba ritenersi tutt'altro che pacifica, la dottrina sembra aver trovato un punto di arrivo nel considerarla come fattispecie di comportamento, qualificata per mezzo dei requisiti della

Si tratta, a ben vedere, di un'acquisizione largamente condivisa dal prevalente orientamento giurisprudenziale che, sia a livello nazionale che comunitario, tende di conseguenza a ribadire come il ramo di azienda abbia un contenuto industriale (*rectius* un'organizzazione) necessariamente variabile in ragione del tipo di produzione cui è funzionale e, persino (la precisazione non è affatto secondaria) del metodo di produzione[1183].

Nella medesima logica sono da intendere quelle condivisibili pronunce per le quali, tenuto conto delle caratteristiche concrete dei beni o servizi prodotti, "*può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare know how*"[1184].

## 5. L'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata.

Quanto detto aiuta a chiarire il contenuto della fattispecie "azienda" nell'art. 2112 cod. civ. (perché spiega il ridimensionamento, nella prospettiva giuslavoristica, della portata "materializzante" dell'art. 2555 cod. civ.) ma non è certamente sufficiente per inquadrare la fattispecie, sempre giuslavoristica, del "*ramo di azienda*". Ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., infatti, il prerequisito[1185] indispensabile di quella fattispecie, cui l'ordinamento riconduce l'effetto della cessione dei

professionalità ed economicità, che si materializza in un insieme complesso di atti funzionalmente collegati verso uno scopo (cosiddetta "attività") ed esercitati tramite un'organizzazione che essa stessa crea. Per il dibattito sul punto, si vedano i contributi di: M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002, pp. 127 e ss; F. GALGANO, *L'imprenditore,* Bologna, 1986, pag. 88; G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, pp. 109 e ss., cui si deve la definizione di impresa come "fattispecie di comportamento"; dello stesso Autore, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, pp. 591 e ss.; M. CASANOVA, Impresa e azienda, in Trattato di diritto civile, a cura di Vassalli, Torino, 1974, pp. 63-66; N. JAEGER, *Note critiche sull'inizio dell'impresa commerciale*, in *Riv. Soc.*, 1966, pag. 756. Sulla stretta correlazione tra l'art. 2112 cod. civ. e l'art. 2082 cod. civ., si consenta il richiamo al contributo di G. SANTORO PASSARELLI, op.cit., pp. 11 e ss. secondo cui *la nuova formulazione dell'art. 2112, comma 5, c.c. stabilisce che oggetto del trasferimento sia un'attività economica organizzata. […] interpretata alla luce della definizione di impresa contenuta nella direttiva.* Nello stesso senso, R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1829 e ss., nonché R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo*, op cit., pp. 571 ss.

[1183] In tal senso è orientata anche la Corte di Giustizia laddove rileva che, per determinare la conservazione dell'identità del ramo ceduto, *si deve prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi materiali al momento del trasferimento, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Questi elementi, tuttavia, sono soltanto aspetti parziali di una valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere valutati isolatamente* (cfr. CGUE, sentenza del 9 settembre 2015 nella causa C-160/14). Nello stesso senso: CGUE, sentenza del 12 febbraio 2009 nella causa C-466/07,

[1184] Sul punto, si veda la recente pronuncia della Corte Suprema n. 1769 del 2018 che, relativamente alla cessione di una linea composta da informatori medico – scientifici, ha ritenuto non configurabile il trasferimento di ramo di azienda *se non viene trasferito un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili.* Know how che la Corte si spinge ad individuare anche con riferimento alla particolare specializzazione del personale trasferito. Il riferimento al know how sembra invece più correttamente riferito al gruppo di lavoro ed ai relativi modello di organizzazione in Cass. n. 1316 del 2017. Nello stesso senso, Cass. n. 11832 del 2014 la quale, sempre con riferimento ad una cessione di ramo di azienda a contenuto prevalentemente personale, ha escluso si potesse configurare la cessione di ramo d'azienda in quanto *non si trattava di un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa fosse assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare "know how".*

[1185] In tal senso, qualificano l'autonomia funzionale come prerequisito indispensabile della fattispecie, Cass. n. 22005 del 2017, Cass. n. 1316 del 2017; Cass. n. 17366 del 2016; Cass. n. 8210 del 2014.

contratti di lavoro dal cedente al cessionario (art. 2112 cod. civ.), prima ed oltre la questione della preesistenza del ramo ceduto, è quello *dell'autonomia funzionale* del compendio ceduto[1186].

Ne offre una nozione chiara, ma a parere di chi scrive eccessivamente piegata al contenuto della fattispecie concreta considerata, la giurisprudenza comunitaria nella misura in cui intende l'autonomia funzionale come riferita "*ai poteri riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori di organizzare il lavoro*"[1187].

Il punto, a bene vedere, è che quella nozione di "autonomia funzionale", per quanto logicamente corretta, e con alcune precisazioni anche condivisibile (vedi *infra* al n. 5.1; 5.2; 5.3), può essere soddisfacente solo nei contesti organizzativi, non importa se a basso (servizi di pulizia) o alto (servizi informatici) valore aggiunto, per i quali l'elemento personale (il lavoro dell'uomo) assume un contenuto preponderante (rispetto ai beni materiali, ad esempio) nella qualificazione dei contenuti dell'attività economica organizzata. Potendo l'organizzazione del lavoro, di conseguenza, assurgere ad oggetto principale, se non proprio esclusivo, di valutazione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo di azienda.

In verità, se l'attività economica è organizzata in vista del conseguimento di un obiettivo che richiede necessariamente anche un significativo apporto di beni e attrezzature materiali e/o immateriali (ad esempio, reti informatiche e software) è evidente che l'autonomia funzionale del ramo di azienda dovrà essere apprezzata non solo, come si legge nella giurisprudenza comunitaria, per una certa completezza della composizione della linea gerarchica delle risorse umane applicate ma anche, più in generale, per la presenza, nell'ambito del compendio oggetto di cessione, di una certa completezza degli ulteriori elementi (materiali e/o immateriali) essenziali del ciclo produttivo.

Da questo punto di vista va condiviso il principio giurisprudenziale per il quel non può costituire un ramo di azienda l'assemblaggio di frammenti del processo produttivo privi dell'autonomia necessaria alla produzione di beni e servizi[1188]. I beni e rapporti oggetto di cessione, per dirla in altri termini, devono presentare tra loro un rapporto di interdipendenza che li qualifichi,

---

[1186] Sul requisito dell'autonomia funzionale, si veda il contributo di R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1832 e ss. i quali sostengono che per autonomia funzionale debba intendersi una *coesione funzionale e organizzativa dell'attività ceduta, ma non anche una autonomia gestionale o amministrativa, ne´ una indipendenza economico-commerciale o un'assoluta autonomia del risultato produttivo. Ciò che rileva è che il segmento aziendale separato dall'originaria organizzazione aziendale sia in grado di funzionare autonomamente e di produrre beni o servizi*. Difatti una *concezione del carattere quasi ontologico e comunque immutabile del ciclo produttivo* potrebbe indebitamente comprimere la nozione di autonomia funzionale, la quale si caratterizza invece per essere *mutevole e aperta alle più diverse opzioni organizzative, come tale ampiamente suscettibile di operazioni di disaggregazione in segmenti "funzionalmente autonomi"*. Nello stesso senso, R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda*, op cit., pp. 571 e ss. Contra, si vedano i contributi di P. TOSI, op. cit., pp. 1950 e ss. nonché C. CESTER, op. cit., pp. 87-92, come si vedrà più nel dettaglio in seguito.

[1187] CGUE sentenza del 6 settembre 2011, C-108/2010. Ciò nel senso che "l'entità economica deve anteriormente al trasferimento godere di un'autonomia funzionale sufficiente, laddove la nozione di autonomia si riferisce ai poteri, riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori considerato, di organizzare in modo relativamente libero e indipendente il lavoro in seno a tale gruppo e, più specificamente, di impartire istruzioni e distribuire compiti ai lavoratori e ciò senza intervento diretto di altre strutture del datore di lavoro" CGUE sentenza del 6 marzo 2014, C-458/2012. Per la giurisprudenza interna si veda Cass. n. 10926 del 2014; Cass. n. 22125 del 2006.

[1188] Tra le altre, Cass. n. 11832 del 2014.

unitariamente considerati, in funzione dell'erogazione di un servizio chiaramente individuato e distintamente apprezzabile sul piano economico[1189].

Il difficile, pur condividendo che il complesso ceduto per integrare la fattispecie del ramo di azienda ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. non può "*rappresentare il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale*"[1190], è più che altro capire quale sia, in concreto, il livello di autonomia produttiva che il complesso di beni, persone e rapporti di giuridici (l'organizzazione) deve esprimere e, cioè, quando quel complesso organizzato di cose, contratti e persone può essere considerato idoneo all'esercizio dell'impresa (e, quindi, alla produzione di beni e servizi).

### 5.1. segue: il ramo di azienda e l'autonomia funzionale "relativa" degli ordinamenti non originari.

Il problema, per scendere più nel dettaglio, è quello di sapere se la fattispecie del "ramo di azienda" richiede che sia configurabile una "*piccola azienda*", secondo una plastica e suggestiva definizione della Corte di Cassazione che lascerebbe intendere la necessità di una completa autonomia del compendio[1191], o se, invece, diversamente, si possa fissare la soglia dell'autonomia funzionale del ramo ad un livello inferiore che imponga la presenza dei soli elementi strettamente essenziali del ciclo produttivo. Di modo che l'autonomia dell'entità ceduta debba essere obiettivamente apprezzabile, pur dovendosi tenere conto della sua destinazione che, normalmente, è quella di essere integrata nell'organizzazione del cessionario[1192].

La seconda opzione interpretativa è, a mio avviso, largamente preferibile[1193].

In primo luogo va detto che ad enfatizzare l'autonomia funzionale del ramo sino al punto di pretendere che si tratti di una piccola azienda autosufficiente si finisce, paradossalmente, per negare l'esistenza stessa della fattispecie giacchè l'articolazione di un'impresa non potrà mai avere l'autonomia propria dell'impresa complessivamente considerata[1194].

---

[1189] Cass. n. 4601 del 2015.

[1190] Per tutte Cass. n. 17207 del 2002; Cass. n. 15105 *del 2002.*

[1191] Tra le altre, Cass. n. 206 del 2004; Cass. n. 17207 del 2002; Cass. n. 15105 del 2002. Sul punto, si consenta il richiamo al contributo di P. TOSI, op. cit., pp. 1950 e ss. il quale, rifacendosi al summenzionato filone giurisprudenziale, riprende una definizione di autonomia funzionale risalente alla pronuncia della Suprema Corte n. 206 del 2004 tale per cui l'autonomia funzionale deve presentarsi *come una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo, e che non deve rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale*. Nello stesso senso, tale per cui l'autonomia funzionale del ramo ceduto deve ravvisarsi non solo sul piano produttivo ma estendersi anche al piano gestionale ed organizzativo, si veda C. CESTER, op. cit., pp. 87-92 nonché G. SANTORO PASSARELLI, op. cit., pp. 122 e ss.

[1192] Cass. n. 10128 del 2014.

[1193] In tal senso, P. LAMBERTUCCI, *Modifica all'art. 2112, comma 5,* op. cit., pag. 35 nonché G. SANTORO PASSARELLI, op. cit., pp. 17 e ss. Relativamente alla possibilità d'integrare il ramo d'azienda una volta ceduto, per questo Autore la *parte d'impresa può essere connessa, a seguito del trasferimento al resto dell'organizzazione del cessionario ma non può essere smembrata o frammentata, altrimenti verrebbe meno la possibilità di conservare l'identità dell'entità economica. In altre parole, nel caso del trasferimento di parte dell'impresa il cessionario può integrarla nella restante organizzazione di cui è titolare ma non frammentarla.*

[1194] E, comunque, anche per pregiudicare fortemente la ratio di fondo della disciplina in questione (il cui scopo, non va dimenticato, è pur sempre quello di garantire un legale tra il rapporto di lavoro ed il contesto produttivo ove l'attività lavorativa è prestata). Distingue il concetto di autonomia da quello di autosufficienza A. BOSCATI, op. cit.

Per altro verso, ricordato che per la direttiva comunitaria 23/2001 l'autonomia del ramo di azienda ceduto potrebbe indistintamente essere conservata, o no, dal cessionario[1195], la stessa giurisprudenza comunitaria ha, da un lato, confermato che il cessionario deve essere in grado di procedere (successivamente alla data del trasferimento) agli adeguamenti e cambiamenti necessari alla continuazione dell'attività[1196], e, dall'altro, proprio al fine di evitare le conseguenze pregiudizievoli (per i lavoratori) di un'eccessiva restrizione della fattispecie, ha precisato che la configurabilità del ramo di azienda postula l'esistenza di un nesso funzionale di interdipendenza e complementarietà tra i fattori dell'organizzazione in modo che l'organizzazione, "*anche se integrata*", possa consentire al cessionario lo svolgimento di un'attività identica o "*analoga*" a quella svolta dal cedente[1197].

Nel senso che il ramo ceduto possa essere considerato funzionalmente autonomo, se pur successivamente integrato da altri elementi dell'organizzazione del cessionario, si è più volte espressa anche la nostra giurisprudenza interna[1198] con la precisazione, purtroppo assai liquida, che i fattori mancanti non devono essere tali da alterare l'unità economica e funzione del complesso aziendale e che gli elementi ceduti, per le loro caratteristiche ed il loro collegamento funzionale, rendano comunque possibile lo svolgimento di una specifica attività imprenditoriale "*senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario*"[1199].

Se ne può ricavare che il concetto di autonomia del ramo di azienda, per quanto tutt'ora ancora sfuggente, non è da intendere in modo assoluto (come piena autosufficienza) ma relativo. E ciò sia perché nell'azienda cedente quella autosufficienza è sempre e comunque limitata dall'ovvio collegamento che, per definizione, sussiste fra ogni parte dell'impresa, sia perché, per altro verso, analogo collegamento è destinato, normalmente, a riprodursi nell'impresa cessionaria (ma anche, eventualmente, nel mercato per ciò che riguarda le integrazioni che il ramo potrebbe acquisire dall'esterno se destinato ad operare quale entità a sé stante).

L'autonomia funzionale che qualifica il ramo di azienda, in altri termini, può essere considerata relativa nel senso che questo requisito della fattispecie di cui all'art. 2112, comma quinto, cod. civ., può ritenersi soddisfatto anche se il compendio oggetto di cessione, per acquisire un reale e completo livello di autosufficienza produttiva (che, a questo punto, è concetto diverso da quello di autonomia funzionale), deve essere integrato (prima da servizi e strutture del cedente non comprese nel ramo e, poi, da quelle del cessionario).

Senza voler ingigantire la questione oltre il necessario, l'autonomia funzionale relativa che qui si teorizza può essere considerata una proiezione confermativa del ben più alto principio per il quale quando un ordinamento è costituito in base ad un altro ordinamento superiore (il cosiddetto

[1195] Con ciò risolvendosi ogni residuo dubbio circa la facoltà del cessionario di rimodulare il perimetro e l'organizzazione del ramo successivamente alla sua acquisizione. La direttiva 23/2001 contempla infatti l'ipotesi in cui l'entità economica oggetto di cessione conservi (art 6, commi 1) o meno (art 6, commi 4) la propria autonomia al momento della cessione e, cioè, l'ipotesi in cui compendio venga ceduto per essere poi significativamente adattato e integrato nella struttura (decisionale, organizzativa e financo produttiva) del cessionario. Quindi, anche completato di elementi esterni al suo perimetro. Nel senso che è necessario che sia conservata la struttura organizzativa specifica esistente presso il cedente di veda M. NOVELLA, op. cit., pp. 603 e ss.
[1196] CGUE sentenza del 27 aprile 2017, nelle cause riunite C-680/2015 e C-681/2015.
[1197] CGUE, sentenza del 9 settembre 2015, nella causa C-160/2014.
[1198] Si veda anche Cass. n. 17207 del 2002; Cass. n. 10993 del 1995; Cass. n. 123 del 1990; Cass. n. 5871 del 1981.
[1199] Cass. nn. 1769 del 2018; 11247 del 2016.

ordinamento originario), i due ordinamenti restano in connessione tra loro senza che si possa parlare di una "*vera e propria medesimezza".* Da qui la possibilità che per l'ordinamento non originario, quello derivato, "*ricorrano gli estremi dell'autonomia, la quale, si noti bene, implica una indipendenza che però non è necessario sia assoluta, ma tollera tutta una serie di gradazioni*"[1200].

### 5.2. segue: autonomia funzionale (relativa) del ramo ed elementi essenziali (personali, materiali e immateriali) del ciclo produttivo.

Nella prospettiva dell'autonomia funzionale "relativa" ora tracciata ciò che per la giurisprudenza sembra rendere funzionalmente autonomo il ramo di azienda è l'esistenza di elementi (persone e/o beni e/o rapporti giuridici) che, tra loro interconnessi, esprimono una capacità produttiva con riferimento ad una determinata tipologia di beni e servizi[1201]: la capacità di essere complessivamente strumentali, proprio grazie al loro collegamento (il cui contenuto è in concreto impresso dall'imprenditore cedente ed esprime un dato modello organizzativo[1202]), ad un tipo di attività imprenditoriale che il cessionario, con misurate ma non meglio precisate integrazioni, può proseguire con contenuti identici o anche solo analoghi[1203].

Ond'è che se il ramo di azienda deve esprimere la "*capacità di provvedere ad un determinato scopo produttivo*" ma può a tal fine essere integrato, se pur in modo non rilevante ("*senza integrazioni di rilievo*")[1204], si potrebbe (e forse dovrebbe) ulteriormente esplicitare, proprio al fine di chiarire meglio quale sia il confine del "rilevante", che il frammento di un'attività economica organizzata può essere qualificato alla stregua di un "ramo di azienda", perché connotato da autonomia funzionale, se al suo interno sono presenti gli elementi essenziali del ciclo produttivo e, cioè, gli elementi (personali e/o materiali) direttamente strumentali al tipo di specifica e concreta attività imprenditoriale di cui il ramo di azienda vuole essere strumento.

Con ciò tendenzialmente allineando la nozione di autonomia che qualifica il ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.) a quella che, almeno per parte della giurisprudenza, contraddistingue la (diversa e, forse, non meno travagliata[1205]) fattispecie dell'unità produttiva (art. 35 della legge n. 300 del 1970)[1206].

---

[1200] S. ROMANO, *Autonomia,* in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 16.

[1201] La capacità del ramo di azienda di "*provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi*" e quindi "*di svolgere il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione*", per Cass. nn. 1769 del 2018 e 1316 del 2017.

[1202] Un "*metodo di produzione o di gestione*", anch'esso rilevante per la valutazione degli elementi qualificanti del ramo di azienda, per usare la terminologia di CGUE C-160/2014.

[1203] In questo, soprattutto CGUE, sentenza del 9 settembre 2015, nella causa C-160/2014.

[1204] Per tutte si veda Cass. nn. 1769 del 2018 e 1316 del 2017.

[1205] Interessante l'evoluzione della nozione di unità produttiva anche nell'ambito della disciplina degli ammortizzatori sociali (art. 4, d.lgs 148/2015) ove con la circolare n.9/2017 l'INPS ha ritenuto che l'unità produttiva si caratterizza l'organizzazione autonoma e, cioè, per *lo svolgimento nelle sedi, stabilimenti, filiali e laboratori distaccati, di un'attività idonea a realizzare l'intero ciclo produttivo o una sua fase completa, unitamente alla presenza di lavoratori in forza in via continuativa*.

[1206] Ed infatti, con riferimento all'autonomia dell'unità produttiva (art. 35 delle legge n. 300 del 1970) la giurisprudenza ha giustamente precisato che "*non è indispensabile che nella singola unità, perché possa qualificarsi come autonoma, debbano essere riprodotte tutte le strutture organizzative dell'intera azienda, essendo invece sufficiente che in esso si realizzassero condizioni imprenditoriali attraverso l'utilizzo di un complesso di beni organizzato - tali da esaurire ivi una frazione o un momento del ciclo produttivo".* Interessante anche notare come per questa giurisprudenza l'autonomia dell'unità produttiva *non postula necessariamente l'esistenza di un soggetto ad essa preposto dotato di poteri rappresentativi …e non rileva neppure la sussistenza di una unitaria direzione aziendale. Poiché la realizzazione di un medesimo risultato può essere scomposta in una pluralità di fasi (id est esecuzione di lavori), ciascuna realizzata da un diverso complesso organizzativo,* Cass. n. 21714 del 2012. L'orientamento giurisprudenziale è stato accolto e confermato anche dal

### 5.3. segue: autonomia funzionale e organizzazione gerarchica del lavoro.

In questa prospettiva che tende a perimetrare il contenuto minimo del ramo di azienda tramite il concetto della "diretta strumentalità" di cui ora si è detto dovrebbero, anzitutto, risultare indifferenti alla fattispecie (perché incedibili da parte del cedente e destinati ad essere integrati dal cessionario) i centri decisionali strategici, o comunque superiori, cui la guida operativa del ramo di azienda deve relazionarsi, sia presso il cedente che presso il cessionario, onde partecipare armoniosamente al più ampio disegno organizzativo e produttivo dell'intera impresa.

Qualsiasi parte di azienda non può che rispondere al titolare dell'attività economica organizzata complessivamente intesa (all'imprenditore) e partecipa ad un'organizzazione gerarchica piramidale (art. 2086 cod. civ.) che persegue un fine eccedente quello dei singoli "rami" di cui l'attività economica organizzata si può comporre.

Se, come detto, l'autonomia del ramo di azienda corrisponde all'autonomia, ben graduata e graduabile per contenuti e intensità, degli ordinamenti non originari[1207] va coerentemente detto che la tendenziale uniformità dei processi economico-organizzativi (a partire da quelli relativi alla gestione finanziaria, alla articolazione dei conti economici ed alle tecniche di gestione del lavoro) decisa dall'imprenditore per l'intero perimetro della sua organizzazione (l'ordinamento sovraordinato) nulla ha a che vedere con l'autonomia funzionale dei rami che possono comporre l'azienda (gli ordinamenti derivati).

L'unico centro decisionale rilevante per la fattispecie del ramo di azienda che qui si considera, semmai, è, e deve restare, quello operativamente riferito alle sue specifiche attività e, di conseguenza, all'organizzazione (se pur nella prospettiva di dare attuazione ad un programma da altri definito) delle persone, dei beni (materiali e immateriali) e dei servizi strumentali al circoscritto fine imprenditoriale perseguito da quella specifica articolazione dell'impresa.

Per dirla con le parole dei giudici comunitari, che sembrano in questo modo voler puntare il requisito dell'autonomia proprio alla sfera operativa delle attività del ramo, quella per l'appunto riconducibile al funzionamento del suo ciclo produttivo essenziale, la nozione di autonomia *si riferisce ai poteri, riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori considerato, di organizzare in modo relativamente libero e indipendente il lavoro in seno a tale gruppo e, più specificamente, di impartire istruzioni e distribuire compiti ai lavoratori e ciò senza intervento diretto di altre strutture del datore di lavoro*"[1208] e, cosa ancora più rilevante, non può essere messa in discussione

---

Ministero del Lavoro con l'interpello del 13/06/2006, Prot. n. 25/I/0000497, secondo cui: "*Nel silenzio della norma, il concetto di "unità produttiva" (art. 35, L. n. 300/1970) deve essere ricavato con riferimento al consolidato orientamento giurisprudenziale (di legittimità e costituzionale) che considera tale qualsiasi articolazione autonoma dell'impresa, che sia idonea ad espletare, in tutto o in parte, l'attività di produzione di beni o di servizi costituente l'oggetto sociale aziendale e quindi che risulti dotata, oltre che della necessaria autonomia, anche di tutti gli strumenti sufficienti e necessari allo svolgimento della funzione produttiva dell'impresa*". Sul rapporto tra autonomia dell'unità produttiva e del ramo di azienda C. CESTER, *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro,* op. cit., p. 509.

[1207] S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 17.

[1208] CGUE sentenza del 6 marzo 2014, C-458/2012; CGUE sentenza del 6 settembre 2011, C-108/2010. Nella giurisprudenza interna "*elemento dell'organizzazione intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni e servizi ben individuabili*" (Cass. n. 10926 del 2014; Cass. n. 22125 del 2006).

dal fatto che il datore di lavoro imponga a tale gruppo di lavoratori obblighi precisi e eserciti, pertanto, un'ampia influenza sull'attività del medesimo[1209].

Può essere emblematica, per dare una proiezione applicativa di quanto si vuole dire, la fattispecie concreta della filiale di una banca[1210], comprensiva della sua organizzazione gerarchica del lavoro, al pari di quella (forse più incerta) dell'aeromobile ceduto con il suo equipaggio[1211]. Entità organizzative qualificate (o qualificabili) alla stregua di rami di azienda, pur esprimendo un'autonomia meramente operativa che il responsabile del gruppo di persone coinvolto (il direttore di filiale piuttosto che il comandante) esercita nell'ambito di regole e procedure definite ad un livello decisionale superiore.

### 5.4. segue: autonomia funzionale e servizi accessori.

Sempre nella prospettiva del principio della "diretta strumentalità" non dovrebbero concorrere alla qualificazione dell'autonomia funzionale del ramo di azienda i servizi meramente accessori rispetto al ciclo produttivo del compendio e, cioè, quei servizi trasversali – perché funzionali ad una pluralità differenziata di attività economiche (servizi del personale, legali, contabili, ecc..) - che non qualificano l'attività produttiva del ramo di azienda ma, più semplicemente, la sostengono dall'esterno.

Si tratta, infatti, di servizi solo mediatamente connessi all'oggetto produttivo del compendio che, a loro volta, possono essere espressione di un autonomo e ben distinto ciclo produttivo e che, almeno per parte significativa, potrebbero anche essere acquistati da fornitori esterni. Servizi, per dirla in altri termini, che devono rispondere al centro decisionale operativo del ramo ma che non entrano a fare parte del suo ciclo produttivo essenziale.

Non è importante, per entrare nel vivo della casistica giurisprudenziale, che il ramo ceduto sia privo delle strutture che contribuiscono all'organizzazione del lavoro, ad esempio rilevando le presenze e giustificando le assenze[1212], perché queste strutture non qualificano in alcun modo il ciclo produttivo ma, piuttosto, lo sostengono dall'esterno affiancando il vertice operativo[1213].

Per altro verso, non sembra invece possibile ritenere che la fattispecie sia configurata quando il compendio sia stato ceduto, ad esempio, senza i sistemi informatici che ne avevano consentito il funzionamento presso il cedente giacchè in mancanza di essi il resto dei beni che compongono il

[1209] Esattamente in questi termini, CGUE sentenza del 6 settembre 2011, C-108/2010. Non sembra coerente con questi principi quanto si legge in Cass. n. 1316 del 2017 nella parte in cui viene enfatizzata, per comprovare l'assenza di autonomia organizzativa del ramo, la gestione centralizzata, anche dettagliata, delle procedure operative. Per R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1828 e ss. è richiesta *una coesione funzionale e organizzativa dell'attività ceduta ma non anche una autonomia gestionale o amministrativa, ne´ una indipendenza economico-commerciale o un'assoluta autonomia del risultato produttivo*.

[1210] Cass. n. 18258 del 2014; n. 13726 del 2007.

[1211] CGUE 9 settembre 2015, C 160-2014, che riguarda il passaggio di quattro aeromobili avvenuto contestualmente all'assunzione di alcuni dipendenti ed alla acquisizione di alcune apparecchiature di ufficio.

[1212] Requisiti invece valorizzati, in modo a parere di chi scrive non convincente, da Cass. n. 1316 del 2017 che mette in discussione l'esistenza di autonomia funzionale perché il ramo di azienda operava secondo procedure definite a livello centralizzato così come centralizzati erano i processi di gestione delle spese per trasferte e rimborsi. Ciò pur avendo la medesima sentenza, da questo punto di vista correttamente, evidenziato come l'autonomia funzionale del ramo fosse carente perché la cessione non aveva riguardato i programmi informativi necessari per lo svolgimento dell'attività ceduta (e rimasti nella disponibilità del cedente).

[1213] In altri termini, si tratta servizi la cui assenza è del tutto irrilevante se nel ramo sono comunque presenti i centri decisionali operativi essenziali. In senso diverso Cass. n. 8210 del 2014 che ha escluso l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. *in quanto il segmento ceduto erta composto da un nucleo privato di ogni funzione decisoria e diversa da quella meramente operativa.*

compendio non è in grado di esprimere alcuna capacità produttiva[1214]. È ciò, ovviamente, per guardare anche la componente personale o comunque più immateriale dell'organizzazione, vale anche per quanto riguarda le professionalità ed il *know how* essenziali, perché direttamente strumentali, al completamento del ciclo produttivo del ramo di azienda.

## 6. Il requisito della "preesistenza" del ramo di azienda nella fattispecie di diritto interno e in quella comunitaria.

È noto che con l'entrata in vigore dell'art. 32, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 l'art. 2112 cod. civ. (nel testo all'epoca risultante all'esito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 18 del 2001) è stato ulteriormente emendato ed il ramo di azienda, che fino a quel momento doveva essere "*preesistente come tale al trasferimento*" e conservare "*nel trasferimento la propria identità*", dalla riforma del 2003 è identificato "*come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*".

L'innovazione legislativa, per quanto ad una prima lettura chiara, non ha sortito gli effetti attesi da chi ne sosteneva (e tutt'ora sostiene) un'interpretazione letterale[1215] ed il requisito della preesistenza del ramo, soprattutto in ragione di quanto previsto dalle fonti comunitarie, ha dunque continuato a trovare ampi riscontri negli orientamenti della giurisprudenza[1216].

Ed in effetti va chiaramente detto, come del resto più volte ricordato dalla giurisprudenza comunitaria[1217], che ai sensi dell'art. 1 della direttiva n. 23 del 2001 è considerato trasferimento di azienda quello che ha ad oggetto un'entità economica "*che conserva la propria identità*" (e che, dunque, esiste anche prima del trasferimento) e che sia dotata di una forma di autonomia che può essere conservata o meno dal cessionario per effetto del trasferimento (art. 6 direttiva 23/2001). Con ciò risultando comunque confermato l'elemento della preesistenza giacchè il tema della conservazione o no, sia dell'identità (art. 1, direttiva 23/2001) che dell'autonomia (art. 6, direttiva 23/2001) del ramo, postula, necessariamente, la preesistenza del compendio ceduto presso il cedente.

Ciò non di meno sempre per la Corte di Giustizia "*l'art. 1, paragrafo 1, lett. a) e b), della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, ..., deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale…, la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento*"[1218].

---

[1214] Cass. n. 19034 del 2017; Cass. n. 1316 del 2017; Cass. n. 8210 del 2014. Il caso concreto sotteso alla prima delle due sentenze citate è lo spunto per le riflessioni di M. NOVELLA, op. cit. In senso diverso si è invece espresso Trib. Roma, 5 marzo 2017, cit., che sembra ridimensionare la circostanza che il cessionario abbia continuato ad operare facendo uso dei sistemi informatici della cedente.

[1215] P. TOSI, op. cit., pp. 1950 e ss.

[1216] Sul requisito della preesistenza, si veda: G. SANTORO PASSARELLI, op. cit., pp. 18 e ss. per il quale *il requisito della preesistenza dell'articolazione autonoma, previsto dal legislatore del 2001 era sicuramente utile a scoraggiare pratiche elusive delle parti ma logicamente non aggiungeva nulla alla autonomia dell'articolazione. Infatti un'articolazione per essere funzionalmente autonoma al momento del trasferimento deve essere necessariamente preesistente. Perciò sotto il profilo dell'autonomia dell'articolazione, l'art. 32 riferito al trasferimento di parte dell'azienda, nonostante la diversità di formulazione, non può essere interpretata con un significato diverso da quello della disposizione precedente*". Contra, R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1834 e ss.

[1217] CGUE, 6 marzo 2014, C-458/12; CGUE, 6 settembre 2011. C-108/10.

[1218] CGUE, 6 marzo 2014, C-458/12; Cass. n. 4601 del 2015.

Ne deriva, pertanto, che il legislatore italiano ben avrebbe potuto escludere il requisito della preesistenza, e quindi ampliare la fattispecie, proprio al fine di rafforzare il legame tra rapporto di lavoro e attività produttiva (piuttosto che con il datore di lavoro cedente attività). Scelta di politica del diritto che sarebbe risultata peraltro razionale alla luce della evoluzione della nozione di motivo economico di licenziamento, individuale e collettivo, di cui sé detto in principio (vedi n. 2).

Ciononostante per l'orientamento prevalente della Cassazione ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. il ramo di azienda è un'entità che conserva la propria identità nel trasferimento e ciò presuppone "*una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente*"[1219].

L'orientamento maggioritario, in altri termini, ribadisce che la fattispecie di diritto interno presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma con la conseguenza che il ramo di azienda non può essere identificato come tale in occasione del trasferimento dalle parti nel negozio traslativo[1220] perché non potrebbe essere nel trasferimento "conservato" quel che non c'è[1221] e perché non sarebbe consentito all'autonomia privata del cedente e del cessionario disporre degli effetti inderogabili dell'art. 2112 cod. civ[1222].

Il legislatore italiano, dunque, con la riforma del 2003 non sarebbe intervenuto, pur teoricamente potendo, con il fine di allargare l'ambito della fattispecie comunitaria della cessione di ramo giacché, si legge espressamente nella giurisprudenza, la legge delega n. 30 del 2003 aveva delegato il governo a rivedere l'art. 2112 cod. civ. con il fine di completare l'adeguamento della disciplina interna a quella comunitaria e, quindi, non con l'obiettivo di estenderne la portata[1223].

L'argomentazione, per quanto autorevole, è sinceramente poco convincente.

A tacere d'altro, non considera il fatto che l'art. 1, comma 2, lettera p), della legge n. 30 del 2003 delegava il governo ad effettuare la revisione del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18, nel rispetto, tra l'altro, del criterio direttivo della "*previsione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo di azienda nel momento del suo trasferimento*" e, quindi, la legge delega in verità appare compatibile con un intervento del legislatore delegato che per la verifica del requisito dell'autonomia funzionale del compendio aziendale punta l'attenzione, più che su ciò che preesiste presso il cedente, sulla realtà organizzativa prefigurata dalle parti al momento del perfezionamento dell'atto di cessione.

Ond'è che la legge delega sembrava aver proprio delegato al Governo il compito di rivedere, come poi è stato fatto, l'ambito di esercizio dell'autonomia negoziale di cedente e cessionario se pur, bene inteso, con riguardo al solo requisito della preesistenza e senza in alcun modo voler affidare all'accordo di cessione la possibilità di disporre degli effetti che l'art. 2112 cod. civ. ricollega al trasferimento di un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata.

---

[1219] Cass n. 22005 del 2017; Cass. n. 2266 del 2017; Cass. n. 5038 del 2016.
[1220] Cass. n. 1769 del 2018; Cass. n. 8757 del 2014; Cass. n. 20422 del 2012; Cass. n. 8066 del 2011.
[1221] Sul punto anche Cass. n. 21697 del 2009.
[1222] Cass. n. 17366 del 2016. Ma sulla questione della indisponibilità degli effetti da parte dell'autonomia privata si veda quanto precisato più avanti nel testo e anche al punto n. 6.2. che segue.
[1223] Cass. n. 17366 del 2016, ciò in quanto *la normativa nazionale non è stata rimodellata con il fine di allargare l'ambito della fattispecie astratta della cessione di ramo d'azienda rispetto alla nozione adottata in sede comunitaria,* ma avendo come fine dichiarato *il completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria.*

### 6.1. segue: la preesistenza come elemento della fattispecie riconducibile al concetto di "attività economica organizzata" (esistente o esistita).

In verità, a non voler seguire la soluzione argomentativa giurisprudenziale piuttosto forzata di cui qui sopra si è dato conto, il requisito della preesistenza può essere spiegato in tutt'altro modo perché si può ricavare dal fatto che la fattispecie astratta di riferimento, il ramo di azienda, è un'attività ("*attività economica organizzata*") connotata da autonomia funzionale e non, invece, un complesso di beni e persone inerte.

Non si tratta, per dirla altrimenti, di un complesso di elementi solo astrattamente collegati o collegabili tra loro nell'ambito del negozio traslativo che ne determina la circolazione[1224]. Il ramo di azienda, piuttosto, è un'attività esistente, perché viva al momento della cessione o, al limite, esistita, perché cessata e da riprendere[1225], che abbia espresso un livello di autonomia funzionale (vedi *infra* ai nn. 5 e seguenti) oggettivamente dimostrato prima del trasferimento e, proprio per tale ragione, per rafforzare la prospettiva di tutela del lavoratore[1226], preesistente[1227].

### 6.2. segue: i risvolti applicativi della possibile rilettura del requisito della preesistenza sulla costituzione ad hoc del ramo di azienda e sulla sorte dei suoi servizi accessori.

Il che, anzitutto, porta a concludere nel senso che – nei termini qui di seguito specificati - non dovrebbe affatto essere precluso all'autonomia negoziale del cedente e del cessionario qualificare come ramo di azienda una struttura creata *ad hoc* per essere ceduta[1228].

Ciò, bene inteso, a condizione che l'entità individuata dalle parti per essere ceduta sia un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata e non emerga astrattamente dal negozio traslativo contestualmente alla sua efficacia. Essendo invece quanto meno necessario che quell'entità, se pur in esecuzione di un programma negoziale condiviso, sia stata preventivamente oggetto, presso il cedente e per un arco di tempo apprezzabile, di una concreta

---

[1224] Nel senso che non è sufficiente un'idoneità all'esercizio dell'attività di impresa solo teorica o potenziale, Cass. n. 2266 del 2017; Cass. n. 5038 del 2016.

[1225] Si veda la recente pronuncia del Tribunale di Firenze che ha sancito l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. in quanto *l'attività svolta dalle due società è risultata la medesima* ed è *proseguita nei medesimi locali*. Difatti, *il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento d'azienda consiste nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità, la quale risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa (sentenza 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94 e C172/94)*, crf. Tribunale di Firenze, sentenza del 22 marzo 2017. Nello stesso senso, Cass. n. 21481 del 2009: Cass. n. 19740 del 2008.

[1226] M. NOVELLA, op. cit., p. 610, ove si legge che la più efficace tutela del lavoratore si realizza quando egli abbia la possibilità di seguire le sorti di un ramo di azienda di cui sia già stata sperimentata l'idoneità a svolgere un'attività produttiva.

[1227] Interessanti sul punto alcuni passaggi argomentativi in G. SANTORO PASSARELLI, op.cit., pp. 11 e ss. secondo cui *si può affermare ragionevolmente che oggetto del trasferimento non sia più il complesso dei beni potenzialmente idonei all'esercizio dell'impresa, ossia l'azienda inerte, ma l'impresa intesa come organizzazione e attività e più precisamente un'organizzazione in funzione*; A. NICOLUSSI PRINCIPE, op. cit., pp. 175 e ss. secondo il quale l'elemento della preesistenza *impone di testare le caratteristiche della funzionalità dell'azienda o di parte dell'azienda già prima della sua cessione. Non basta dunque la mera capacità potenziale dell'entità oggetto di cessione ad operare come azienda;* C. CESTER, op. cit., p. 264 secondo il quale l'autonomia funzionale di un'attività economica organizzata deve essere valutata relativamente ad *una sua oggettività sussistenza e misurabilità esterna*.

[1228] Nei termini qui proposti l'autonomia negoziale di cedente e cessionario non può affatto disporre degli effetti, inderogabili, che l'art. 2112 cod civ. riconduce solo alla fattispecie in quanto resta ben fermo il principio che giammai il ramo di azienda potrà coincidere con il *nomen iuris* attribuito alle parti all'oggetto del negozio traslativo. Al contrario, resta ben saldo il principio per quale il ramo di azienda deve essere apprezzabile da un punto di vista oggettivo, come ben scrive M. NOVELLA, op. cit., p. 605.

attività imprenditoriale[1229]. Donde abbia concretamente potuto esprimere il livello di autonomia funzionale richiesto dalla legge[1230].

A ragionare in questo modo, del resto, per un verso, si asseconda la finalità di tutela che la disposizione persegue, nella misura in cui il rapporto di lavoro è trasferito al cessionario a condizione che sia parte di un'entità economica che ha in concreto già espresso una sua capacità produttiva, e, per altro verso, affatto secondario, è anche possibile attribuire un senso alla novella del 2003 che ha modificato il testo dell'art. 2112 cod. civ., per l'appunto, prevedendo che il ramo può essere identificato "*come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*".

Sotto un diverso profilo la ridefinizione del contenuto e della portata del requisito della preesistenza qui ipotizzata aiuta anche a risolvere l'annoso dubbio che riguarda la possibilità o meno di ricomprendere nel ramo di azienda ceduto le risorse occupate dal cedente nei servizi accessori al ramo.

Giacchè se è vero quanto sopra detto (vedi sopra al n. 5.4) circa il fatto che i servizi accessori non dovrebbero, in quanto tali, essere considerati come elementi qualificanti del ramo (in ragione della loro natura trasversale e non qualificante il ciclo produttivo del ramo ceduto) è anche vero, d'altro canto, che le risorse prevalentemente dedicate alle attività accessorie di quello specifico ramo ne entrano in qualche modo a fare parte, secondo la logica del requisito della preesistenza, perché la loro attività risulta funzionalmente collegata, in modo prevalente, a quella specifica attività. Ond'è che se quelle risorse sono stabilmente dedicate al ciclo produttivo del ramo oggetto di cessione, almeno per il tempo necessario a soddisfare il requisito della preesistenza, il loro rapporto sembra ragionevolmente destinato a passare alle dipendenze del cessionario ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 cod. civ.

## 7. Il problema della fattispecie del ramo di azienda nella disciplina dei cambi appalto (art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003).

Ai sensi dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, nel testo modificato dall'art. 30 della legge n. 122 del 2016 (in vigore dal 17 marzo 2017), l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa non costituisce trasferimento d'azienda, o di ramo d'azienda, *"ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa*" [1231].

---

[1229] Nella giurisprudenza di merito ci sono pronunce che sembrano contestare tale assunto nella misura in cui affermano che il ramo non sarebbe preesistente se costituito, se pur con anticipo, in vista della cessione o, per dirla altrimenti, costituito a ridosso della cessione. In questo senso Trib. Ravenna 22 gennaio 2013 pubblicata con puntuali e assai convincenti osservazioni critiche di A. BOSCATI, op. cit. Con ampia argomentazione, e consapevolmente discostandosi dall'orientamento della Su-prema Corte, si esprime in questo senso anche Trib. Roma 5 marzo 2018, cit.

[1230] In senso contrario, perché nega del tutto rilevanza al requisito della preesistenza, P. TOSI, op. cit., pp. 1950 e ss. In senso invece vicino a quello esposto nel testo L. MENGHINI, op. cit., pag. 434 per il quale il requisito della preesistenza è una conseguenza del fatto che l'attività economica deve essere in atto, funzionante, giacchè è su questo profilo che si concentrerebbe la tutela dei lavoratori. Soluzione a mio avviso pienamente condivisibile, pur dovendosi aggiungere che anche l'attività cessata, ma concretamente esistita presso il cedente, potrebbe ritenersi preesistente.

[1231] Tra i diversi contributi si veda: A. SITZIA, *Il "subentro" di un nuovo appaltatore dopo la "Legge Europea" 2015-2016,* in *Lavoro nella Giur*., 2017, n. 6; L. A. COSATTINI, *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco meditato*, in *Lavoro nella Giur*., 2016, n. 11; E. MASSI, *Cambio Appalto: le nuove norme*, in *Diritto & Pratica del lavoro*, 2016, n. 42.

Quest'ultima precisazione legislativa, come noto, è stata introdotta all'esito di specifiche indicazioni formulate dalla Commissione europea nell'ambito delle procedure finalizzate a prevenire possibili contrasti con le fonti comunitarie. Ciò in quanto ad avviso dell'autorità comunitaria la precedente formulazione dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 lasciava emergere un dubbio di conformità con la direttiva comunitaria se interpretata nel senso di non considerare alla stregua di un trasferimento di ramo di azienda, anche in caso di cambio appalti, il passaggio di un insieme organizzato di persone (ovviamente con riferimento ad un ramo connotato da elementi prevalentemente personali) [1232].

Da qui l'esigenza avvertita dal legislatore italiano di specificare che il passaggio di un gruppo di persone non configura un ramo di azienda ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. solo nel caso in cui siano rinvenibili elementi di "*discontinuità*" che determinino una specifica identità dell'impresa subentrante nell'appalto.

Nei pochi precedenti giurisprudenziali ad oggi noti i giudici di merito hanno ravvisato nell'autonoma organizzazione del subentrante la condizione per realizzare la citata discontinuità, pur dovendosi segnalare che i due casi concreti presi in considerazione (appalto cosiddetto *labour intensive* l'uno e appalto che richiedeva l'utilizzo di apparati materiali strumentali, l'altro) erano assai diversi ed hanno, quindi, ben potuto condurre a soluzioni finali opposte in merito alla configurabilità di una cessione di ramo di azienda[1233].

La questione, a ben vedere, più che altro destinata ad incidere sui cambi appalti di attività svolte con organizzazione prevalentemente personale (ad altro o basso valore aggiunto, dai servizi di magazzinaggio e pulizia a quelli informatici), la si può considerare da due diversi punti di vista.

Restando ad un'interpretazione meramente letterale dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, gli "elementi di discontinuità" idonei a svelare la specifica "*identità di impresa*" potrebbero anche essere riferiti all'impresa subentrante nel suo complesso e, quindi, verificati avuto riguardo all'intera organizzazione di quest'ultima e non solo a quella frazione di organizzazione strumentale all'esecuzione del contratto di appalto in questione.

---

[1232] Caso EU Pilot 7622/15/EMPL, poi archiviato all'esito delle modifiche legislative introdotte. Sul punto interessanti i lavori della XI Commissione Permanente (lavoro pubblico e privato) (seduta di mercoledì 25 maggio 2016) dai quali si può bene ricostruire il percorso argomentativo che ha portato alla modifica dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003. Ove si rileva, tra l'altro, che con riferimento alla vecchia formulazione di quella disposizione *i servizi della Commissione europea (Caso EU Pilot 7622/15/EMPL), ai fini della valutazione della compatibilità della norma con la disciplina dell'Unione europea,* hanno reputato insufficienti le argomentazioni difensive in quanto *le sentenze della Corte di Cassazione, così come ricostruite dalla Commissione, sosterrebbero un'interpretazione della norma che esclude la configurazione del subentro nell'appalto come trasferimento d'azienda o di parte d'azienda in tutti i casi in cui il medesimo subentro non sia accompagnato, oltre che dal passaggio del personale, da un trasferimento di beni di« non trascurabile entità»*. L. ARIOLA, *Appalti e lavoro* (a cura di D. Garofalo), Volume II, 2017, pp. 224 e ss. rappresenta come *EU Pilot* sia uno *strumento di cooperazione* orientato alla valutazione preventiva di possibili rischi di conformità della disciplina interna rispetto a quella comunitaria.

[1233] Nello specifico, il Tribunale di Roma, con l'ordinanza del 26 settembre 2016, con riferimento ad un cambio appalto di attività *labour intensive* ha ritenuto configurabile un trasferimento di azienda, *indipendentemente dal trasferimento contestuale di beni materiali e dall'esistenza di rapporti contrattuali tra impresa cessante ed impresa subentrante,* avuto riguardo ad un caso di addetti al lavoro di magazzino transitati alle dipendente di diversi datori di lavoro, pur sempre nell'esecuzione del medesimo servizio, senza riscontrare una "significativa discontinuità d'impresa", tanto che *i lavoratori quasi non si accorgevano del cambio di appaltatore, ne venivano informati dai sindacati e poi l'azienda subentrante proponeva il nuovo contratto di lavoro e chiedeva loro se volevano proseguire o no*. Al contrario, il Tribunale di Como ha escluso l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. avendo accertato, con riferimento al servizio di gestione della rete di distruzione del gas, l'autonoma organizzazione dell'impresa subentrante anche in ragione delle attrezzature e tecnologie apportate (Tribunale di Como, sentenza del 12 aprile 2017). In particolare, per quanto qui più interessa, per il Tribunale di Como l'esistenza di una propria organizzazione dell'impresa subentrante conferma che non si possa configurare il semplice mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata e, quindi, anche "la condizione richiesta per escludere la discontinuità e, cioè, una reale separazione, distinzione, tra l'organizzazione aziendale che subentra e l'altra).

In questi termini, pertanto, il requisito della discontinuità non riguarderebbe il complesso aziendale funzionale all'esecuzione dell'appalto e perseguirebbe l'obiettivo di escludere l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. ogni qual volta l'imprenditore subentrante sia effettivamente dotato di un complesso organizzato preesistente nel quale vengono inseriti, per effetto della clausola sociale, i lavoratori (se pur organizzati) precedentemente occupati dall'impresa che ha perso l'appalto.

Una siffatta soluzione interpretativa, per quanto rassicurante perché idonea a limitare la configurazione della fattispecie del trasferimento di azienda in un caso nel quale il passaggio delle risorse è comunque frutto di adempimento di un obbligo (più che di una scelta), non risulterebbe pienamente coerente con le osservazioni formulate dalla Commissione europea e, per altro verso, porterebbe a concludere nel senso che nei cambi appalti il legislatore ha inteso introdurre una fattispecie del ramo di azienda assai più ristretta di quella contemplata dall'art. 2112 cod. civ. Ciò perché il ramo di azienda, nel cambio appalto, risulterebbe configurabile solo quando il complesso ceduto, oltre a soddisfare i requisiti dell'art. 2112 cod. civ., non è destinato ad integrarsi in una più ampia ed articolata dimensione aziendale idonea a svelare, per l'appunto, una specifica "identità di impresa".

Per altro verso il requisito dell'identità di impresa, diversamente da quanto sin qui ipotizzato, potrebbe anche essere riferito in modo specifico al ramo di azienda funzionale allo svolgimento dell'appalto. Ond'è che la specificità dell'identità di impresa andrebbe in concreto verificata in quel determinato e ben specifico perimetro aziendale funzionale all'esecuzione dell'appalto.

Il che starebbe a dire che nel caso di attività che richiedono un apporto prevalentemente personale, come spesso accade nei servizi a basso valore aggiunto, il passaggio di un gruppo di persone organizzato, e quindi funzionalmente autonomo perché completo della linea gerarchica necessaria al funzionamento operativo (vedi sopra al n. 5 e seguenti), dovrebbe configurare un trasferimento di ramo di azienda anche nel caso in cui, come avviene nei cambi appalto, l'assunzione delle persone sia imposta dal contratto collettivo applicato e riguardi tutti i componenti del gruppo di lavoro. Salvo, bene inteso, che non si intenda sviluppare il ragionamento, a mio avviso assai discutibile, che in casi analoghi, ma per finalità opposte, ha valorizzato ai fini della configurabilità della fattispecie del ramo di azienda di cui all'art. 2112 cod. civ. anche il *know how* riferito alla particolare specializzazione dei singoli lavoratori[1234] (difficilmente rinvenibile nei servizi a basso valore aggiunto).

Questa seconda interpretazione è probabilmente quella più fedele alla *ratio* della disposizione in questione, tenuto anche conto della sua genesi, oltre che la più coerente con la formulazione dell'art. 2112 cod. civ. giacchè, se non altro, scongiura il disorientamento che deriverebbe dalla introduzione di un'ulteriore fattispecie di trasferimento di ramo di azienda[1235].

[1234] Cass. n. 1769 del 2018.

[1235] Per A. SITZIA, op. cit., pag. 537 e ss. per effetto del comma 3 dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276 del 2003 i requisiti della fattispecie di cui all'art. 2112, comma 5°, cod. civ. (a partire da quello della preesistenza) verrebbero ridefiniti come "elementi di discontinuità" della identità di impresa, "fattore speculare ed opposto all'identità come connotato dell'entità trasferita ai fini del comma 5 dell'art. 2112 c.c". Come a dire, sembra di intendere, che tanto l'art. 2112 cod. civ. che l'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 puntano, se pur da prospettive diverse, a definire la medesima fattispecie di ramo di azienda. Per L. A. COSATTINI, op. cit., pp. 953 e ss. la discontinuità andrebbe invece riferita più che agli elementi oggetto di passaggio all'organizzazione imprenditoriale dell'attività, con esempi esplicativi che tendono a enfatizzare le innovative modalità organizzative del servizio da parte del subentrante.

Ma c'è anche da dire che se dovesse prevalere questa lettura della norma ne risulterebbe inevitabilmente condizionata l'applicazione delle attuali clausole sociali e la formulazione di quelle future[1236]. Se non altro perché è plausibile una forte insistenza, oggi dei datori di lavoro che applicano accordi collettivi con clausole sociali, e domani delle associazioni datoriali che dovranno rinegoziare quelle pattuizioni collettive, a prevedere che il passaggio dei lavoratori dall'imprenditore cessante a quello subentrante nell'appalto non può o non dovrebbe riguardare le posizioni apicali presenti nella (anche micro) organizzazione di persone addette all'esecuzione del servizio appaltato. Ciò al fine di lasciare emergere quella discontinuità di organizzazione che potrebbe non rendere configurabile la fattispecie del trasferimento di ramo azienda a contenuto prevalentemente personale.

[1236] E. MASSI, op. cit., pp. 2486 e ss.

# Subordinazione, autonomia, lavoro agile e occasionale tra (post) Jobs act e diritto europeo*

Vincenzo De Michele

1. Premessa: esiste il diritto del lavoro europeo? 326

2. Il ruolo del Parlamento Ue e della Commissione nella (ri)costruzione del diritto del lavoro europeo: il pilastro europeo dei diritti sociali. 329

3. Dalla flessibilità dei rapporti di lavoro atipici del Libro Bianco italiano e dei minijobs delle leggi Hartz tedesche all'inderogabilità del contratto di lavoro subordinato nella giurisprudenza della Corte Ue. 335

3.1. La sentenza Wippel della Corte Ue sul lavoro intermittente: il primo esperimento "extracomunitario" di flessibilità autorizzata. 338

3.2. La sentenza Mangold della Corte Ue sul lavoro a tempo determinato: il secondo esperimento "extracomunitario" di flessibilità autorizzata. 341

4. Il limite alla flessibilità autoregolativa degli Stati membri nei rapporti di lavoro nella giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione. 347

5. La Corte di giustizia sull'ulteriore limite alla discrezionalità degli Stati nelle misure di recepimento della direttiva 1999/70/CE: la nozione comunitaria di ragioni oggettive nella sentenza Adeneler. 348

5.1 Il revirement della Commissione Ue sull'immanenza delle ragioni oggettive temporanee nella causa Sciotto sul Jobs act. 350

6. La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "tipico" nella direttiva 91/533/CEE: la sentenza Andersen. 353

6.1 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "tipico" nelle direttive 97/81/CE e 1999/70/CE: la sentenza Land Tirol. 354

6.2 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "atipico" nelle direttive 97/81/CE e 1999/70/CE: le sentenze O' Brien e Sibilio. 355

6.3 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "atipico" nella direttiva 2008/104/CE: la sentenza Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH. 357

7. La sentenza Abercrombie della Corte di giustizia sul lavoro intermittente e l'epilogo della flessibilità autoregolata dagli Stati. Il problema dell'applicazione delle decisioni della Corte Ue nelle controversie tra privati. 359

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 364/2018

8. Le distinte nozioni di lavoratore subordinato e di lavoratore autonomo nella giurisprudenza Ue alla luce della direttiva 2003/88/CE e dell'art.45 TFUE. 362

9. La compatibilità/incompatibilità comunitaria delle nuove discipline del lavoro autonomo "protetto", del lavoro occasionale e del lavoro agile. 368

## 1. Premessa: esiste il diritto del lavoro europeo?

La legge n.81/2017, che ha introdotto misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e la disciplina del lavoro "agile", e l'art. 54 bis della legge n.96/2017 (di conversione del d.l. n. 50/2017), che ha introdotto la nuova disciplina del lavoro occasionale, rappresentano iniziative del legislatore interno apparentemente meno problematiche, nel rapporto con il diritto dell'Unione europea, rispetto al d.lgs. n.81/2015 di riordino delle tipologie contrattuali.

La tecnica di produzione normativa utilizzata nell'uno (legge ordinaria) e nell'altro (articolo aggiunto in sede di conversione di decreto legge) non scontano, infatti, le criticità del Jobs act sulla flessibilità dei rapporti di lavoro, che aveva abrogato con la formula del decreto legislativo ben due discipline di recepimento delle direttive 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato e 1997/81/CE sul lavoro a tempo parziale, sostituendole con norme che, in parte diverse dai testi originali del d.lgs. n.368/2001 e d.lgs. n.61/2000, non presentano, neanche nel preambolo del d.lgs. n.81/2015, alcun link di collegamento con il diritto dell'Unione europea, che però, come l'araba fenice, a volte riappare per ricordare al legislatore nazionale il (mancato) rispetto degli obblighi derivanti dall'attuazione dei Trattati, ai sensi dell'art.117, comma 1, Cost..

Si era segnalata ([1237]) la presenza di evidenti profili di incompatibilità con il diritto Ue delle nuove discipline del contratto a tempo determinato e del lavoro somministrato a termine, del part time, del lavoro occasionale, delle collaborazioni etero-organizzate, introdotte dal d.lgs. n.81/2015 e in parte anticipate dal d.l. n.34/2014.

Tuttavia, nell'enfasi della riforma del Jobs act ([1238]) che sarebbe stata richiesta dall'Europa come panacea dei mali che affliggevano e rendevano asfittico il mercato del lavoro in Italia, se ne è ignorata l'esistenza, sul presupposto, in parte fondato, che fossero proprio le Istituzioni comunitarie a pretendere l'ennesimo intervento legislativo di revisione della normativa in materia di flessibilità.

Se, dunque, è possibile sostenere, con opposte e coerenti argomentazioni, che il Jobs act sui contratti di lavoro flessibili e sulla flessibilità all'interno del rapporto possa essere incompatibile con il diritto dell'Unione europea o, invece, coerente con il quadro comunitario, dovremmo preliminarmente chiederci se esiste un diritto del lavoro europeo, fondato sulle direttive sociali e sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, che possa rappresentare quantomeno il quadro interpretativo "generale" di principi e diritti, all'interno del quale collocare la disciplina dei rapporti di lavoro dei singoli Stati membri, con effetti cogenti ed effettivi dei principi e diritti europei negli ordinamenti nazionali.

In dottrina ([1239]) ci si è interrogati sull'attuale congiuntura di presunta crisi e «caduta del diritto del lavoro dell'Unione europea» e sull'esistenza ed effettività di nozioni comunitarie di subordinazione ed autonomia nei rapporti di lavoro, concludendo nel senso di individuare differenti

---

([1237]) V. DE MICHELE, *Il d.lgs. 81/2015 e l'(in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in *Contratti di lavoro, mansioni e conciliazione vita-lavoro nel Jobs act II*, AA.VV., di E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), Bari, 2015, 25 ss.

[1238] Cfr. G. FONTANA, *"Contratto di lavoro" e "giustizia" nella crisi economica*, in *DLM*, 2017, 2, 321, che ricorda che il disegno riformatore del *Jobs act* è incentrato sul duplice obiettivo di spostare le tutele del rapporto lavorativo al mercato e di rafforzare i poteri imprenditoriali.

([1239]) S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Milano, 2017, 33 ss.

"sfumature" nella nozione di lavoratore subordinato nel mercato comune del lavoro europeo, con prevalente riconoscimento dell'autonomia regolativa interna degli Stati, temperato però dal rilancio della funzione protettiva del diritto del lavoro da parte dell'ordinamento comunitario, agendo, in particolare, sulla tutela antidiscriminatoria e della salute e della sicurezza, varcando, altresì, «i confini del lavoro subordinato per estendere talune fondamentali garanzie al lavoro autonomo o quantomeno a segmenti significativi di esso» ([1240]).

L'approfondita analisi, che si lega perfettamente con la crisi del dogma dell'inderogabilità nel circuito *multilevel* della giurisprudenza europea ([1241]), del tutto corretta, va però filtrata con le più recenti indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia, che sembrano indirizzarsi verso uno sforzo più identitario, autonomo e cogente del diritto dell'Unione, sottraendo molti spazi importanti sul piano interpretativo alle discipline regolative degli ordinamenti nazionali.

Nelle conclusioni depositate il 25 gennaio 2018 nella causa C-96/17 *Vernaza Ayovi* (EU:C:2018:43) l'Avvocato generale Kokott si spinge a proporre alla Corte di giustizia, come soluzione di una controversia principale di illegittima risoluzione di un contratto a tempo determinato *ante tempus* e senza ragioni oggettive, che la sanzione da applicare sia quella prevista per il licenziamento illegittimo di un lavoratore a tempo indeterminato "comparabile" nel pubblico impiego, con diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, precisando che «la coerenza del diritto del lavoro europeo richiede inoltre che la nozione di condizioni di lavoro o di impiego sia interpretata senza prescindere dal suo significato nelle disposizioni di diritto dell'Unione collegate.» (punto 56 delle conclusioni).

È la prima volta, per quanto consta, che nella riflessione della giurisprudenza comunitaria viene utilizzata l'espressione (che presuppone la nozione) di «diritto del lavoro europeo».

Effettivamente il *corpus* normativo delle direttive sociali in materia di lavoro, in combinato disposto con la nozione di lavoratore ricavabile dall'art.45 TFUE (già art.39 TCE) sulla libertà di circolazione, possiede ormai una sua identità e una sua autonoma effettività negli ordinamenti interni, sia attraverso il meccanismo di recepimento degli Stati membri sia nell'interpretazione che ne ha fornito la Corte di giustizia nelle moltissime decisioni, in particolare con la direttiva 91/533/CEE ([1242]) relativa all'informazione al lavoratore delle condizioni di lavoro, con la direttiva 2003/88/CE ([1243]) sull'orario di lavoro, con le direttive antidiscriminatorie 2000/78/CE ([1244]) e 2006/54/CE ([1245]), con la direttiva 1999/70/CE ([1246]) sul lavoro a tempo determinato, con la direttiva 97/81/CE

([1240]) S. GIUBBONI, op. cit., 169.
([1241]) Cfr. sul punto le fondamentali riflessioni di G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza,* 2010, Torino, 161-207.
([1242]) Direttiva 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro (GU L 288 del 18.10.1991, pag. 32).
([1243]) Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU L 299 del 18.11.2003, pag. 9).
([1244]) Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303 del 2.12.2000, pag. 16).
([1245]) Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (GU L 204 del 26.7.2006, pag. 23).
([1246]) Direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175 del 10.7.1999, pag. 43).

([1247]) sul lavoro a tempo parziale, con la direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro presso agenzia interinale ([1248]), con la direttiva 2010/18/UE sul congedo parentale ([1249]).

Né la penetrazione del diritto del lavoro "europeo" (più restrittivamente, in questo caso, "dell'Unione europea") nella disciplina nazionale può essere limitata alla verifica, da parte dell'interprete, della compatibilità o meno delle regole interne con un sistema giuridico normativo-ermeneutico sovranazionale e del tutto distinto da quello nazionale.

Infatti, l'Avvocato generale Sharpston ricorda nelle sue conclusioni nella causa Farrell C-413/15 (EU:C:2017:492, punti 28-29) che è *ius receptum*, a partire dalla sentenza *van Gend & Loos* ([1250]), il principio secondo cui il diritto dell'Unione non riguarda soltanto le relazioni tra Stati, ma conferisce diritti ai singoli, e che l'efficacia diretta verticale delle direttive consente che una disposizione chiara, precisa e incondizionata, contenuta in una direttiva, racchiude un diritto che gli Stati membri, nel promulgare tale direttiva, hanno concordato di conferire ai singoli.

Partendo da questo fondamento giuridico del rapporto tra le fonti di diritto sovranazionale e nazionale, l'Avvocato generale britannico individua gli spazi per una tutela effettiva dei diritti fondamentali nel realizzarsi della fase del recepimento delle direttive. Infatti, se è lasciata allo Stato membro, in base all'art.288 par.3 TFUE, la competenza in merito alla forma e ai mezzi per la trasposizione di una direttiva nel diritto nazionale, essendo vincolato lo Stato sul risultato da raggiungere, purtuttavia, quando il diritto derivato dell'Unione è stato integralmente e correttamente trasposto entro la data di recepimento, «la direttiva diviene…., in un certo senso, invisibile, in quanto i diritti che essa conferisce risultano ormai pienamente espressi nel diritto nazionale.».

Nell'ordinamento giuridico italiano, dopo i clamorosi ritardi iniziali nella trasposizione delle direttive comunitarie, sono stati predisposti ben tre percorsi normativi di rapido e tempestivo recepimento delle disposizioni dell'Unione europea, prima con il sistema della legge annuale comunitaria introdotto dalla legge "La Pergola" n.86/1989 e modificato dalla legge "Buttiglione" n.11/2005, poi con la legge "Monti" n.234/2012, attualmente in vigore, che ha previsto lo sdoppiamento della legge comunitaria in due distinti provvedimenti (legge di delegazione europea e legge europea).

Pare difficile, allora, sostenere la tesi che una normativa interna che traspone, più o meno correttamente, una direttiva europea costituisca una mera legge ordinaria e non sia, piuttosto, una legislazione speciale costituzionalmente rafforzata, sul piano interpretativo ai sensi dell'art.117 comma 1 Cost., dalla necessaria integrazione con i principi e le regole della direttiva da cui promana, alla luce della pertinente giurisprudenza comunitaria.

---

([1247]) Direttiva 97/81/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES – Allegato: accordo quadro sul lavoro a tempo parziale (GU L 14 del 20.1.1998, pag. 9).
([1248]) Direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale (GU L 327 del 5.12.2008, pag. 9).
([1249]) Direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE (GU L 68 del 18.3.2010, pag. 13).
([1250]) C. giust. 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, «(…) la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie».

Quindi, un diritto del lavoro europeo non può esistere come sistema autonomo di norme di promanazione dalle Istituzioni dell'Unione, se non si incarna nella legislazione interna attraverso il meccanismo di recepimento della direttiva o della legislazione europea, rendendo così limitata la possibilità dello Stato nazionale di modificare, integrare, correggere le regole di derivazione comunitaria.

Un esempio delle difficoltà "visive" in cui potrebbe incorrere il giurista senza indossare lenti interattive adeguate a valutare un sistema di norme più complesso e articolato di quello nazionale, quando la legislazione dello Stato sia influenzata e condizionata dal moto ondoso dell'*acquis communautaire*, può essere rappresentato dalla recente (nuova) posizione della Commissione europea sulle modifiche alla disciplina dei contratti flessibili all'originaria disciplina di recepimento della direttiva 1999/70/CE, introdotte dapprima dal d.l. n.34/2014 e poi "stabilizzate" dal d.lgs. n.81/2015 (su cui v. *infra*).

## 2. Il ruolo del Parlamento Ue e della Commissione nella (ri)costruzione del diritto del lavoro europeo: il pilastro europeo dei diritti sociali.

Con l'avvio del processo di separazione del Regno Unito dal sistema dei Trattati dell'Unione (denominato "Brexit") dopo l'esito referendario nel UK, il Parlamento europeo con la risoluzione del 19 gennaio 2017 ([1251]), richiamando le citate direttive sociali, la Carta dei diritti fondamentali Ue ([1252]), la Carta sociale europea ([1253]), la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori ([1254]), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ([1255]), ha proposto alla Commissione e agli Stati membri, in particolare, le seguenti linee guida per avviare e implementare il "pilastro europeo dei diritti sociali" e rilanciare la strategia Europa 2020:

- ha invitato la Commissione alla revisione dell'acquis sociale e delle politiche occupazionali e sociali dell'UE per presentare proposte su un pilastro europeo dei diritti sociali (EPSR) che rafforzi i diritti sociali mediante strumenti legislativi e finanziari concreti e specifici, da applicare a tutti i paesi che partecipano al mercato unico allo scopo di mantenere condizioni di parità e il rispetto dei principi della parità di trattamento, della non discriminazione e delle pari opportunità mediante le politiche occupazionali e sociali (punti 1 e 2);

---

([1251]) Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2017 su un pilastro europeo dei diritti sociali (2016/2095(INI)), su http://www.bin-italia.org/europa-sociale-nuova-risoluzione-reddito-garantito/.

([1252]) La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 e fa parte, ai sensi dell'art.4 TUE, del diritto primario dell'Unione, avendo lo stesso valore dei Trattati. Sulla Carta Ue cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea?*, in *GC*, 2001, 1, 193 ss.; S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, 2001, 168 ss.; A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015, Bari, 195-203.

([1253]) La Carta sociale europea è un Trattato del Consiglio d'Europa, adottato a Torino il 18 ottobre 1961 e rivisto a Strasburgo nel 1996. La sua versione riveduta è entrata in vigore il 1° luglio 1999.

([1254]) La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori è stata adottata in occasione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989 e il relativo testo è riportato nel documento della Commissione COM (89) 471 del 2 ottobre 1989. Sulla Carta comunitaria cfr. M. DE LUCA, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali*, in *Dimensione sociale del mercato unico europeo*, AA.VV., Milano, 1990, 61 ss.; C. LA MACCHIA, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *DLRI*, 1990, 790 ss.; C. PETTITI, *La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs: un progrès?*, in *DS*, 1990, 387 ss.

([1255]) La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 dai Governi membri del Consiglio d'Europa. Sul significativo impatto che ha avuto, nell'ordinamento interno anche per quanto riguarda i diritti fondamentali del lavoro, la Convenzione europea, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, cfr. P. GIANNITI (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015; A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, Vicenza, 2016; A.M. ROMITO, *op.cit.*, 203-228.

- ha invitato le parti sociali e la Commissione a collaborare al fine di presentare una proposta di direttiva quadro sulle condizioni di lavoro dignitose in tutte le forme di occupazione, estendendo le attuali norme minime alle nuove tipologie di rapporto di lavoro, da applicarsi ai lavoratori dipendenti e a tutti i lavoratori in forme di occupazione atipiche, senza modificare le direttive esistenti (punto 4);

- ha ricordato il rischio di una dicotomia nel mercato del lavoro, perché «i mercati del lavoro europei si stanno evolvendo sempre più spesso verso forme di occupazione "atipiche" o "non standard", come il lavoro interinale, il lavoro a tempo parziale non volontario, il lavoro occasionale, il lavoro stagionale, il lavoro su richiesta, il lavoro autonomo dipendente o il lavoro mediante piattaforme digitali», ma che «i posti di lavoro permanenti sono quelli che contribuiscono di più all'espansione dell'occupazione, registrando nel corso degli ultimi due anni e mezzo una crescita più veloce rispetto al lavoro temporaneo», invitando la Commissione a estendere la direttiva sulle dichiarazioni scritte ai lavoratori (91/533/CEE) in modo da coprire tutte le forme di occupazione e i rapporti di lavoro (considerando K e punto 5);

- ha invitato la Commissione a sostenere attivamente una copertura più ampia della contrattazione collettiva, raccomandando l'istituzione di soglie retributive sotto forma di salari minimi nazionali (punto 6) e sottolineando l'importanza del diritto alla contrattazione collettiva e alle azioni collettive in quanto diritto fondamentale sancito nel diritto primario dell'UE (punto 8);

- ha esortato tutti gli Stati membri a dare piena attuazione alla legislazione in materia di protezione dai rischi sul luogo di lavoro e di limitazioni relative all'orario di lavoro e disposizioni sui periodi minimi di riposo e le ferie annuali (punto 7);

- ha raccomandato che tutti i lavoratori siano coperti da un'assicurazione contro la disoccupazione o il lavoro a tempo parziale involontario, che sia abbinata all'assistenza nella ricerca di un lavoro e a investimenti nel perfezionamento e nell'aggiornamento professionale in base alle condizioni definite da ciascuno Stato membro di concerto con le parti sociali (punto 14), mettendo in evidenza l'importanza di regimi adeguati di reddito minimo per preservare la dignità umana e lottare contro la povertà e l'esclusione sociale (punto 15);

- ha ricordato che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE vieta qualsiasi forma di discriminazione, sottolineando la necessità di (far) applicare correttamente la direttiva 2000/78/CE sulla parità in materia di occupazione (punto 26);

- ha invitato gli Stati membri a siglare e ratificare la Carta sociale europea riveduta e ha addirittura incoraggiato la Commissione a esaminare le azioni necessarie per l'adesione dell'Unione europea alla Carta riveduta (punto 32);

- ha ritenuto opportuna l'adozione del pilastro europeo dei diritti sociali nel 2017, sotto forma di accordo tra il Parlamento, la Commissione e il Consiglio europeo.

Per rafforzare la serietà delle indicazioni e dei suggerimenti proposti nella risoluzione del 19 gennaio 2017, il Parlamento europeo ha fatto esplicito richiamo a due importanti decisioni della Corte di giustizia, la sentenza *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*

([1256]) sulla direttiva 2003/88/CE e la sentenza *Ledra Advertising* ([1257]) sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione Europea (Commissione e BCE) per violazione della Carta dei diritti fondamentali.

In particolare, nella sentenza *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* la Corte di giustizia - in fattispecie in cui nel giudizio principale si controverteva sulla nozione di orario di lavoro del tempo di spostamento tra il domicilio di lavoratori, che non hanno un luogo di lavoro fisso o abituale, ed i luoghi in cui si trovano il primo e l'ultimo cliente - ha ribadito che le varie prescrizioni, enunciate dalla direttiva 2003/88/CE, in materia di durata massima dell'orario di lavoro e di periodi minimi di riposo costituiscono disposizioni della normativa sociale dell'Unione che rivestono importanza particolare e di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare quale prescrizione minima necessaria per garantire la tutela della sua sicurezza e della sua salute (punto 24).

Secondo la Corte Ue, per quanto attiene alla nozione di «orario di lavoro», la direttiva 2003/88/Ce definisce detta nozione includendovi qualsiasi periodo in cui il dipendente sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della propria attività o delle proprie funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, e che tale nozione va intesa in opposizione al periodo di riposo, in quanto ciascuna delle due nozioni esclude l'altra (punto 25), né la direttiva prevede categorie intermedie tra i periodi di lavoro e quelli di riposo (punto 26).

Pertanto, secondo la sentenza *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*, le nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo», ai sensi della direttiva 2003/88, costituiscono nozioni di diritto dell'Unione che occorre definire secondo criteri oggettivi, facendo riferimento al sistema e alla finalità di tale direttiva, intesa a stabilire prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei dipendenti. Infatti, soltanto una siffatta interpretazione autonoma può assicurare la piena efficacia di detta direttiva, nonché l'applicazione uniforme delle dette nozioni in tutti gli Stati membri (punto 27).

Nella sentenza *Ledra Advertising* la Corte di giustizia, in un giudizio di responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'Unione europea promosso da risparmiatori ciprioti che lamentavano l'illegittimo comportamento della Commissione (e della BCE), ha avuto modo di sottolineare che la Commissione, ai sensi dell'art.17, par. 1, TUE, «promuove l'interesse generale dell'Unione» e «vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione» e che il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione nei confronti dei singoli cittadini, ai sensi dell'art. 340, secondo comma, TFUE, presuppone che ricorrano congiuntamente varie condizioni per una violazione «qualificata», ossia l'illiceità del comportamento contestato all'Istituzione dell'Unione, come ad esempio l'omessa vigilanza sull'effettivo recepimento da parte dello Stato membro delle direttive, l'effettività del

([1256]) C. Giust. 10 settembre 2015, C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* v. *Tyco Integrated Security SL e Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA*, EU:C:2015:208; su cui cfr. S. ROBIN-OLIVIER, *Cour de justice, 4e ch., 10 septembre 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (Tyco), aff. C-366/14, ECLI:EU:C:2015:578*, in *Jurisprudence de la CJUE 2015* (Ed. Bruylant - Bruxelles), 2015, 328-333; F. TRILLO PÁRRAGA, *Cómputo de la jornada de trabajo de los trabajadores que no cuentan con un centro de trabajo fijo o habitual. Sentencia del Tribunal de Justicia sala 3a), de 10 de septiembre de 2015*, in *Revista de derecho social*, 2015, 72, 121-131; E. ADOBATI, *La Corte di giustizia chiarisce la nozione di orario di lavoro nell'ambito degli spostamenti effettuati dai lavoratori senza un posto fisso*, in *DCSI*, 2016, 107-108.

([1257]) C. Giust. 20 settembre 2016, causa riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising ed altri* v. *Commissione e Banca centrale europea*, EU:C:2016:701; su cui cfr. S. VEZZANI, *Sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione Europea per violazione della Carta dei diritti fondamentali:* riflessioni *in margine alla sentenza della Corte di giustizia nel caso Ledra Advertising*, in *RDI*, 2017, 154-161.

danno e l'esistenza di un nesso di causalità fra il comportamento dell'istituzione e il danno lamentato (punti 64-65).

Sostanzialmente, nella risoluzione del 19 gennaio 2017 il Parlamento Ue ha sollecitato la Commissione a vigilare sulla corretta applicazione delle direttive sociali in ogni Stato membro, alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia, mettendo in rilievo il rischio di azioni di risarcimento danni nei confronti dell'Unione per responsabilità extracontrattuale dell'Istituzione europea custode dei Trattati e della corretta osservanza delle norme comunitarie.

Nel contempo, con comunicazione del gennaio 2017 la Commissione ha notiziato il Mediatore europeo, che ne ha preso atto nella decisione del 14 settembre 2017 chiudendo l'indagine OI/5/2016/AB sulla corretta gestione e utilità delle procedure EU-Pilot, di aver abbandonato i reclami secondo la procedura di pre-infrazione, rilevatesi inefficaci nel risolvere rapidamente eventuali violazioni del diritto comunitario in una fase precoce nei casi appropriati, ripristinando così la tradizionale procedura di infrazione, che comunque costituisce uno strumento per entrare in un dialogo immediato di *problem-solving* con uno Stato membro, soprattutto quando l'accertamento riguarda violazioni sistemiche e gravi del diritto dell'UE.

In questo contesto di ripresa più attiva del ruolo di garante dei Trattati dopo la crisi, dando seguito alla risoluzione del 19 gennaio 2017 del Parlamento Ue, con la successiva comunicazione interpretativa sulla direttiva 2003/88/CE la Commissione europea ([1258]) si è preoccupata di fornire agli interpreti una *summa* coordinata, con vocazione quasi codificatoria, delle informazioni provenienti dal legislatore e dalla giurisprudenza dell'Unione sulla regolamentazione della direttiva sull'organizzazione dell'orario di lavoro, preoccupandosi di sottolineare le nozioni comunitarie di lavoratore subordinato e di lavoratore autonomo enucleate dalla Corte di giustizia in oltre 50 decisioni.

La Commissione ha evidenziato che, al di là dello *status* della persona secondo la normativa nazionale, alcuni lavoratori qualificati «autonomi» nell'ordinamento interno possono essere qualificati dalla Corte di giustizia come «lavoratori» ai fini dell'applicazione della direttiva sull'orario di lavoro (v. *infra*).

Contestualmente, il 27 aprile 2017 la Commissione ha adottato una Dichiarazione sull'*european social pillar* ([1259]) (con valore anche di Raccomandazione) nella quale sono stati indicati i 20 principi su cui indirizzare le politiche del lavoro e della sicurezza sociale nell'Unione, già elaborati nella Risoluzione del Parlamento Ue, integrata dal Documento *Reflection paper on the future of social europe* e dallo schema della *Joint Declaration* sul pilastro sociale europeo, poi sottoscritta il 27 novembre al Vertice sociale tenutosi a Göteborg dai tre Presidenti del Consiglio, del Parlamento e della stessa Commissione.

---

([1258]) Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulla direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'orario di lavoro, in GUUE C 165 del 24 maggio 2017, pag.1.

([1259]) Su https://ec.europa.eu/commission/publications/reflection-paper-social-dimension-europe_en; sulla Dichiarazione della Commissione cfr., S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in QC, 4, 2017, 953 ss.; F. DURANTE, *Lavoro e Welfare: il sindacato e il Pilastro europeo dei diritti sociali*, in RPS, 3, 2017; A. CRESPY, *European pillar of social rights mirror EU good intentions and contradditions*, in www. Socialeurope.com; G. BRONZINI, *Le tutele sociali nel vecchio continente nel 2016: il terzo rapporto sui diritti fondamentali in Europa, in RIDL, 2017, III, 69 ss.; id., Il reddito minimo garantito alla luce del "pilastro sociale europeo"*, su www.bin-italia.org*, 16 febbraio 2018.*

Poco dopo, il Parlamento europeo ha approvato la risoluzione del 4 luglio 2017 sulle condizioni di lavoro e l'occupazione precaria (2016/2221(INI)), chiedendo una revisione della direttiva 91/533/CEE sull'informazione ai lavoratori delle condizioni di lavoro, per tenere conto delle nuove forme di lavoro atipiche e dell'aumento del lavoro precario.

Nella risoluzione del 4 luglio 2017 l'Istituzione Ue ha preso atto della definizione, da parte di Eurofound ([1260]), di occupazione atipica, riferita ai rapporti di lavoro non conformi al modello di lavoro standard o tipico, a tempo pieno, regolare, a tempo indeterminato e con un unico datore di lavoro per un lungo arco di tempo, e ha evidenziato che i termini "atipico" e "precario" non possono essere utilizzati come sinonimi.

In particolare, il Parlamento europeo ha proposto come definizione di lavoro precario un'occupazione nella quale non vengono rispettate le norme e le disposizioni dell'Unione, internazionali e nazionali e/o che non offra mezzi sufficienti per una vita dignitosa o una protezione sociale adeguata e ha constatato che alcune forme atipiche di occupazione possono comportare maggiori rischi di precarietà e insicurezza, ad esempio nel caso del lavoro a tempo parziale involontario, del lavoro a tempo determinato, dei contratti a zero ore nonché di tirocini e apprendistati non retribuiti.

Chiaro l'obiettivo delle Istituzioni europee di rilanciare il welfare comunitario utilizzando come modello non più, e non solo, le buone prassi sociali rilevate negli Stati membri, ma anche la naturale (seppure esplicitamente sempre negata) tendenza all'armonizzazione delle discipline interne del lavoro, che è l'effetto del recepimento delle direttive sociali nelle sue correzioni e integrazioni attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, grazie anche, da un lato, al rilancio dell'azione collettiva sindacale, di natura paragiurisdizionale, sulla tutela dei diritti dei lavoratori garantiti dalla Carta sociale europea (richiamata dall'art.151 TFUE) nei reclami collettivi davanti al Comitato europeo dei diritti sociali presso il Consiglio d'Europa, dall'altro ad una significativa attività di ascolto e di mediazione sulle istanze dei cittadini-lavoratori europei promossa dalla Commissione per le petizioni del Parlamento Ue, ai sensi dell'art.20, par.2, lett.d), del TFUE.

A tal proposito, giova sottolineare che il 22 novembre 2017 in Parlamento europeo presso la Commissione per le petizioni si è tenuta una seduta pubblica per discutere sul tema "*Protection of the rights of workers in temporary or precarious employment, based on petitions received*" ([1261]), cioè su come gli Stati membri e le Istituzioni Ue hanno dato applicazione alla direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, con la presentazione di n.48 petizioni, tra cui emergeva, oltre al preponderante numero di petizioni in materia di precariato pubblico provenienti dall'Italia, la petizione n.178/2017 di n.108 lavoratori precari dello staff personale non permanente della Commissione Ue, sull'attuazione di condizioni di lavoro non discriminatorie e di prospettive di carriera per gli agenti contrattuali dell'Istituzione dell'Unione, evidenziando così precise responsabilità della Commissione europea, come garante dei Trattati, nell'esercizio (omesso o grandemente carente) dell'attività di vigilanza sulla corretta applicazione della normativa dell'Unione in materia di flessibilità.

([1260]) Su *https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/atypical-work*.
([1261]) Cfr. V. De Michele, *The principle of non-discrimination and measures to prevent and sanction the misuse or the abuse of fixed-term contracts in light of the EU Court of Justice case laws*, pubblicato su *http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/La-tutela-del-precariato-pubblico-in-Europa-e-in-Italia- aspettan-do-Godot/5705.aspx* .

All'esito della *public hearing* del 22 novembre 2017, la Commissione PETI ha approvato, all'unanimità di tutti i gruppi parlamentari, una proposta di risoluzione, da presentare per l'approvazione alla plenaria del Parlamento europeo nel mese di maggio c.a., sullo stato della precarizzazione dei rapporti del lavoro nell'Unione europea in conseguenza della non corretta applicazione della direttiva sul lavoro a tempo determinato che, evidentemente, se si tradurrà in una risoluzione parlamentare, potrebbe provocare una comunicazione interpretativa della Commissione per sistematizzare e codificare la ormai alluvionale giurisprudenza della Corte di giustizia sulla direttiva 1999/70/CE.

Non è un caso, allora, che la Commissione Ue, nell'ambito delle iniziative che danno seguito al pilastro europeo dei diritti sociali, abbia adottato il 21 dicembre 2017 una proposta di direttiva per condizioni di lavoro più trasparenti e prevedibili in tutta l'Unione.

La proposta della Commissione integra e aggiorna gli esistenti obblighi di informare tutti i lavoratori riguardo alle loro condizioni di lavoro e stabilisce nuove norme minime per garantire che tutti i lavoratori, inclusi quelli che hanno contratti atipici, beneficino di maggiore prevedibilità e chiarezza in materia di condizioni di lavoro, aggiornando e sostituendo così la direttiva 91/533/CEE.

In particolare, la Commissione con la proposta di direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili intende ridurre il rischio che i lavoratori non godano di sufficiente tutela, procedendo con le seguenti misure:

- allineando la nozione di lavoratore a quella della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione e garantendo la copertura delle stesse categorie generali di lavoratori;

- integrando nell'ambito di applicazione della direttiva forme di lavoro subordinato che, attualmente, sono spesso escluse, come i lavoratori domestici, i lavoratori a tempo parziale marginale o quelli con contratti di brevissima durata, ed estendendola a nuove forme di lavoro subordinato come i lavoratori a chiamata, i lavoratori pagati a voucher e i lavoratori tramite piattaforma digitale;

- garantendo che i lavoratori ricevano un fascicolo informativo aggiornato e ampliato sin dal primo giorno del rapporto di lavoro, e non due mesi dopo come accade attualmente;

- stabilendo nuovi diritti minimi, quali il diritto a una maggiore prevedibilità del lavoro per coloro che lavorano per lo più con un orario variabile, la possibilità di chiedere la transizione a una forma di occupazione più stabile e di ricevere una risposta scritta o il diritto alla formazione obbligatoria senza deduzione dello stipendio;
- rafforzando gli strumenti di esecuzione e i mezzi di ricorso come ultima risorsa per risolvere eventuali controversie.

Peraltro, il Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 2017 aveva invitato il legislatore dell'Unione ad avanzare rapidamente sulle questioni sociali in sospeso a livello dell'UE, facendo anche riferimento alle iniziative annunciate dalla Commissione nel suo programma di lavoro, tra cui questa proposta di direttiva.

Come si può notare, dunque, non solo il diritto del lavoro europeo comincia ad assumere forme identitarie con l'interazione delle istituzioni Ue che esercitano le funzioni legislative, amministrative e giurisdizionali, ma esso si delinea come non riducibile alla normativa e alla prassi dell'Unione, aprendosi al contributo, non privo di una sua originalità e di forte autonomia rispetto

agli ordinamenti nazionali, delle grandi Carte europee sulla tutela dei diritti fondamentali e degli organi di controllo sulla loro applicazione che operano nel sistema del Consiglio d'Europa, come la Carta sociale europea con il CEDS per i diritti collettivi sindacali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo con la Corte di Strasburgo per i diritti individuali dei lavoratori.

Un diritto del lavoro europeo, appunto, non limitato al contesto dell'Unione europea, come evocato nelle citate conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nella causa C-96/17 *Vernaza Ayo*.

## 3. Dalla flessibilità dei rapporti di lavoro atipici del Libro Bianco italiano e dei minijobs delle leggi Hartz tedesche all'inderogabilità del contratto di lavoro subordinato nella giurisprudenza della Corte Ue.

In questa prospettiva, nella recente riscoperta dell'autonomia delle fonti legislative e giurisprudenziali di formazione del diritto del lavoro europeo sembrerebbe delinearsi un ritorno al passato, da un lato, alle coordinate culturali tracciate dal "*Manifesto per l'Europa sociale*" ([1262]) che, sulla flessibilità del lavoro indipendente e dell'autoimprenditorialità, ha proposto l'assimilazione di queste nuove figure lavorative al complesso sistema di protezione sociale del lavoro subordinato; dall'altro, al "*Rapporto Supiot*" ([1263]), in cui si sottolinea che «la tecnica di tutela comune ai paesi europei, irrinunciabile per non rendere di fatto facoltativa la stessa applicazione del diritto del lavoro», è rappresentata dalla «eteronomia del modello di disciplina del lavoro subordinato e l'insuscettibilità della difforme qualificazione del rapporto di lavoro a produrre effetti validi per l'ordinamento giuridico ([1264]).

La spinta alla deregolazione, sul piano dell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria, dei contratti di lavoro per lasciare spazio alla legislazione nazionale trovava il suo fondamento, come è noto, nel Libro bianco della Commissione europea di Delors del 1993 ([1265]) con l'introduzione dei *vouchers*, forma di lavoro occasionale per fini sociali, che avevano trovato una qualche legittimazione anche nella normativa europea nel 1997, nel momento in cui la clausola 2, punto 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale aveva previsto espressamente che «gli Stati membri…. possono, per ragioni obiettive, escludere totalmente o parzialmente dalle disposizioni del presente accordo i lavoratori a tempo parziale che lavorano su base occasionale».

Il modello dei *vouchers* proposto dalla Commissione europea nel 1993 trovava, a sua volta, le sue origini nella prassi contrattuale dei contratti a zero ore o a chiamata in Gran Bretagna e nella regolamentazione legislativa tedesca dei *minijobs*, disciplinati dall'art.8 della legge tedesca (SGB IV) del 23 dicembre 1976 come lavoro autonomo "minore", che prevedevano (e prevedono) un impiego formalmente non superiore al limite reddito di € 450 al mese e di € 5.400 all'anno (da compurarsi facendo riferimento all'anno solare), salvo che si trattasse di minijobs di breve durata, in relazione ai quali l'occupazione sin dall'inizio aveva una durata non superiore a due mesi, per un totale di 50 giorni lavorativi per anno civile.

---

([1262]) Cfr. B. BURCUSSON, S. DEAKIN, P. KOISTINEN, Y. KRAVARITOU, U. MUCKEMBERGER, A. SUPIOT, B. VENEZIANI, *A Manifesto for Social Europe*, pubblicato da European Trade Union Institute of ETUC e, parzialmente, su *RIDL*, 1997, 1; sul Manifesto cfr. B. BURCUSSON, B. VENEZIANI, *D. Hoffman,* P. KOISTINEN, U. MUCKEMBERGER, *Interview: "Social Europe" Manifesto*, in *Transfer*, 1996, 2, 341; G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza,* op.cit., 126-134.

([1263]) Il "Rapporto Supiot", dal titolo *Au-delà de emploi. Trasformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, in *Flammarion*, Park, 1999, con traduzione in Italia nel volume A. SUPIOT (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Bari, 2003, 21 ss..

([1264]) Cfr. G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza,* op.cit., 128.

([1265]) Comunicazione della Commissione CEE del 5 dicembre 1993, COM893) 700, p.21.

Il superamento dei limiti innanzi descritti portava a considerare, sin dall'inizio, il minijobber come un lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato. Il costo per il datore di lavoro (o utilizzatore) dei minijobs nel settore commerciale e per il lavoro nelle case di cura private era (ed è) del 2% per il fisco e del 28% per i contributi previdenziali (il 15% al fondo pensioni e il 13% per la malattia), oltre ad altri contributi di minore importo e ai premi per l'assicurazione contro gli infortuni, da determinarsi caso per caso; il costo per l'utilizzatore dei minijobs di breve durata era invece soltanto legato alla tassazione del 25% da versare all'ufficio imposte, senza alcun sostanziale carico previdenziale.

Il d.lgs. n.368/2001, il Libro Bianco dell'ottobre 2001 e il d.lgs. n.276/2003 hanno rappresentato, nel loro combinato disposto, la scelta italiana di rottura del descritto modello sociale europeo di regolamentazione dei rapporti di lavoro flessibili e del lavoro autonomo, con l'introduzione di una rilevante flessibilità nel mercato del lavoro attraverso nuove tipologie contrattuali (come il lavoro intermittente o il lavoro accessorio) e la liberalizzazione del contratto a tempo determinato "standard", con il sostegno della Commissione europea, fino a indurre la Corte di giustizia con le sentenze *Wippel* ([1266]) sul lavoro intermittente in Austria e *Mangold* ([1267]) sull'unico contratto a tempo determinato acausale in Germania a forzature e/o omissioni interpretative rispetto al complessivo quadro legislativo comunitario e alla stessa normativa interna scrutinata (v. *infra*).

Le soluzioni di politica del diritto della Corte europea nelle sentenze *Wippel* e *Mangold* sono state chiaramente orientate a proporre una retrocessione, una *abdicatio potestatis* della nomofilachia comunitaria, per concedere agli Stati membri e, in particolare, all'Italia e alla Germania, il massimo livello di flessibilità autoregolativa dei rapporti di lavoro atipici.

Sono stati, così, legittimati anche i nuovi *minijobs* ([1268]) tedeschi, reintrodotti nell'ordinamento teutonico con la legge Hartz II, nel quadro di riforma di Agenda 2010 proposto dal Governo Schröder, con decorrenza dal 1° aprile 2003, subito dopo l'entrata in vigore della legge (italiana) n.30/2003, contenente le deleghe sul riordino dei contratti a contenuto formativo e di tirocinio (art. 2), in materia di riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale (art. 3) e in materia di di

---

([1266]) C. giust., gr. sez., 12 ottobre 2004, C-312/02 *Nicole Wippel* v. *Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*., EU:C:2004. Su cui cfr. A. NICOLAI, *Rechtssicherheit für die Arbeit auf Abruf?*, in *Der Betrieb*, 2004, 2812-2814; E. BAGIANTI, *Il lavoro intermittente e l'ordinamento comunitario*, in GI, 2005, 1382-1389; V. BAVARO, *Lavoro a chiamata e Corte di giustizia a proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *RIDL,* 2005, II, 777-786; L. CORAZZA, *Lavoro intermittente e discriminazioni indirette: dalla Corte di Giustizia qualche indicazione sulla natura del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata*, in *MGL*., 2005, p.185-189; G. RICCI, in *Foro it.*, 2006, IV, Col. 267-277.

([1267]) C. giust., gr. sez., 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Helm*, EU:C:2005:709, in *LG*, 2006, 5, 459, con nota di P.NODARI; in *FI*, 2006, IV, 341, con nota di V. PICCONE e S. SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*; in *RIDL*, 2006, 251, con nota di O.BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*; in *RGL*, 2007, 205, con nota di L.CALAFÀ; in *RCDL*, 2006, 387, con nota di A. GUARISO; in *DL*, 2006, (1-2), 3, con nota di A.VALLEBONA. Sulla sentenza Mangold cfr. anche G.FRANZA, *La disciplina europea del lavoro a termine interpretata dal giudice comunitario*, in *MGL*, 2006, 230-234; L.CIARONI, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *GI*, 2006, 1816-1822; L. IMBERTI, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del la*voro, su *RIDL*, 2008, 2, 301-317; L. CAPPUCCIO, *Il caso Mangold e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione*, AA.VV., *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico,* Bologna, 2011, 111-124; A. D'ALOIA, *Il principio di non discriminazione e l'integrazione europea "attraverso" la Corte di giustizia: riflessi del caso Mangold*, ivi, 125-139; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 48-70; R. COSIO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RIDL,* 2012, I, 311 ss.

([1268]) Sui minijob tedeschi cfr. G. Gioli, *Minijobs: una forma di precariato in Germania*, su Bollettino ADAPT, 10 marzo 2014; M. Mazzon, *Minijob alla tedesca: facciamo un pò di chiarezza*, *ibidem*, 6 febbraio 2013.

tipologie di lavoro a chiamata, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale e a prestazioni ripartite (art. 4), deleghe che saranno recepite con il d.lgs. n.276/2003.

La politica di "non intervento" della Corte di giustizia sulle scelte normative italiane in materia di liberalizzazione dei rapporti "temporanei", dopo le sentenze Wippel e Mangold, si è poi limitata ad interventi di "salvaguardia" della tenuta dei conti pubblici interni su situazioni ad altissimo tasso di contenzioso interno delle imprese statali pubbliche, in un primo tempo con le due ordinanze *Vino* ([1269]) sui contratti acausali trimestrali di Poste italiane stipulati ai sensi dell'art.2, comma 1-*bis*, d.lgs. n.368/2001.

Successivamente, con la sentenza *Fiamingo* ([1270]) sui contratti acausali trimestrali dei lavoratori marittimi di Rete Ferroviaria italiana la Corte europea si è espressa nel senso della legittimazione temporanea dei (o della non ingerenza interpretativa sui) contratti acausali del decreto "Poletti" d.l. n.34/2014, convertito in legge in Parlamento il 7 maggio 2014 (legge n.78/2014), proprio in concomitanza con la discussione orale in Corte di giustizia della causa Fiamingo.

Le ordinanze Vino e la sentenza Fiamingo sono state superate dalla stessa Corte di giustizia, prima con l'ordinanza presidenziale del 17 settembre 2014 ([1271]) di rettifica e correzione dell'errore in fatto del punto 20 della sentenza Fiamingo, e poi con la sentenza *Commissione* contro *Lussemburgo* ([1272]), la prima e unica formale sentenza della Corte europea di condanna di uno Stato membro per inadempimento alla direttiva 1999/70/CE.

---

([1269]) C. giust. ordinanza 11 novembre 2010, C-20/10, EU:C:2010:677, e ordinanza 22 giugno 2011, C-161/11, EU:C:2011:420, *Vino* v. Poste italiane. Sulle critiche alla 1ª ordinanza *Vino* si rimanda a V. DE MICHELE, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine,* in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, di R. FOGLIA, R. COSIO (a cura di), 2011, Milano, 605-752.

([1270]) C. giust. 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2238 *Fiamingo ed altri* v. *Rete ferroviaria italiana*, su *RIDL*, 2015, II, 291 ss., con nota di E.Ales, *La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva*. In dottrina, v. L. Menghini, *Diritto speciale nautico, diritto comune e diritto eurounitario: le loro interferenze nelle pronunce della Cassazione e della Corte di giustizia Ue sul contratto di arruolamento a tempo determinato*, in www.europeanrights.eu, 2015; A.Vimercati, *Lavoro marittimo, se tra due part time non passano 60 giorni il rapporto diventa a tempo indeterminato*, su *GD*, 1° settembre 2014; V. De Michele, *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in www.europeanrights.eu, 2015; A. Charbonneau, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Application de la directive CDD aux marins*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2014, 555-556; A. Von Medem, *Sozialpolitik: Befristete Arbeitsverträge*, in *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2015, 243-247.

([1271]) Con ordinanza del presidente della III sezione della Corte di giustizia del 17 settembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2238) è stato corretto, senza ricorrere al procedimento di revocazione della sentenza per errore in fatto determinante, ai sensi dell'art.159 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, il punto 20 della sentenza Fiamingo nella parte in cui riteneva che i contratti a termine della fattispecie di causa prevedessero un intervallo non lavorato l'uno dall'altro inferiore a 60 giorni, determinando così l'errore in diritto nella decisione della Corte europea per l'indicazione al giudice del rinvio (la Cassazione) di applicare una norma interna – l'art. 326 del codice della navigazione – palesemente inapplicabile al caso, trattandosi invece di una pluralità di contratti a tempo determinato per il tramite del collocamento pubblico della gente di mare con cadenza annuale e della durata di 78 giorni, con un intervallo l'uno dall'altro ben superiore a 60 giorni.

([1272]) C. giust. 26 febbraio 2015, C-238/14, EU:C:2015:128, su cui cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in *Il contratto a termine nel pubblico impiego dopo la sentenza "Mascolo": il difficile raccordo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, di D. GAROFALO (a cura di), in Quaderni Dipartimento jonico Università di Bari, 2015, 3, 39. Il ricorso per inadempimento che ha portato alla sentenza *Commissione* contro *Lussemburgo* fu addirittura sollecitato alla Commissione Ue dal Collegio della III Sezione della Corte europea in sede di discussione orale della causa Fiamingo all'udienza del 7 maggio 2014, quando la difesa dei lavoratori marittimi lamentò che le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione e la difesa della causalità del contratto a tempo determinato nella disciplina del d.lgs. n.368/2001 sin dal primo ed eventualmente unico rapporto aveva spinto il Governo nazionale ad introdurre con decretazione di urgenza la disciplina dei contratti acausali, per eliminare tutte le tutele antiabusive.

Anche le sentenze *Wippel* e *Mangold* sono state, con molte difficoltà ma irreversibilmente, superate dalla successiva giurisprudenza comunitaria, quando la Corte di giustizia è stata costretta a individuare delle nozioni autonome di diritto dell'Unione europea che limitassero l'uso della flessibilità consentita nelle direttive sociali, con le sentenze *Adeneler* ([1273]) e la sentenza *Del Cerro* ([1274]) sulla direttiva 1999/70/CE, con la sentenza *O' Brien* ([1275]) sulla direttiva 97/81/CE, con la sentenza *Andersen* ([1276]) sulla direttiva 91/533/CEE e, recentemente, con la sentenza *Abercrombie* ([1277]) sull'inutilizzabilità della direttiva 2000/78/CE sulla discriminazione per età delle condizioni di lavoro per sanzionare l'abuso di contratti flessibili e atipici rispetto al modello standard di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, nel caso in cui non venga dedotta (anche) la violazione degli accordi quadro sul part time o sul lavoro a tempo determinato.

Le nuove discipline del lavoro autonomo non imprenditoriale, del lavoro occasionale e del lavoro "agile" andranno, dunque, interpretate alla luce delle nozioni Ue di lavoratore subordinato e di lavoro autonomo e del margine di flessibilità garantito dalla normativa e dalla giurisprudenza dell'Unione sia per quanto riguarda l'autodeterminazione nella organizzazione dell'orario di lavoro sia per quanto attiene le tutele antidiscriminatorie e sostanziali del lavoro autonomo "debole" e del lavoro occasionale.

### 3.1. La sentenza Wippel della Corte Ue sul lavoro intermittente: il primo esperimento "extracomunitario" di flessibilità autorizzata.

La sentenza Wippel della Corte di giustizia ha rappresentato la posizione meno avanzata della Corte europea nell'intervenire sulla legislazione interna in materia di flessibilità lavorativa, dichiarando sostanzialmente la propria incompetenza interpretativa per lasciare ampio spazio alla discrezionalità degli Stati membri, in un momento storico - 2003-2005 - in cui la parola d'ordine in Europa era ancora fondata sull'incentivazione dell'occupabilità attraverso l'uso flessibile dei contratti di lavoro atipici, avallando le riforme del lavoro proposte contestualmente nel 2003 in Germania con il piano "Agenda 2010" e in Italia con il d.lgs. n.276/2003, ma anche legittimando la prassi contrattuale nel diritto anglosassone dei contratti "a zero ore" o contratti a chiamata ("*labour zero*").

Per operare in questa direzione, la Corte Ue nella sentenza Wippel si è avvalsa della complicità del giudice del rinvio (Oberster Gerichtshof, la Cassazione austriaca), che, con un'articolatissima

([1273]) C. giust. 4 luglio 2006, C-212/04, *Konstantinos Adeneler* et al. c. *Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, EU:C:2006:443. Sulla sentenza *Adeneler* v. R. CONTI E R. FOGLIA, *Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico*, su *CG*, 2006, 1456-1459; L. ZAPPALÀ, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, in *GRI*, 2006, 439-444; G. FRANZA, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, in *MGL*, 2006, 752-755; A.M. PERRINO, *Perplessità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *FI*, 2007, IV, Col. 75-81; L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *FI*, 2007, IV, Col. 344-348; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, *op. cit.*, 48-70.

([1274]) C. giust. 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, EU:C:2007:509, su *FI*, 2007, IV, Col.617-618, con nota di G. RICCI; su *RIDL*, 2008, 2, 326-334, con nota di L. ZAPPALÀ, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*; E. Lafuma, *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2007, 993-996; A. VALENTINI, *La sentenza della Corte di giustizia nel caso Yolanda Del Cerro Alonso: sua incidenza sulla disciplina del lavoro a tempo determinato*, in *DCSI*, 2008, 739-755.

([1275]) C. giust. 1° marzo 2012, C-393/10, *Dermond Patrick O'Brien c. Ministry of Justice*, EU:C:2012:110. La questione pregiudiziale è stata sollevata dalla Supreme Court of the United Kingdom che, peraltro, continua a dialogare con la Corte di giustizia sollevando nella stessa causa principale *O' Brien* la nuova pregiudiziale C-432/17, onde estendere la tutela previdenziale dei giudici onorari impiegati *part-time* anche per il periodo di servizio antecedente alla data di entrata in vigore della direttiva 97/81/CE.

([1276]) C. giust., 18 dicembre 2008, C-306/07, *Andersen*, EU:C:2008:743.

([1277]) C. giust. 19 luglio 2017, C-146/16, *Abercrombie & Fitch Italia s.r.l.* v. *Antonino Bordonaro*, EU:C:2017:566.

ordinanza di pregiudizialità, ha chiesto al giudice comunitario una sostanziale autorizzazione al legislatore interno, *de iure condendo*, a legittimare la prassi contrattuale atipica che si andava affermando, ad "anestetizzare" cioè, evitandola, l'influenza delle direttive sociali sulla normativa dello Stato nazionale, operante prima del recepimento della disciplina sovranazionale, nel caso di specie rappresentata dalla direttiva 97/81/CE, il cui obbligo di recepimento era scaduto il 20 gennaio 2000.

In particolare, la lavoratrice Wippel aveva lavorato tra ottobre 1998 e giugno 2000 alle dipendenze di un'impresa del settore del commercio al dettaglio di abbigliamento (la P & C), con un rapporto di lavoro fondato su un contratto quadro per la prestazione di lavoro intermittente, impostato sul principio del lavoro secondo il fabbisogno, che non prevedeva orari di lavoro fissi, dal momento che la durata e l'organizzazione dell'orario di lavoro dovevano essere fissate di volta in volta di comune accordo tra le parti.

Il datore di lavoro richiedeva i servizi della sig.ra Wippel in base alla quantità di lavoro da eseguire, e la lavoratrice poteva rifiutare in qualsiasi momento una chiamata lavorativa senza necessità di giustificarsi. La retribuzione prevista era di € 6,54 all'ora, cui si aggiungevano le eventuali provvigioni sulle vendite. Il maggior numero di ore di lavoro prestate in un mese dalla lavoratrice è stato nell'ottobre 1999, quando ha lavorato 123,32 ore.

Dopo la cessazione del rapporto a giugno 2000 la lavoratrice ha adito l'azienda, la P & C, davanti al giudice del lavoro austriaco (l'Arbeits - und Sozialgericht Wien), per il pagamento della differenza tra la somma dovuta per la durata massima di lavoro che avrebbe potuto esserle richiesta e l'importo dovuto per le ore di lavoro da essa effettivamente prestate.

Dopo il rigetto della domanda in primo e secondo grado, la Cassazione austriaca ha proposto alla Corte di giustizia quesiti chiaramente strumentali alla legittimazione della massima flessibilità della tipologia contrattuale costruita, come nella fattispecie di causa, di lavoro intermittente senza determinazione della durata minima settimanale o mensile.

Il caso Wippel era, dunque, l'archetipo del lavoro intermittente introdotto dal d.lgs. n. 276/2003, attualmente disciplinato dagli artt. 13-18 del d.lgs. n. 81/2015, nonché del lavoro occasionale, introdotto dalla stessa legge "Biagi" e attualmente disciplinato dall'art.54-bis del d.l. n.50/2017, dopo l'abrogazione, con l'art.1, comma 1, del d.l. n.25/2017, della disciplina delle prestazioni di lavoro accessorio di cui agli artt.48-50 del d.lgs. n.81/2015.

La Corte di giustizia, infatti, indirettamente ha legittimato tale tipologia contrattuale atipica per avere escluso la comparabilità tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale con orario definito, in una fattispecie di lavoro atipico in relazione alla quale operava soltanto (dal 20 gennaio 2000) la direttiva del 1997 sul lavoro a tempo parziale e non la direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, il cui termine di trasposizione negli ordinamenti interni sarebbe scaduto soltanto nel luglio 2001.

La strumentalità della domanda pregiudiziale nel caso Wippel sta nella precisazione, nell'ordinanza di rinvio, che, da un lato, in base al diritto austriaco, è priva di effetto e dev'essere dunque dichiarata nulla una clausola, quale quella in questione nella causa principale, che produce l'effetto che il lavoratore a tempo parziale rinunci, nel corso del rapporto di lavoro con il suo datore di lavoro, al diritto, riconosciutogli dall'art. 19 d, n. 2, dell' Arbeitszeitgesetz (la legge sull'orario di

lavoro o «AZG»), alla determinazione per contratto della durata del suo orario di lavoro (sentenza Wippel, punto 25).

Dall'altro, per aprire alla legittimazione della prassi contrattuale utilizzata dal datore di lavoro della causa principale, la stessa Cassazione austriaca ha affermato che, per quanto riguarda i lavoratori a tempo pieno, l'AZG non soltanto prevedeva, all'art. 19 c, che gli orari corrispondenti alla durata normale del lavoro dovessero costituire l'oggetto di un accordo tra il datore di lavoro e il lavoratore, a meno che non fossero disciplinati da norme della contrattazione collettiva, ma fissava altresì, all'art. 3, la durata normale del lavoro in misura pari, in linea di principio, a 40 ore settimanali e ad 8 ore giornaliere; mentre, per quanto riguarda i lavoratori a tempo parziale, l'art. 19 d, n. 2, dell'AZG, pur disponendo che la durata del lavoro e l'organizzazione dell'orario di lavoro dovessero costituire l'oggetto di un accordo in quanto non fossero disciplinati da norme della contrattazione collettiva, non conteneva alcun'altra disposizione che regolasse la durata del lavoro e l'organizzazione dell'orario di lavoro a tempo parziale (sentenza *Wippel*, punto 26).

Sotto il secondo profilo della valorizzazione, nella norma interna, dell'accordo tra le parti per la determinazione dell'orario di lavoro nella tipologia del contratto a tempo parziale, il giudice di rinvio ha dimenticato, intenzionalmente, di confrontarsi con la direttiva 91/533/CEE, che dispone all'art.1, comma 2, che gli Stati membri possono prevedere che la presente direttiva non si applichi ai lavoratori il cui contratto o rapporto di lavoro a) abbia una durata complessiva non superiore ad un mese e/o non superi le otto ore di lavoro settimanale, ovvero b) abbia carattere occasionale e/o particolare purché, nel caso specifico, ragioni obiettive giustifichino la sua non applicazione.

È evidente come il contratto quadro di lavoro intermittente della sig.ra Wippel non rientrasse in nessuna delle descritte ipotesi di esclusione del campo di applicazione della direttiva 91/533 e che, pertanto, la P & C avrebbe dovuto fornire alla propria dipendente "atipica" *contra legem* quelle informazioni preventive sulle condizioni di lavoro previste dall'art.2, comma 2, della direttiva sociale e, in particolare, la durata prevedibile del contratto o del rapporto di lavoro [lettera e)], trattandosi sostanzialmente di rapporto temporaneo mascherato da contratto a durata indeterminata e, in ogni caso, la durata normale giornaliera o settimanale del lavoro [lettera i)].

D'altro canto, secondo il diritto austriaco la nullità della clausola di rinuncia da parte del lavoratore, nel corso del rapporto con il suo datore di lavoro, al diritto, alla determinazione per contratto della durata del suo orario di lavoro discendeva proprio dall'applicazione degli elementi inderogabili delle condizioni di lavoro enunciati nella direttiva 91/533, che la giurisprudenza nazionale, chiedendo ed ottenendo la complicità della Corte di giustizia, intendeva superare per affermare il dogma della flessibilità attraverso il consenso e l'accordo preventivo della parte debole del contratto.

Nelle conclusioni della causa *O' Brien* (EU:C:2011:746, depositate il 17 novembre 2011) ai punti 22-26 l'Avvocato generale Kokott, sulla questione dei giudici onorari britannici con rapporto di lavoro a tempo parziale, cercherà di chiarire il diverso punto di vista espresso nelle sue conclusioni della causa *Wippel* (EU:C:2004:308, depositate il 18 maggio 2004), ove aveva escluso la comparabilità della situazione della lavoratrice intermittente con le stesse condizioni di lavoro a tempo indeterminato per quanto riguarda la determinazione dell'orario e la parametrazione della retribuzione.

Secondo la Kokott il diritto nazionale austriaco nel caso *Wippel* presentava un'accezione molto estesa della nozione di lavoratore e la Corte Ue si era limitata ad accertare che anche una nozione

di lavoratore presente in un'accezione molto estesa nel diritto nazionale rientrava nell'ambito di applicazione della direttiva 97/81/CE, mentre, nel caso *O' Brien*, il giudice del rinvio (la Corte suprema del Regno Unito) avrebbe chiesto se l'esclusione, da parte del diritto nazionale, dei giudici onorari dall'ambito di applicazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale contrastasse con la direttiva 97/81.

In realtà, come si è innanzi precisato, la "dimenticata" direttiva 91/533/CEE sull'informazione ai lavoratori delle condizioni di lavoro costituiva il limite esterno invalicabile, che non avrebbe consentito (e non consentiva) all'ordinamento nazionale austriaco (nel caso *Wippel*) di considerare legittima la clausola di flessibilità sulla libera determinazione dell'orario di lavoro e sulla totale valorizzazione dell'autonomia negoziale, secondo il diritto anglosassone.

Anche dietro la spinta adesiva della giurisprudenza di merito italiana in sede di rinvio pregiudiziale ([1278]), la Corte di giustizia sarà costretta a riscoprire la centralità della direttiva "sulle dichiarazioni scritte" ai fini dell'elaborazione di una nozione autonoma di lavoratore nel diritto dell'Unione, correggendo l'omissione e la conseguente opzione interpretativa nella sentenza *Wippel* sulla direttiva sul lavoro a tempo parziale, che ha favorito notevolmente la diffusione dei contratti atipici e di quella flessibilità lavorativa non regolata, che ora le Istituzioni europee intendono fortemente limitare.

### 3.2. La sentenza Mangold della Corte Ue sul lavoro a tempo determinato: il secondo esperimento "extracomunitario" di flessibilità autorizzata.

Prima del recepimento della direttiva 1999/70/CE, in Germania l'art. 1 ([1279]) della legge per l'incremento dell'occupazione ([1280]) prevedeva la possibilità di stipulare contratti a termine acausali, cioè senza ragioni obiettive, con tre limiti, uno "esterno" legato alla durata massima dei rapporti a tempo determinato (due anni), l'altro "interno" (cioè nell'arco temporale complessivo del 1° limite) del numero massimo di rinnovi (tre), il terzo "antifraudolento", che escludeva il ricorso al termine nel caso di uno stretto legame con un precedente contratto (a tempo indeterminato o a tempo determinato), legame che si presumeva quando l'intervallo tra i due contratti di lavoro era inferiore ai quattro mesi.

L'unica eccezione ammessa rispetto all'applicazione dei primi due limiti (ma non di quello "antifraudolento") era quella del lavoratore ultrasessantenne al momento in cui iniziava il rapporto a termine, che, per evidenti ragioni finalizzate a favorire il reinserimento lavorativo di un soggetto

---

([1278]) Nelle tre ordinanze di rinvio pregiudiziale nelle cause (poi riunite) C-22/13 *Mascolo*, C-61/13 *Forni* e C-62/13 *Racca* il Tribunale di Napoli (Est. Coppola) ha posto il seguente quesito, non delibato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* perché assorbito dalla decisione sugli altri quesiti e dall'incompatibilità del reclutamento scolastico con la direttiva 1999/70/CE: «Se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla direttiva 91/533/CEE e segnatamente dall'articolo 2, commi 1 e 2, lett. e), rientri l'indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato».

([1279]) L'art.1 della legge tedesca sull'incremento dell'occupazione del 25/9/1996 disponeva: «(1) I contratti di lavoro a tempo determinato sono ammessi per la durata massima di due anni. Entro tale limite massimo totale di due anni, un contratto a tempo determinato può essere rinnovato al massimo tre volte. (2) I contratti di lavoro a tempo determinato sono ammessi senza la condizione di cui al n. 1 se il lavoratore ha raggiunto l'età di 60 anni al momento in cui inizia il rapporto di lavoro a tempo determinato. (3) I contratti di lavoro ai sensi dei nn. 1 e 2 non sono consentiti qualora esista uno stretto legame con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato o con un precedente contratto di lavoro a tempo determinato ai sensi del n. 1 con lo stesso datore di lavoro. Si presume un siffatto stretto legame in particolare quando l'intervallo tra i due contratti di lavoro è inferiore ai quattro mesi. (4) La possibilità di limitare la durata dei contratti di lavoro per altri motivi resta immutata. (…)».

([1280]) Beschäftigungsförderungsgesetz, come modificata con legge 25/9/1996.

"debole" e prossimo al raggiungimento dell'età della pensione, poteva essere assunto a termine per più di due anni e senza limiti di rinnovi.

Prima del recepimento in Germania e in Italia della direttiva sul lavoro a tempo determinato, con la sentenza *Vitari* ([1281]) la Corte di giustizia ai punti 21-26, in contrasto con le conclusioni dell'Avvocato generale Colomer (EU:C:2000:371) e anche con la precedente sentenza *Tordeur* ([1282]) della Corte di Lussemburgo (che riguardava il lavoro interinale), aveva rimesso al Giudice nazionale (Pretore del lavoro di Torino), sulla base della regolamentazione interna e quindi della legge n. 230/1962 all'epoca applicabile, il potere di verificare le condizioni di riqualificazione dei contratti a tempo determinato in caso di illegittimo utilizzo anche nei confronti delle Istituzioni europee e, nel caso affermativo, di applicare la corrispondente sanzione, cioè la conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro con termine illegittimo.

La Commissione europea, pur stabilendo l'art.3 del regolamento applicabile agli altri agenti delle Comunità europee («RAA») la regola, mutuata dall'art.1, comma 1, della legge n.230/1962, secondo cui i contratti di lavoro degli agenti locali in servizio negli Stati membri, in linea di principio, devono essere conclusi per una durata indeterminata e che deroghe a tale principio sono ammesse solo qualora le circostanze o la natura del lavoro esigano la fissazione di un termine, non prevedeva e non prevede nessuna delle misure preventive di cui alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, precarizzando così senza limiti i rapporti di lavoro dei propri dipendenti "flessibili".

Gli agenti contrattuali della Commissione sono assunti con procedura selettiva, per una durata massima di sei anni - nella regolamentazione attuale che è entrata in vigore dal 1° gennaio 2014 (art.3-bis RAA ([1283])) - su posti non vacanti, perché occupati da lavoratori permanenti assenti, o comunque per impieghi legati a stanziamenti finanziari diversi da quelli del bilancio ordinario dell'Istituzione, senza possibilità di riqualificazione a tempo indeterminato e di poter effettuare quei concorsi riservati agli agenti "temporanei".

Gli agenti "temporanei" della Commissione differiscono dai funzionari (lavoratori permanenti "di ruolo" a tempo indeterminato) in quanto lavoratori a tempo indefinito non permanente in servizio su posti vacanti in organico, destinati a cessare il rapporto di lavoro nel caso di assegnazione del posto vacante a funzionario di ruolo, per lo più individuato nella persona dello stesso agente temporaneo, previo superamento del concorso riservato.

Va sottolineato che l'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, per quanto riguarda la clausola 5, punto 1, sulle misure preventive contro l'abusivo ricorso ai contratti

---

([1281]) C. giust., 9 novembre 2000, C-129/99, *Vitari* v. *Fondazione europea per la formazione professionale*, EU:C:2000:371. La sentenza Vitari è stata citata per la prima volta da F. BUFFA, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, Ufficio del Massimario della Cassazione, relazione tematica n.2 del 12 gennaio 2011. Cfr., inoltre, V. DE MICHELE, *La relazione del Massimario della Cassazione rievoca i "fantasmi" della l. n.230/1962 sul contratto a termine*, su *LG*, 2011, 3, 237 ss.

[1282] C. giust., 3 ottobre 1985, C-232/84, *Commissione* v. *Tordeur*, EU:C:1985:392.

([1283]) Con l'entrata in vigore del nuovo Statuto il 1º gennaio 2014 è stata estesa fino a sei anni l'originaria durata massima di 3 anni della durata del contratto degli agenti contrattuali della Commissione. Nella relazione della Commissione sul ricorso agli agenti contrattuali nel 2014 del 9 agosto 2016 COM(2016) 499 final a pag.5 si riferisce che «molti agenti contrattuali che avevano già prestato tre anni di servizio e che continuavano a prestare servizio alla Commissione in qualità di interinali hanno potuto essere riassunti per un ulteriore periodo contrattuale, permettendo alla Commissione di avvalersi di agenti contrattuali già formati e immediatamente operativi, consentendo di ridurre il numero di interinali.».

flessibili, recepiva i due modelli di tutela antiabusiva vigenti nella legislazione italiana (art.1 della legge n.230/1962) delle ragioni oggettive temporanee per ogni singolo contratto a termine [lettera a)] e, come si è anticipato, nella legislazione tedesca (art.166 della legge per l'incremento dell'occupazione *Beschäftigungsförderungsgesetz,* come modificata con legge n. 25/9/1996) della durata massima dei rapporti a tempo determinato di due anni [lettera b)] e del numero massimo di tre rinnovi [lettera c)].

Seguendo l'orientamento della sentenza *Vitari* della Corte di giustizia, il legislatore tedesco ha dato tempestiva attuazione alla direttiva 1999/70/CE con la legge sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato «TzBfG» del 21 dicembre 2000, entrata in vigore il 1° gennaio 2001, che, all'art. 14, disciplina i contratti a tempo determinato seguendo il modello italiano dell'art.1, comma 2, della legge n.230/1962.

Per la prima volta nell'ordinamento tedesco è stata introdotta, in applicazione della direttiva 1999/70, al n. 1 dell'art.14 TzBfG la misura preventiva di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a) dell'accordo quadro delle ragioni obiettive**,** non prevista nella precedente disciplina interna, ritenendo evidentemente il legislatore tedesco tale misura la più efficace tra quelle preventive, anche alla luce del 6° considerando dell'accordo quadro, aggiungendola alle altre due misure preventive – già previste nella previgente disciplina- della clausola di durata massima (di due anni) e del numero massimo di rinnovi (tre, all'interno dell'arco temporale di due anni), con una ulteriore misura antiabusiva in materia di successione di contratti di un significativo intervallo minimo di non lavoro (quattro mesi) per impedire la riqualificazione a tempo indeterminato.

Infine, ed è questa la parte della normativa tedesca sul contratto a termine che verrà considerata ingiustificatamente in contrasto con la direttiva comunitaria (non sul contratto a tempo determinato, ma antidiscriminatoria) 2000/78/CE ([1284]), l'art.14 ([1285]) n.3 TzBfG non richiedeva una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato, qualora il lavoratore all'inizio del rapporto avesse già compiuto 58 anni, con espresso divieto di stipulare un contratto a tempo determinato qualora vi fosse una stretta connessione obiettiva con un precedente contratto a tempo indeterminato con il medesimo datore di lavoro (connessione obiettiva sussistente qualora tra i due contratti di lavoro vi sia un intervallo di tempo inferiore ai 6 mesi). Il limite di 58 anni è stato sostituito fino al 31 dicembre 2006 con quello di 52 anni.

Con l'entrata in vigore della rigorosa nuova disciplina sul lavoro a tempo determinato, i *minijobs* tedeschi perdevano così ogni fondamento giuridico e venivano di fatto abrogati, in quanto la descritta opportunità di deroga all'applicazione della disciplina europea sul lavoro a tempo parziale non aveva trovato alcun sostegno in *sedes materiae*, cioè nel successivo accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 1999, in cui il lavoro occasionale non era stato escluso dal campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE.

La genericità della formulazione della norma (clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato) e l'efficacia applicativa delle tutele minime garantite dalla normativa comunitaria specifica sul contratto a termine hanno consentito di far rientrare nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE direttamente il lavoro stagionale e il lavoro temporaneo (in

([1284]) Direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, pubblicata su G.U.C.E. L 303 del 2 dicembre 2000, 16.
([1285]) Nel testo modificato dalla prima legge per prestazioni di servizi moderni sul mercato del lavoro del 23 dicembre 2002, in vigore dal 1° gennaio 2003.

relazione ai quali al punto 7 la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori aveva sollecitato una autonoma regolamentazione) e, indirettamente, il lavoro tramite agenzia interinale (che sostituisce di fatto nella nomenclatura della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori ([1286]) al punto 7 il lavoro temporaneo) a tempo determinato ([1287]) svolto presso «imprese utilizzatrici che esercitano un'attività economica con o senza fini di lucro» ([1288]).

In Italia, in senso opposto a quanto operato dal legislatore tedesco, con il d.lgs. n.368/2001, prima dell'intervento correttivo ed integrativo della giurisprudenza di merito e di legittimità ([1289]), è stato eliminato il rapporto regola/eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine, operando la sanzione della "conversione" a tempo indeterminato solo in caso di vizi formali per mancata specificazione delle generiche ragioni sostitutive, tecniche, organizzative o produttive di apposizione del termine ai rapporti di durata superiore a 12 giorni (art.1, comma 2, d.lgs. n.368/2001), oltre alla regolamentazione della successione dei contratti e delle sanzioni connesse di cui all'art.5 d.lgs. n.368/2001, senza nessuna delle misure preventive della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro ([1290]).

Con la legge Hartz II (nel quadro della riforma Agenda 2010 proposta dal Governo Schröder) con decorrenza dal 1° aprile 2003 la disciplina dei minijobs è stata ripristinata e l'art.8 della legge SGB IV è stato rubricato "attività di lavoro dipendente di minima entità e (esercenti una) attività di lavoro autonomo di minima entità", distinguendo così anche sul piano terminologico le due soluzioni interne di lavoro occasionale dipendente (minijobs presso le aziende commerciali e le case di cura) e autonomo (minijobs di breve durata), nella regolamentazione attualmente in vigore.

Contestualmente, dopo le conformi conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 10 aprile 2003 (EU:C:2003:224) - nonostante la ferma opposizione di Austria, Svezia e Olanda all'udienza in seduta plenaria dell'11 febbraio 2003 e nelle osservazioni scritte, che chiedevano alla Corte di giustizia di non modificare la sentenza *Vitari* e di consentire l'applicazione estensiva delle direttive sociali anche ai rapporti di lavoro degli agenti contrattuali della Commissione europea attraverso

([1286]) Approvata a Strasburgo dai Capi di Stato o di Governo degli Stati membri CE il 9 dicembre 1989. La Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori è stata svalutata proprio nelle conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *Wippel* C-312/02 ai punti 36-41, nonostante fosse stata espressamente richiamata come parametro interpretativo nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, in quanto, «a causa della mancanza di competenza normativa in capo al Consiglio europeo, non può essere considerata quale atto vincolante di diritto derivato», dal momento che «in essa vengono semplicemente espressi orientamenti politici generali in campo sociale con l'obiettivo di dare all'Unione un impulso al suo sviluppo nel settore della politica sociale». La Carta, assieme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, alla Carta sociale europea del 1961, a varie direttive, ed a principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è confluita nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, su cui cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea?*, in *GC*, 2001, 1, 193 ss.; S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, 2001, 168 ss.

([1287]) Cfr. l'art. 5, punto 1, della Direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale: «Per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro.».

([1288]) Cfr. art. 1, punto 2, della Direttiva 2008/104/CE.

([1289]) Cfr. Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *LG*, 2008, 9, 903, con nota di V. DE MICHELE, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*. In dottrina, si veda A.M. PERRINO, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*, in *Il Foro it.*, 2008, n. 12, 3576; A. OLIVIERI, *La Cassazione e il rasoio di Ockham applicato al contratto a termine: la spiegazione più semplice tende a essere quella esatta*, in *RIDL*, 2008, II, 891; critico A. VALLEBONA, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile*, in *MGL*, 2008, 8-9, 643.

([1290]) Sul punto si rimanda a V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, AA.VV., M. CINELLI, G. CINELLI., O. MAZZOTTA (a cura di), Torino, 2013, 19 ss.

la normativa interna nazionale di recepimento -, la Commissione ha ottenuto una revisione della sentenza *Vitari* con la decisione *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich*[1291], attraverso una manipolazione interpretativa del precedente specifico (sentenza *Vitari*, punto 23), concludendo l'adunanza plenaria del Collegio di Lussemburgo per la non applicazione della legislazione nazionale del luogo in cui l'agente locale della Commissione operava, così creando i presupposti anche per la non applicazione della direttiva 1999/70/CE nei confronti di tutto il personale precario delle Istituzioni comunitarie.

Tuttavia, le sentenze *Wippel* e *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich* della Corte di giustizia non garantivano la compatibilità comunitaria delle riforme introdotte in Germania e in Italia sulla flessibilità nei rapporti di lavoro, ma soltanto che la Commissione europea, per mantenere l'autoregolamentazione dei contratti dei propri agenti temporanei e la competenza giurisdizionale esclusiva della Corte di giustizia e non dei giudici nazionali sulla flessibilità "interna" del "custode" dei Trattati, non avrebbe mai attivato alcuna procedura di infrazione per presunte violazioni della direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, che, soprattutto nella poco flessibile legislazione tedesca di recepimento del 2000 e non certamente nel d.lgs. n.368/2001, costituiva il vero freno alla spinta riformatrice.

Viene, allora, costruita una controversia simulata ([1292]), instaurata dal Sig. Werner Mangold nei confronti del suo finto datore di lavoro, l'avvocato Rüdiger Helm, il vero ideatore della causa ([1293]).

Poco dopo il ripristino in Germania della disciplina dei minijobs, infatti, l'avv. Helm si è preoccupato, il 26 giugno 2013, di stipulare, come datore di lavoro, con il sedicente "anziano" lavoratore a tempo determinato part-time per poche ore settimanali sig. Mangold, all'età di 56 anni, un primo e unico contratto a termine rigorosamente acausale per il periodo dal 1° luglio 2003 al 28 febbraio 2004.

Nel contratto Helm/Mangold viene espressamente ed esclusivamente applicata la norma interna ([1294]), che non richiedeva una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato, qualora il lavoratore all'inizio del rapporto avesse già compiuto 52 anni, che, per favorire il reinserimento occupazionale dei lavoratori anziani, consentiva la "acausalità" del

---

([1291]) Corte di giustizia, adunanza plenaria, sentenza 10 luglio 2003, causa C-165/01, *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich* v. *Commissione Comunità europee*, EU:C:2003:401.

([1292]) Il Tribunale del lavoro di Ratisbona con ordinanza del 16 giugno 2004 aveva sollevato nella causa C-261/04 identiche questioni di pregiudizialità rispetto a quelle proposte dal Tribunale del lavoro di Monaco nella causa Mangold. Il ricorrente era tale Gerhard Schmidt contro Fa. Sennebogen Maschinenfabrik GmbH. La causa avrebbe potuto essere riunita alla causa Mangold. Invece, con incredibile velocità processuale il Tribunale di Ratisbona con ordinanza dell'8 dicembre 2004 ha ritirato la pregiudiziale comunitaria e, in conseguenza, con ordinanza presidenziale del 31 gennaio 2005 la Corte di giustizia ha disposto la cancellazione della causa dal ruolo. È probabile che il difensore del Sig. Schmidt fosse proprio l'avv. Helm.

([1293]) Il più autorevole precedente di finta controversia portata all'attenzione della Corte di Giustizia è italiano. La Corte di giustizia con sentenza dell'11 dicembre 1997 nella causa C-55/06 ha dichiarato illegittimo il monopolio statale sul collocamento subordinatamente all'accertamento che «gli uffici di collocamento non siano palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro». La questione di pregiudizialità comunitaria fu sollevata dalla Corte di appello di Milano in sede di reclamo avverso il decreto del 18 dicembre 1995, con cui il Tribunale di Milano aveva respinto l'omologazione dell'atto costitutivo della Job Centre coop. a r.l., società cooperativa in via di costituzione che si proponeva nell'oggetto sociale di svolgere attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro subordinato e di fornitura temporanea a terzi di prestazioni di lavoro. In realtà, Job Centre era stata già omologata con un altro oggetto sociale due mesi prima del decreto di reiezione dell'omologa con altro oggetto e continuerà a svolgere l'attività effettiva (servizi di pulizia) fino al 2004. Sulla questione pregiudiziale Job Centre v. *RGL*, 1998, II, 27 con nota di M. ROCCELLA, *Il caso Job Centre: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*; nonché *RIDL*, 1998, II, 22 ss., con nota di P. ICHINO (difensore di Job Centre), *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*.

([1294]) Art.14, n.3, «TzBfG» del 21 dicembre 2000, entrata in vigore il 1° gennaio 2001.

contratto a termine essendovi, però, come si è visto, le altre due misure preventive della clausola di durata di due anni e del numero massimo di tre rinnovi, che impedivano la precarizzazione dei rapporti di lavoro di questa categoria di soggetti "deboli".

Come risulta sia dalle conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano depositate il 30 giugno 2005 (EU:C:2005:420, punti 22-35) sia dalle note della Repubblica tedesca e della stessa Commissione, sia infine dalla sentenza *Mangold* della grande sezione, che il *leading case* del sedicente lavoratore anziano, assunto con un vero e proprio minijobs camuffato da formale contratto a tempo determinato, è stato portato all'attenzione del giudice nazionale (Arbeitsgericht, Tribunale del lavoro di Monaco) poche settimane dopo l'inizio del fantomatico rapporto di lavoro, per poi essere sottoposto alla Corte di giustizia con ordinanza di rinvio del 26 febbraio 2004, quando il rapporto di lavoro fittizio non si era ancora concluso.

Tre erano le istanze pregiudiziali richieste dal lavoratore Mangold nella controversia contro il suo datore di lavoro Helm (che ovviamente si è difeso da solo), finalizzate a verificare, in una controversia tra privati, la compatibilità della norma interna con la direttiva 1999/70/CE e con la direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE, sul falso presupposto che la disciplina nazionale in questione ammettesse senza limiti contratti a tempo determinato con lavoratori anziani.

Con la sentenza *Mangold* la Corte di giustizia - suscitando la protesta di molti Avvocati generali ([1295]) per aver incautamente combinato gli effetti di due direttive, quella 1999/70 sul contratto a tempo determinato (di cui aveva negato l'applicazione al caso di specie sul primo e unico contratto a termine) e quella antidiscriminatoria sulle condizioni di impiego 2000/78/CE - ha affermato l'incompatibilità della norma interna, che agevolava il reinserimento a tempo determinato di lavoratori "anziani", con la direttiva 2000/78, consentendo al giudice nazionale la disapplicazione della regola nazionale e la conversione a tempo indeterminato del finto lavoratore, assunto fittiziamente da Helm proprio per creare il *casus belli*.

La Corte di giustizia, dunque, su un caso giudiziario inventato, partendo dalla legislazione tedesca che aveva scelto le ragioni oggettive temporanee come principale misura antiabusiva, ha, inizialmente, escluso il primo e unico contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive dal campo di applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, dando così la possibilità agli Stati membri di flessibilizzare i rapporti di lavoro a termine senza l'ingerenza interpretativa della giurisprudenza comunitaria, legittimando sia i minijobs tedeschi sia il primo e unico contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001, in un contesto normativo interno (quello italiano) in cui la tutela antiabusiva sulla successione contrattuale era affidata ad una norma – l'art.5, comma 3, d.lgs. n.368/2001 – con un ridottissimo lasso temporale di 10 o 20 giorni tra un contratto a termine e quello "successivo", sia la flessibilità sulle tipologie contrattuali (in particolare, lavoro intermittente e lavoro occasionale di tipo accessorio) regolate dal d.lgs. n.276/2003.

([1295]) V. in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale Mázak presentate il 23 settembre 2008 nella causa C-388/07, EU:C:2008518; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston presentate il 22 maggio 2008 nella causa C-427/06, EU:C:2008:297.

## 4. Il limite alla flessibilità autoregolativa degli Stati membri nei rapporti di lavoro nella giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione.

La discrezionalità degli Stati membri nel recepimento delle misure preventive della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato è stata mediata, nella sentenza *Mangold*, dall'applicazione (contestata dalla Germania ([1296])) per i suoi possibili eccessi applicativi nella prassi giudiziaria) del principio comunitario di uguaglianza e non discriminazione che, nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dalla fondamentale sentenza *Del Cerro* (cit.), è stato più correttamente calato nell'alveo della comparazione (ed equivalenza) delle «condizioni di impiego» riservate ai lavoratori stabili, ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, espressione che si riferisce ai diritti e obblighi che definiscono un dato rapporto di lavoro, ossia le condizioni alle quali una persona assume un impiego ([1297]).

La Corte di giustizia ha statuito che rientrano nella nozione di «condizioni di impiego» l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare a un lavoratore in considerazione della cessazione del suo contratto di lavoro a tempo determinato ([1298]), il termine di preavviso di risoluzione di contratti di lavoro a tempo determinato ([1299]), l'indennità che il datore di lavoro è tenuto a versare a un lavoratore a causa dell'illecita apposizione di un termine al suo contratto di lavoro ([1300]), le maggiorazioni o gli scatti di anzianità ([1301]), le condizioni relative alla retribuzione e alle pensioni dipendenti dal rapporto di lavoro, ad esclusione delle condizioni relative alle pensioni derivanti da un regime legale di previdenza sociale ([1302]), la riduzione della metà dell'orario di lavoro e la conseguente riduzione dello stipendio ([1303]), il diritto di partecipazione al piano di valutazione della funzione docente e all'incentivo economico che ne consegue ([1304]) e il diritto alle aspettative non retribuite per incarichi politici ([1305]).

La Corte di giustizia ha precisato in molteplici occasioni che la clausola 4 dell'accordo quadro comunitario mira a dare applicazione al principio di non discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, al fine di impedire che un rapporto di lavoro di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato, e che la clausola 4 esprime «un principio di diritto sociale dell'Unione che

([1296]) La Corte di Karlsruhe con la decisione "Lissabon-Urteil" del 30 giugno 2009 ha duramente criticato l'invasione di campo costituzionale interno della Corte di giustizia con la sentenza Mangold, sulla disapplicazione delle norme interne in applicazione del principio generale di non discriminazione per età. Nel luglio-agosto 2010 con l'ordinanza "Mangold-Urteil" questa rigida posizione del BVG è cambiata radicalmente, grazie agli opportuni ripensamenti interpretativi della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione nell'ambito specifico della direttiva 1999/70/CE e, in particolare, della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro e alla scelta della Germania di supportare il processo di integrazione europeo anche nel nuovo sistema Ue, dopo la crisi greca.
([1297]) V. conclusioni avvocato generale Sharpston in causa C-158/16 *Vega Gonzales*, punto 22, EU:C:2017:647.
([1298]) C. giust. 14 settembre 2016, C-596/14, *de Diego Porras*, EU:C:2016:683.
([1299]) C. giust. 13 marzo 2014, C-38/13, *Nierodzik*, EU:C:2014:152.
([1300]) C. giust. 12 dicembre 2013, C-361/12, *Carratù* v. *Poste italiane*, EU:C:2013:830.
([1301]) C. giust. 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, EU:C:2007:509, cit.; 22 dicembre 2010, C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, EU:C:2010:819; 9 luglio 2015, C-177/14, *Regojo Dans*, EU:C:2015:450.
([1302]) C. giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, EU:C:2008:223.
([1303]) C. giust. 9 febbraio 2017 (ord.), C-443/16, *Rodrigo Sanz*, EU:C:2017:109.
([1304]) C. giust. 21 settembre 2016 (ord.), C-631/15, *Álvarez Santirso*, EU:C:2016:725.
([1305]) C. giust. 20 dicembre 2017, C-158/16, *Vega González*, EU:C:2017:1014.

non può essere interpretato in modo restrittivo» ([1306]) ed è incondizionata e sufficientemente precisa da poter essere invocata nei confronti dello Stato da dipendenti pubblici temporanei dinanzi ad un giudice nazionale**,** consentendo così la disapplicazione della norma interna ostativa al riconoscimento del principio in questione quando non sussistano ragioni oggettive che giustifichino il diverso trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato ([1307]).

## 5. La Corte di giustizia sull'ulteriore limite alla discrezionalità degli Stati nelle misure di recepimento della direttiva 1999/70/CE: la nozione comunitaria di ragioni oggettive nella sentenza Adeneler.

Come innanzi precisato, il Governo italiano aveva eliminato con il d.lgs. n.368/2001 l'unica misura preventiva delle ragioni oggettive prevista nell'abrogata legge n.230/1962 applicata nella sentenza *Vitari* della Corte di giustizia, poi reinserita dalla giurisprudenza, e, dopo la sentenza *Mangold* da cui trasse ispirazione, il legislatore nazionale ha introdotto con l'art.1, comma 518, della legge finanziaria n.266/2005 il contratto acausale di Poste italiane dell'art.2, comma 1*bis*, d.lgs. n.368/2001, l'unica norma che sopravviverà fino al 31 dicembre 2016 al Jobs act del d.lgs. n.81/2015, che ha abrogato integralmente il d.lgs. n.368/2001 e ha eliminato anche, contestualmente, ogni riferimento alla direttiva 1999/70.

Eppure, la sentenza *Adeneler* era stata la risposta della grande sezione della Corte di giustizia a se stessa, con l'elaborazione della nozione comunitaria di ragioni oggettive temporanee (sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato) e di quella di contratti successivi di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, in guisa tale da evidenziare la "frode" contrattuale e l'elusione della regola del contratto a tempo indeterminato come forma comune dei rapporti di lavoro, nel caso il lasso temporale tra un contratto a termine e quello successivo fosse normativamente previsto in misura inferiore a due/tre mesi.

Nonostante la sentenza *Adeneler*, la Commissione ha tentato di depotenziare il campo di applicazione delle misure preventive antiabusive della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, come nella causa pregiudiziale *Huet* ([1308]), in cui la Corte di giustizia ha rigettato l'argomento contrario della Commissione (sentenza *Huet*, punto 37), affermando che la trasformazione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato non può essere considerata estranea all'ambito di applicazione dell'accordo quadro e la "sanzione" rientra effettivamente nelle misure di prevenzione di cui alla clausola 5, punto 1, lettera b), dell'accordo quadro.

La sentenza *Huet* ha fotografato gli effetti del comportamento "inadempiente" della Commissione Ue sul controllo nei confronti degli Stati membri sul corretto recepimento della direttiva 1999/70, nel momento in cui la norma nazionale francese delibata nel procedimento incidentale è stata introdotta con l'art.13, par.1, della legge n. 2005-843, del 26 luglio 2005, recante varie misure di recepimento del diritto comunitario nella funzione pubblica, che prevede, *in peius* rispetto al precedente regime applicabile, lo stesso elevato limite di utilizzo di sei anni

([1306]) cfr. C. giust., sentt. *Del Cerro Alonso*, punto 38, *Impact*, punto 114, *de Diego Porras*, punto 27; ordd. *Álvarez Santirso*, punto 33 e *Rodrigo Sanz*, punto 30, tutte cit.
([1307]) C. giust., sent. *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, cit., punto 4) delle conclusioni. In termini per la progressione professionale ed economica del personale della scuola pubblica precario o ex precario, cfr. Cass. 7 novembre 2016, n.22558.
([1308]) C. giust. 8 marzo 2012, C-251/11, *Huet* v. *Université de Bretagne occidentale*, EU:C:2012:133.

"continuativi" degli agenti contrattuali, introdotto, a distanza di molti anni, dalla Commissione con la modifica dell'art.3-ter RRA con decorrenza dal 1° gennaio 2014, rispetto al precedente limite massimo di tre anni.

Lo stesso limite di tre anni era stato introdotto anche in Italia, mutuandolo dalla regolamentazione degli agenti contrattuali della Commissione, prima dall'art.4 d.lgs. n.368/2001 con il regime dell'unica proroga sin dall'iniziale recepimento della direttiva 1999/70, poi dall'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 con decorrenza dal 1° gennaio 2008, in aggiunta alle ragioni oggettive temporanee di cui all'art.1, comma 1, dello stesso decreto.

Tuttavia, sia la norma francese nel pubblico impiego dell'art.13, par.1, della legge n.2005-843 sia la norma italiana applicabile (anche) al lavoro pubblico dell'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 prevede (la prima) e prevedeva (la seconda) espressamente la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi che hanno superato la clausola di durata massima complessiva, mentre per gli agenti contrattuali della Commissione Ue non vi è alcuna sanzione, per il semplice fatto che è impossibile stipulare nuovi contratti a termine, se non ricorrendo al lavoro interinale.

Questa interpretazione riduttiva della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato da parte della Commissione - che ha limitato, per uso "interno", il recepimento della direttiva 1999/70 alla mera individuazione di una delle tre misure preventive, quella "di fatto" più inadeguata (rispetto alle ragioni oggettive) della clausola di durata massima complessiva fissata in un tetto così elevato (sei anni, ma anche tre anni) da consentirne l'applicazione prevalentemente in casi di carenze strutturali di organico – ha comportato lo svuotamento della normativa dell'Unione e la sua disapplicazione, nel momento in cui la regola imposta dalla direttiva (clausola di durata massima complessiva dei rapporti di lavoro) è così flessibile, per il termine eccessivamente lungo, e priva di sanzione da demolire la regola generale della direttiva 1999/70, secondo cui il contratto a tempo indeterminato costituisce la forma comune dei rapporti di lavoro.

Invece, con le uniche eccezioni delle due ordinanze *Vino* (cit.) sull'unico contratto a tempo determinato acausale di Poste italiane stipulato ai sensi dell'art.2, comma 1 bis, d.lgs. n.368/2001 e dell'ordinanza *Rivas Montes* ([1309]) sulla (non) applicazione della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro rispetto alle diverse condizioni di lavoro tra i dipendenti pubblici di ruolo spagnoli e gli agenti contrattuali temporanei, in cui la Corte di giustizia ha dichiarato la propria incompetenza seguendo (per l'ultima volta) le indicazioni sul punto della sentenza *Mangold*, la Corte di Lussemburgo ha costantemente affermato che, in base ai punti 6 e 8 delle considerazioni generali dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori.

Per la Corte di giustizia soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori (sentenze *Adeneler*, punto 62, nonché *Fiamingo,* punto 55, cit.; sentenza *Márquez Samohano* ([1310]), punto 39), per cui è nell'ambito dell'attuazione di detto accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai

([1309]) C. giust. 7 marzo 2013 (ord.), C-178/12, *Rivas Montes* v. *Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (IMDECO)*, EU:C:2011:250.
([1310]) C. giust. 13 marzo 2014, C-190/13, *Márquez Samohano*, EU:C:2014:146.

settori di attività e/o alle categorie specifiche di lavoratori in questione (sentenza *Fiamingo*, cit., punto 39), facendo così prevalere la misura preventiva delle ragioni oggettive di cui alla clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro come caratterizzante la differenza ontologica tra la regola del contratto a tempo indeterminato e l'eccezione del contratto a termine, anche a partire dal primo ed eventualmente unico contratto che rientra nel campo di applicazione della predetta clausola 5, punto 1, (cfr. per analogia, sentenze *Angelidaki* ([1311]), *Sorge* ([1312]) e *Carratù* ([1313])).

Il consolidamento delle ragioni oggettive come (unica) misura "generale" effettiva per prevenire e sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato è stata poi confermata dalle sentenze *Mascolo* (cit.), *Commissione* contro *Lussemburgo* ([1314]) e *Santoro* ([1315]) della Corte di giustizia.

### 5.1 Il revirement della Commissione Ue sull'immanenza delle ragioni oggettive temporanee nella causa Sciotto sul Jobs act.

Alla luce dell'ormai consolidato orientamento della Corte di giustizia di forte ridimensionamento della flessibilità autoregolativa degli Stati membri nell'utilizzo dei contratti a termine, la Commissione Ue ha recentemente, e inaspettatamente, cambiato orientamento rispetto alla compatibilità comunitaria del Jobs act per quanto riguarda il d.l. n.34/2014 e le corrispondenti norme del d.lgs. n.81/2015, dopo aver frettolosamente archiviato il 2 luglio 2015 la richiesta della CGIL di apertura della procedura di infrazione sulle modifiche alla disciplina del d.lgs. n.368/2001 introdotte dal decreto "Poletti" del 2014 con la denuncia CHAP(2014)2554.

L'occasione è stata la causa pregiudiziale promossa dalla Corte di appello di Roma ([1316]), che ha presentato alla Corte di giustizia il quesito pregiudiziale delineando una situazione interna di

---

([1311]) C. giust. 23 aprile 2009, da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki ed altri* v. *Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, EU:C:2009:250; su cui cfr. V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, cit., p.75-81; M. MISCIONE, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *LG*, 2009, 437; L. DRIGUEZ, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe 2009*, Juin, Comm. nº 235, 25-26; C. KERWER, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, p.253-265.

[1312] C. giust. 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge* v. *Poste italiane*, EU:C:2010:369, su cui v. E.LAFUMA, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, *RJS* 2010, p.653-654; L. DRIGUEZ, *Contrats à durée déterminée: application de la jurisprudence Angelidaki sur les clauses de non régression*, in *Europe 2010*, Août-Septembre Comm. nº288, 31-32; A.VALLEBONA, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, in *MGL*, 2010, 633-635; *L. Zappalà*, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *RIDL*, 2010, II, 1050-1058; A. M. PERRINO, *Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro*, in *FI*, 2010, IV, Col. 550-555; *L.Corazza* e *L.Nogler*, *Die "weiche" Wirkung des Verschlechterungsverbotes in EURichtlinien*, *Zeitschrift für europäisches Sozial-und Arbeitsrecht*, 2011, 58-64; *S.Greiner*, *Auslegung von Absenkungsverboten in Richtlinien und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung*, *EuZA*, 2011, 74-84; V. De Michele, *Sul contratto a termine la Corte di Giustizia supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, in *LG*, 2010, 9, 865-883.

[1313] C. giust. 12 dicembre 2013, C-361/12, *Carratù* v. *Poste italiane*, EU:C:2013:830. Sulla sentenza *Carratù* cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *LG*, 2014, 3, 241-260; L. MENGHINI, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *LG*, 2014, 5, 463-465; P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n.198; M. LUGHEZZANI, *Il principio di parità di trattamento nella dir. 99/70/CE e le sue ricadute sugli ordinamenti interni*, in *RIDL*, 2014, 2, II, 487; S. GUADAGNO, *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *ADL*, 3, 2014, 682-695; G. GENTILE, *Corte di giustizia e contratto a termine: la legittimità dell'indennità forfettizzata e la natura di ente pubblico delle società partecipate dallo Stato*, in *RIDL*, 2014, 2, II, 479.

([1314]) C. giust. 26 febbraio 2015, C-238/14, *Commissione* v. *Granducato di Lussemburgo*, EU:C:2015:128.

([1315]) C. giust. 7 marzo 2018, C-494/16, *Giuseppa Santoro* v. *Comune di Valderice* e *Governo italiano*, EU:C:2018:166, su cui cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza Santoro della Corte di giustizia Ue sui precari siciliani*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 14 marzo 2018.

([1316]) App. Roma, 15 maggio 2017 (ord.), causa C-331/17, *Sciotto* contro *Teatro dell'Opera di Roma*.

assoluta mancanza delle misure preventive di cui alla clausola 5, n.1, dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70 per i lavoratori a tempo determinato pubblici alle dipendenze delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

Il tentativo della Corte di appello di Roma è stato quello di difendere il «diritto vivente» (così definito nell'ordinanza di rinvio) della Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.11374/2016 ([1317]) sui contratti acausali di Poste italiane e del Jobs act e di orientare alla tutela (unica) della clausola di durata di cui all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, peraltro applicata ad una controversia in cui la lavoratrice non aveva maturato il superamento dei 36 mesi di servizio e non era applicabile comunque la disciplina della successione dei contratti, esclusa nel settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche dall'art.11, comma 4, d.lgs. n.368/2001, esclusione peraltro confermata dall'art.29, comma 3, d.lgs. n.81/2015.

Il giudice del rinvio nella causa Sciotto C-331/17 ha omesso di precisare che la consolidata giurisprudenza della Cassazione ([1318]), della Corte costituzionale ([1319]), della Corte di giustizia nella sentenza Commissione contro Granducato di Lussemburgo (unica formale sentenza di inadempimento alla direttiva 1999/70/CE) nel settore dei lavoratori dello spettacolo aveva ormai affermato il principio dell'applicazione delle ragioni oggettive come unica misura preventiva e sanzionatoria per la legittima apposizione del termine contrattuale, anche in relazione al primo o unico contratto a tempo determinato.

La Commissione Ue, al punto 56 delle osservazioni scritte della causa Sciotto, depositate il 19 settembre 2017, ha concluso nel senso che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, ed in particolare la sua clausola 5, osta ad una normativa interna, come quella in causa nel giudizio principale, che non prevede alcuna misura ai sensi di tale clausola per prevenire abusi nel ricorso allo strumento del contratto di lavoro a tempo determinato.

La Commissione Ue ai punti 7 e 8 delle osservazioni scritte della causa Sciotto ha evidenziato, condivisibilmente ([1320]), che le ragioni oggettive temporanee di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE anche per il primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato continuano a costituire, nonostante il Jobs act, la misura preventiva applicabile nell'ordinamento interno, ad eccezione dei dipendenti delle Fondazioni lirico-sinfoniche (punto 9 osservazioni scritte Commissione), a cui non si applicano le disposizioni dell'art.1, commi 01 e 2, del d.lgs. n.368/2001, come previsto dall'art.3, comma 6, del d.l. n.64/2010 (convertito con modificazioni dalla legge n.100/2010).

Infatti, secondo la Commissione Ue l'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 nel testo applicabile alla fattispecie di causa (ante d.l. n.34/2014) sarebbero stati sostituiti da disposizioni di identico tenore, rispettivamente l'art.1, comma 1, e l'art.19, comma 4, del d.lgs. n.81/2015, in quanto,

---

([1317]) Cass., S.U., 31 maggio 2016, n.11374.

([1318]) Cfr. Cass. sentt. nn.208/2017; 18512/2016; 17064/2015; 10924/2014; 10217/2014; 10124/2014; 10123/2014; 10122/2014; 243/2014; 6547/2014; 5749/2014; 5748/2014; 18263/2013; 11573/2013; 247/2011.

([1319]) C. cost. 11 dicembre 2015, n.260; su cui cfr. V. DE MICHELE, *Le ragioni oggettive "retroattive" del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale*, in *LG*, 2016, 2, 151; L. MENGHINI, *Fondazioni lirico sinfoniche e contratti di lavoro a termine: dalla Corte costituzionale soluzioni specifiche nette e rilevanti indicazioni di carattere generale*, in *RGL*, 2016, 153; A.M. PERRINO, *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *FI*, 2016, n.1, I, p.1; C. DE MARTINO, *La Corte costituzionale sull'acausalità del contratto a termine: lo strano caso delle fondazioni lirico-sinfoniche*, su *VTDL*, 2016, 3, 599-618.

([1320]) Si rimanda a quanto precisato in V.DE MICHELE, *Il d.lgs. n. 81/2015 e la (in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, op.cit., 25 ss.

secondo il punto 1 della clausola 5 dell'accordo quadro, in relazione anche al n.7 delle considerazioni generali dello stesso accordo quadro, non è compatibile con la clausola 5 dell'accordo quadro una normativa nazionale che non faccia dipendere l'impiego di personale a tempo determinato da specifiche esigenze legate alla natura dell'attività esercitata, ma che preveda tale possibilità di impiego in maniera generale e astratta, al punto da permettere che dei lavoratori possano essere assunti a tempo determinato anche per compiti che, per loro natura, non sono temporanei. (osservazioni scritte Commissione causa Sciotto C-331/17, punti 27-28 e 32).

La Commissione Ue ha proposto al giudice nazionale la "disapplicazione" della norma interna ostativa alla tutela, peraltro già applicata dalla citata consolidata giurisprudenza della Cassazione per i dipendenti delle Fondazioni lirico-sinfoniche, affermando la diretta operatività delle ragioni "obiettive" come causa giustificativa dell'apposizione del termine contrattuale e ripristinando il rapporto tra la regola del contratto a tempo indeterminato e l'eccezione del contratto a tempo determinato, superando così (cioè disapplicando), alla luce della nozione comunitaria di ragioni oggettive enunciata dalla sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia, il dato normativo interno totalmente ostativo all'applicazione di qualsiasi misura preventiva e sanzionatoria contro l'utilizzo abusivo del contratto a tempo determinato nel settore dello spettacolo lirico-sinfonico.

Il Governo italiano, intervenuto nel procedimento pregiudiziale, ha contestato le osservazioni scritte della Commissione (e delle parti principali del processo), evidenziando nella richiesta di trattazione orale dell'11 dicembre 2017 che «la causa riveste notevole importanza per le autorità italiane, in quanto mette in discussione la legittimità del contratto di lavoro a tempo determinato in tutto il settore delle fondazioni musicali, con una notevole incidenza economica per il bilancio dell'Unione, oltre che dello Stato».

Come appare evidente, difficilmente il bilancio dell'Unione europea e quello dello Stato italiano potrebbero essere messi in crisi dalla situazione che andrebbe a determinarsi con la trasformazione a tempo indeterminato di poche centinaia di contratti a tempo determinato nel settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche, che la Corte costituzionale ha qualificato nella sentenza n.153/2011 come organismi nazionali di diritto pubblico, cioè enti pubblici non economici, e la Cassazione a sezioni unite, in contrapposizione al giudice delle leggi e al suo precedente della sentenza n.2736/2006, come associazioni di diritto privato con l'ordinanza n.27465/2016.

La preoccupazione del Governo italiano, invece, sembra rivolta alle conseguenze che potrebbe avere la decisione della Corte di giustizia nella causa Sciotto per tutti i datori di lavoro privati, ove accogliesse le conclusioni della Commissione Ue sull'interpretazione comunitariamente orientata del Jobs act con l'inammissibilità ontologica di contratti a termine "acausali", opinione, peraltro, condivisa dalle parti del processo principale, la lavoratrice ricorrente e il datore di lavoro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, che ha addirittura allegato alla propria memoria difensiva la sentenza n.12985/2008 della Cassazione sulle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato, l'unica decisione che la Corte costituzionale nella sentenza n.214/2009 ha qualificato come "diritto vivente" in *subiecta materia*.

La Corte di giustizia ha fissato l'udienza di trattazione orale della causa Sciotto per il 14 giugno 2018 davanti alla X Sezione in composizione a tre giudici, tra cui, eccezionalmente, sarà presente il Presidente della Corte Ue, Lenaerts. Non sono previste le conclusioni scritte dell'avvocato generale e, quindi, la sentenza dovrebbe essere depositata entro settembre-ottobre 2018.

Pare a chi scrive che la legittimità dei contratti "acausali" a tempo determinato anche alle dipendenze di agenzie di lavoro interinale disciplinati nel Jobs act esca già fortemente e "pericolosamente" (per gli incolpevoli datori di lavoro) ridimensionata sul piano interpretativo, nel momento in cui, secondo la Commissione Ue, è sufficiente la previsione dell'art.1 del d.lgs. n.81/2015 e il fatto che il contratto a tempo indeterminato sia la forma comune (e dunque la regola) dei rapporti di lavoro secondo il legislatore nazionale, per determinare l'obbligo della sussistenza di ragioni oggettive per la stipula delle tipologie "eccezionali" dei contratti flessibili.

## 6. La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "tipico" nella direttiva 91/533/CEE: la sentenza Andersen.

Mentre, la dottrina ([1321]) ha inteso il lavoro temporaneo come una definizione descrittiva e riassuntiva di un insieme di rapporti di lavoro caratterizzati dalla temporaneità, in ambito comunitario, con riferimento alla direttiva 91/533/CEE ([1322]), interrogata dal giudice danese (Højesteret), nella sentenza *Andersen* ([1323]) la Corte di giustizia al punto 3) delle conclusioni ha formulato l'interpretazione "autentica" di tale nozione, chiarendo che «l'espressione "contratto o rapporto di lavoro temporaneo" contenuta nell'art. 8, n. 2, secondo comma, della direttiva 91/533 deve essere interpretata nel senso che essa prende in considerazione contratti e rapporti di lavoro di breve durata. In assenza di norme adottate a tal fine dalla normativa di uno Stato membro, spetta ai giudici nazionali stabilire tale durata caso per caso e in funzione della specificità di taluni settori o di determinate occupazioni e attività. Detta durata deve tuttavia essere fissata in modo da garantire l'effettività tutela dei diritti di cui si avvalgono i lavoratori in base alla direttiva summenzionata.».

Il ragionamento della Corte di giustizia nella sentenza *Andersen* è anticipato sul piano sistematico ai punti 43-45[1324] nel rapporto tra la direttiva 91/533/CEE e la direttiva 1999/70/CE, in cui delinea

([1321]) S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino, 2008, 2.

([1322]) La direttiva 91/533/CEE del Consiglio del 14 luglio 1991 (pubblicata su G.U.C.E. L 288 del 18 ottobre 1991, 32), riguardante i diritti di informazione dei lavoratori, all'art. 8, par. 2, così dispone: «Gli Stati membri introducono nel loro ordinamento giuridico interno le misure necessarie per consentire a qualsiasi lavoratore che si ritenga leso dalla mancata osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva di difendere i propri diritti per via legale dopo aver fatto eventualmente ricorso ad altri organi competenti. Gli Stati membri possono prevedere che l'accesso alle vie di ricorso di cui al paragrafo 1 è subordinato alla previa messa in mora del datore di lavoro da parte del lavoratore e all'assenza di risposta del datore di lavoro entro un termine di quindici giorni dalla messa in mora. Tuttavia, la formalità della previa messa in mora non può in alcun caso essere richiesta nel caso [dei lavoratori espatriati], né per il lavoratore che ha un contratto o rapporto di lavoro temporaneo, né per il lavoratore che non è coperto da un o da contratti collettivi che hanno attinenza col rapporto di lavoro.».

([1323]) C. giust. 18 dicembre 2008, C-306/07, *Andersen*, EU:C:2008:743.

([1324]) Così precisa la Corte di giustizia nella sentenza *Andersen* ai punti 43-45: ««43. Se ne deve desumere che, utilizzando, nell'art. 8, n. 2, secondo comma, della direttiva 91/533, il termine «temporaneo» – piuttosto che l'espressione «a tempo determinato» come, precedentemente, nella direttiva 91/383 e, successivamente, nella direttiva 1999/70 –, il legislatore comunitario non ha inteso coprire tutti i contratti di lavoro a tempo determinato. 44 Un'interpretazione siffatta della volontà del legislatore comunitario ha come finalità quella di interpretare il diritto comunitario, per quanto possibile, in un modo che ne rispetti e ne garantisca la coerenza interna. Tale interpretazione non è rimessa in discussione dalla circostanza che l'espressione «contratto o (…) rapporto di lavoro temporaneo» è utilizzata nell'art. 2, n. 2, della direttiva 91/533, disposizione che elenca gli elementi essenziali del contratto o del rapporto di lavoro che devono essere obbligatoriamente portati a conoscenza del lavoratore, tra i quali figura, alla lett. e), la «durata prevedibile» di tale contratto o rapporto di lavoro. L'espressione «durata prevedibile» comporta infatti un'incertezza temporale che si distingue dai termini precisi utilizzati nella clausola 3, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che costituisce l'allegato della direttiva 1999/70, per designare l'elemento caratteristico di un contratto a tempo determinato, vale a dire la circostanza che la cessazione di un contratto siffatto sia determinata da «condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento

una nozione autonoma comunitaria di lavoro temporaneo, che interessa qualunque fattispecie contrattuale connotata dalla breve o brevissima durata del rapporto, come il lavoro occasionale e il lavoro stagionale, nonché i rapporti di *workfare*, configurandosi come una nozione "orizzontale", i cui effetti vanno incrociati con le discipline previste per le singole fattispecie, tutte caratterizzate dal comune denominatore della precarietà del rapporto e della connessa esigenza di massima tutela.

Ne consegue che, nell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria, il lavoro temporaneo ha finito per rappresentare una *species* del *genus* del contratto a tempo determinato.

Appare chiaro alla Corte nella sentenza *Andersen*, a differenza di quanto deciso nella sentenza *Wippel*, che il legislatore europeo ha valutato che i rapporti a tempo determinato di breve durata siano meritevoli di tutela da parte del diritto comunitario, ed anzi che i lavoratori temporanei necessitano di tutele ancora maggiori rispetto a quelli a termine di più "lunga" durata, in quanto l'estrema brevità dei rapporti di lavoro li costringe in una situazione di precarietà, se possibile, ancor più pesante.

### 6.1 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "tipico" nelle direttive 97/81/CE e 1999/70/CE: la sentenza Land Tirol.

Il superamento delle sentenze Wippel e Mangold sul lavoro occasionale e a tempo parziale "tipico", cioè regolamentato come rapporto di lavoro subordinato occasionale e a tempo parziale, viene realizzato dalla Corte di giustizia con la sentenza *Land Tirol* ([1325]), in un giudizio incidentale in cui il Tribunale di Innsbruck, con decisione 14 ottobre 2008, aveva sollevato domanda di pregiudizialità addirittura su tre direttive sociali: la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, la clausola 2 dell'accordo quadro sul congedo parentale, recepito dalla direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, 96/34/CE, come modificata dalla direttiva del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/75/CE.

La domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'organismo unitario di rappresentanza sindacale di azienda sanitaria pubblica ([1326]) ed il Land Tirolo riguardo a talune disposizioni della legge del Land Tirolo relativa agli agenti contrattuali «L-VBG» ([1327]), concernente gli agenti contrattuali occupati occasionalmente, a tempo parziale o a tempo determinato, nonché coloro che prendono un congedo parentale, nella versione in vigore fino al 1° febbraio 2009.

Infatti, la normativa L-VBG del Land Tirolo, che ha recepito le due direttive nn. 1997/81/CE e 1999/70/CE ed è contestuale a quella tedesca sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato (la «TzBfG» del 21 dicembre 2000), prevedeva, fino al 1° febbraio 2009, la esclusione dell'applicazione delle misure di tutela e disciplina previste dalla stessa legge nei confronti delle «persone occupate per una durata massima di sei mesi ovvero occasionalmente nonché a quelle che, pur regolarmente occupate, lo siano solo in misura inferiore al 30% dell'orario completo» (art.1, n.2, lettera m).

---

di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico». Una differenza terminologica simile può solo lasciar presumere una differenza concettuale.»».

([1325]) C. giust. 22 aprile 2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols* v. *Land Tirol*, EU:C:2010:215.

([1326]) Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Consiglio di azienda centrale degli ospedali del Land Tirolo.

([1327]) Tiroler Landes-Vertragsbedienstetengesetz dell'8 novembre 2000 (BGBl. I, 2/2001), nella versione in vigore sino al 1° febbraio 2009.

È stata probabilmente la legislazione del Land Tirolo sulla flessibilità lavorativa il modello normativo, non esplicitato perché inapplicabile al caso *Wippel* che era regolato dalla legislazione nazionale austriaca, che, in via analogica, legittimava l'utilizzo del contratto di lavoro intermittente o a chiamata nel caso deciso dalla grande sezione con la sentenza del 12 ottobre 2004.

È proprio la esclusione dal campo di applicazione della normativa interna di alcune tipologie di contratti flessibili (contratti a tempo determinato di durata occasionale o fino a sei mesi; part-time con orario inferiore al 30% dell'orario completo) che non ha convinto il Tribunale di Innsbruck e lo ha indotto a proporre la domanda pregiudiziale, sostanzialmente fondata sul principio di parità di trattamento e di non discriminazione esplicitato nella corrispondente clausola 4 degli accordi quadro recepiti dalle due direttive sul part-time e sul contratto a tempo determinato.

La Corte di giustizia con la sentenza *Land Tirol* ha risposto positivamente ai dubbi del giudice del giudice del rinvio, concludendo che il pertinente diritto dell'Unione, e segnatamente la clausola 4, punto 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, nonché la clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, è in contrasto con la normativa interna che:

a) prevede che, in caso di modificazione del volume delle ore di lavoro effettuate da un lavoratore, le ferie non utilizzate sono adattate con la conseguenza che al lavoratore, il quale passa da un'attività lavorativa a tempo pieno ad un'attività lavorativa a tempo parziale, è ridotto il diritto alle ferie annuali retribuite da esso maturato, senza avere avuto la possibilità di esercitarlo, durante il periodo di attività lavorativa a tempo pieno, ovvero può fruire delle ferie in questione solo con un'indennità compensativa di importo inferiore;

b) esclude dall'ambito di applicazione della legge interna i lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato della durata massima di sei mesi o occupati solo occasionalmente;

c) prevede che i lavoratori che si avvalgono del loro diritto al congedo parentale di due anni perdono, al termine di tale congedo, i diritti alle ferie annuali retribuite maturati nell'anno precedente la nascita del loro figlio.

### 6.2 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "atipico" nelle direttive 97/81/CE e 1999/70/CE: le sentenze O' Brien e Sibilio.

La nozione di lavoratore [subordinato] occasionale, enunciata dalla Corte di giustizia nell'ambito di applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale recepito dalla direttiva 97/81/CE, è stata estesa anche alle fattispecie di lavoro "atipico", occupandosi con la sentenza *O' Brien* del caso dei giudici inglesi a tempo parziale retribuiti in base a tariffe giornaliere (c.d. *recorders*), considerati nell'ordinamento interno, come in Italia ([1328]), dei "volontari" senza alcun rapporto di lavoro né subordinato né parasubordinato né autonomo, e quindi esclusi da ogni tutela previdenziale anche in caso di evidente malattia di origine professionale ([1329]), oltre

([1328]) Cfr., per tutte, Cass., S.U., 31 maggio 2017, n.13721; Cons. Stato, sentenza 18 luglio 2017, n.3556.

([1329]) Cfr. Cass. 4 gennaio 2018, n.99, in cui la Suprema Corte ha rigettato la domanda di un giudice di pace risarcimento dei danni alla salute, morale ed esistenziale, conseguiti all'infezione provocata dal batterio della tubercolosi contratta nell'ambiente di lavoro presso un centro di identificazione ed espulsione (CIE). Al giudice di pace ricorrente, attualmente in gravi condizioni di salute, non solo non è stata riconosciuta la tutela previdenziale richiesta come lavoratore per una malattia contratta nell'ambiente di lavoro, ma ha è stata anche inflitta una pesante condanna alle spese del giudizio.

che ai fini pensionistici (quella richiesta dal ricorrente O' Brien nel giudizio principale ([1330])), pur svolgendo identiche funzioni giurisdizionali rispetto ai magistrati ordinari.

Accogliendo le citate conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, che partivano dalla premessa di differenziare il caso *O' Brien* dal caso *Wippel*, anche in questo caso la Corte europea ha ricordato che è lavoratore ai sensi della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale chi abbia un contratto o un rapporto di lavoro definito per legge, contratto collettivo o in base alle prassi in vigore in ogni Stato membro considerato (sentenza *O' Brien*, punto 40).

Tuttavia, secondo la Corte il potere discrezionale concesso agli Stati membri dalla direttiva 97/81 per definire le nozioni utilizzate nell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale non è illimitato e taluni termini impiegati in tale accordo quadro possono essere definiti in conformità con il diritto e/o le prassi nazionali a condizione di rispettare l'effetto utile di tale direttiva e i principi generali del diritto dell'Unione (sentenza *O'Brien*, punto 34), poiché agli Stati membri non è consentito di applicare una normativa che possa pregiudicare la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e, conseguentemente, privare la direttiva medesima del proprio effetto utile (punto 35).

In particolare, la Corte di giustizia, richiamando per analogia la sentenza *Del Cerro Alonso* (cit.) sulla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, ha precisato che uno Stato membro non può escludere, a sua discrezione, in violazione dell'effetto utile della direttiva 97/81, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta dall'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale (punto 36), senza operare alcuna distinzione basata sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro (punto 37).

Applicando i principi enunciati dalla sentenza O' Brien, la Commissione europea nelle osservazioni scritte della causa C-472/17 Di Girolamo, depositate il 23 novembre 2017, sulla pregiudiziale sollevata dal Giudice di pace di L'Aquila in merito al (mancato) riconoscimento del diritto alle ferie retribuite nei confronti dei giudici onorari, ha così concluso, escludendo che il concorso pubblico possa essere elemento discriminante basato su ragioni oggettive per negare l'equiparazione retributiva, normativa e previdenziale tra giudici togati e giudici onorari: «Nella misura in cui, da un lato, per accedere alle funzioni di giudice di pace e di giudice togato sia necessario avere qualifiche accademiche o un'esperienza differenti e, dall'altro, le procedure di selezione si fondino su requisiti che siano attinenti all'oggetto delle funzioni da esercitare ed estranei alla durata dell'incarico, circostanze che spetta al giudice nazionale valutare, la Commissione ritiene che tali circostanze possano costituire, in linea di principio, una giustificazione oggettiva ad una disparità di trattamento nella fruizione del diritto alle ferie retribuite. Tuttavia, tale diversità nei requisiti di accesso alle rispettive funzioni non può giustificare un'esclusione dei giudici di pace dal diritto alle ferie retribuite.».

Contestualmente alla sentenza *O' Brien*, la Corte di giustizia nella sentenza *Sibilio* ([1331]) sui lavoratori socialmente utili di lunga durata del Comune di Napoli, esclusi dal campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE in base all'espressa previsione della clausola 2, punto 2, lett. b), dell'accordo

([1330]) Il Ministero della giustizia aveva rifiutato di corrispondere al sig. O'Brien la pensione di vecchiaia calcolata pro rata temporis sulla base della pensione di vecchiaia spettante ad un giudice a tempo pieno, che raggiunge il collocamento a riposo all'età di 65 anni e che ha svolto il medesimo lavoro.
([1331]) C. giust. 15 marzo 2012, C-157/11, *Sibilio* v. *Comune di Napoli*, EU:C:2012:148.

quadro sul lavoro a tempo determinato («Gli Stati membri…..possono decidere che il presente accordo non si applichi ai: ….b) contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici»), ha ribadito che, laddove il legislatore dell'Unione si è espressamente richiamato alla legislazione, ai contratti collettivi o alla prassi in vigore negli Stati membri, non spetta alla Corte europea dare ai termini impiegati una definizione autonoma e uniforme, ai sensi del diritto dell'Unione, della nozione di cui trattasi, per cui la definizione dei contratti e dei rapporti di lavoro cui si applica l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato rientra non in quest'ultimo o nel diritto dell'Unione, ma nella legislazione e/o nella prassi nazionale (sentenza Sibilio, punto 42).

Tuttavia, la stessa Corte di giustizia nella sentenza *Sibilio* al punto 48 ha evidenziato che se, in base alla giurisprudenza dei giudici nazionali, il diritto italiano non esclude che le prestazioni fornite nel contesto di un progetto di lavori socialmente utili possano, in realtà, presentare concretamente le caratteristiche di una prestazione di lavoro subordinato, l'ordinamento interno non può rifiutare la qualifica giuridica di rapporto di lavoro subordinato a rapporti che, oggettivamente, rivestono una siffatta natura.

In effetti, sulla (ri)qualificazione dei lavoratori socialmente utili come lavoratori subordinati la Cassazione con la recente sentenza n.17101/2017 ([1332]) ha ripreso i principi enunciati dalla sentenza *Sibilio* sull'indisponibilità del tipo contrattuale ([1333]), riconoscendo come lavoratore subordinato, dipendente del Ministero della giustizia, un LSU e ha precisato che, in tema di occupazione di lavori socialmente utili o per pubblica utilità, la qualificazione normativa di tale rapporto speciale, avente matrice assistenziale e componente formativa, non esclude che in concreto il rapporto possa avere le caratteristiche di un ordinario rapporto di lavoro subordinato con conseguente applicazione dell'articolo 2126 c.c.

Per la Suprema Corte, dunque, ai fini della qualificazione come rapporto di lavoro prestato di fatto alle dipendenze di una Pubblica Amministrazione, rileva che il lavoratore risulti effettivamente inserito nell'organizzazione pubblicistica e sia adibito ad un servizio rientrante nei fini istituzionali dell'Amministrazione.

### 6.3 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "atipico" nella direttiva 2008/104/CE: la sentenza Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH.

Più stringenti limiti all'autonoma regolazione degli istituti contrattuali da parte degli Stati membri per quanto attiene alla nozione di lavoratore [subordinato] alle dipendenze di agenzie di lavoro interinali, nell'ambito di applicazione della direttiva 2008/104/CE, vengono enunciati dalla Corte di giustizia nella importante sentenza *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH* ([1334]), su fattispecie di lavoro "volontario" di personale infermieristico, non titolare di un contratto di lavoro, messo a

([1332]) Cfr. Cass. 11 luglio 2017, n.17101.
([1333]) Sull'indisponibilità del tipo contrattuale nel confronto con il diritto dell'Unione europea cfr. M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra «indisponibilità del tipo contrattuale», problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide dell'economia postindustriale*, in *RIDL*, 2014, I, 397; nonché M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, 2013, Cedam, Padova.
([1334]) C. giust. 17 novembre 2016, C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH*, EU:C:2016:883. La questione pregiudiziale è stata sollevata dal Bundesarbeitsgericht, la Corte federale del lavoro tedesca.

disposizione di una struttura sanitaria pubblica da un'associazione senza fini di lucro, a cui gli infermieri erano associati.

La Corte europea, pur richiamando la nozione di «lavoratore» ai sensi dell'art.3, par.1, lett.a), della direttiva 2008/104, che comprende «qualsiasi persona che, nello Stato membro interessato, è protetta in qualità di lavoratore nel quadro del diritto nazionale del lavoro», rievoca la nozione comunitaria di lavoratore secondo la propria giurisprudenza costante ([1335]) elaborata già prima dell'entrata in vigore delle direttive sociali ([1336]) sul part time e sul lavoro a tempo determinato, ribadendo che la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro [subordinato] è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione. La nozione di lavoratore è stata ivi considerata comprensiva, in determinate circostanze, delle persone che svolgono un apprendistato ([1337]) o un tirocinio ([1338]).

Pertanto, la Corte di giustizia - nella sentenza del 17 novembre 2016 sul rapporto volontario come socio di un'associazione no profit che di fatto svolge attività economica di agenzia di lavoro interinale – ha precisato che né il *nomen iuris*, ai sensi del diritto nazionale, del rapporto che lega la persona interessata all'agenzia di lavoro interinale, né la natura dei loro rapporti giuridici, né la forma di tale rapporto sono determinanti ai fini della qualificazione di tale persona come «lavoratore» ai sensi della direttiva 2008/104, da cui non può essere esclusa la ricorrente della causa principale, per il solo motivo di non essere legata all'agenzia di lavoro interinale da un contratto di lavoro e, conseguentemente, di non possedere lo status di lavoratore secondo il diritto tedesco (sentenza *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH*, punto 29).

Pur riconoscendo che la direttiva 2008/104/CE, come la direttiva sul lavoro a tempo determinato, ha inteso preservare il potere degli Stati membri di determinare quali persone rientrino nella nozione di «lavoratore» ai sensi del diritto nazionale e siano destinatarie di tutela nell'ambito della loro disciplina interna, ciò non significa che il legislatore dell'Unione abbia rinunciato a definire la portata di tale nozione e, in tal modo, l'ambito di applicazione *ratione personae* delle direttive sociali.

La nozione comunitaria di lavoratore [subordinato] emerge, dunque, dal combinato disposto interpretativo nella giurisprudenza di Lussemburgo tra le nozioni di lavoratore enunciate nelle principali direttive sociali, sul lavoro a tempo determinato, sul lavoro a tempo parziale e sul lavoro alle dipendenze di agenzie interinali, oltre che su quella sull'organizzazione dell'orario di lavoro (v. *infra*), al punto da assorbire nell'alveo della subordinazione e delle tutele collettive e individuali previste per tale *genus* di lavoro anche i «falsi autonomi» o, come pare preferibile, il lavoro autonomo individuale carente o privo dell'organizzazione imprenditoriale.

---

([1335]) Cfr. C. giust. 11 novembre 2010, C-232/09, *Danosa*, EU:C:2010:674, punti 39 e 40; 20 settembre 2007, C-116/06, *Kiiski*, EU:C:2007:536, punto 25.
([1336]) Cfr. in particolare, C. giust. 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284, punti 16 e 17; 21 giugno 1988, C-197/86, *Brown*, EU:C:1988:323, punto 21; 31 maggio 1989, C-344/87, *Bettray*, EU:C:1986:223, punto 13.
([1337]) C. giust. 19 novembre 2002, C-188/00, *Kurz*, EU:C:2002:694.
([1338]) C. giust. 26 febbraio 1992, C-3/90, Bernini, EU:C:1992:89; 17 marzo 2005, C-109/04, *Kranemann*, EU:C:2005:187.

## 7. La sentenza Abercrombie della Corte di giustizia sul lavoro intermittente e l'epilogo della flessibilità autoregolata dagli Stati. Il problema dell'applicazione delle decisioni della Corte Ue nelle controversie tra privati.

L'epilogo (e il superamento finale) delle opzioni interpretative sulla flessibilità autoregolata dagli Stati membri nelle sentenze *Wippel* e *Mangold* si è realizzato con la recente sentenza *Abercrombie* ([1339]) della Corte di giustizia, su ordinanza di rinvio pregiudiziale della Cassazione in merito a fattispecie impugnativa di licenziamento di un lavoratore assunto dal 14 dicembre 2010 sulla base di un contratto di lavoro a tempo determinato, convertito in contratto a tempo indeterminato il 1° gennaio 2012, con mansioni di magazziniere notturno, con la tipologia e le modalità del lavoro intermittente, il cui recesso è stato giustificato dal datore di lavoro con il raggiungimento del 25° anno di età in data 26 luglio 2012, ai sensi dell'art.34, comma 2, del d.lgs. n.276/2003, normativa applicabile *ratione temporis*.

Come nel caso Mangold, il rinvio pregiudiziale della Suprema Corte muove dal presupposto che la normativa nazionale di cui all'artt.34, comma 2, d.lgs. n.276/2003, secondo la quale il contratto di lavoro intermittente poteva in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età, fosse contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla direttiva 2000/78/CE, con l'aggiunta dell'art.21, par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nella sentenza *Abercrombie* la Corte di giustizia ha risposto al quesito pregiudiziale della Suprema Corte correttamente, anche se in maniera opposta rispetto alla diversa soluzione interpretativa della sentenza *Mangold*, affermando che la normativa comunitaria deve essere interpretata nel senso che non osta ad una disposizione, quale quella di cui al procedimento principale, che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 25 anni, qualunque sia la natura delle prestazioni da eseguire, e a licenziare detto lavoratore al compimento del venticinquesimo anno, giacché tale disposizione persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari.

Nel giudizio di riassunzione della causa Abercrombie dopo la sentenza della Corte di giustizia, la Cassazione con l'articolata sentenza n.4223/2018 ([1340]) ha preso atto del superamento definitivo della sentenza Mangold ed ha applicato correttamente la sentenza del Collegio lussemburghese sul licenziamento del lavoratore a tempo indeterminato con rapporto intermittente.

La Suprema Corte ha ritenuto legittimo che la Corte europea non abbia esercitato soltanto la competenza esclusiva dell'interpretazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art.267 TFUE, ma abbia esteso la sua indagine all'esame della legislazione italiana di cui è stata chiesta la verifica di compatibilità con l'ordinamento Ue, «alle sue caratteristiche, alla proporzionalità e necessità delle misure previste in rapporto ai fini di politica sociale dichiarati anche scendendo nel merito della plausibile efficacia e portata di queste misure senza demandare al giudice nazionale tale compito (come invece aveva ritenuto di proporre l'Avvocato generale nelle sue conclusioni)».

([1339]) C. giust. 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia srl* v. *Antonino Bordonaro*, EU:C:2017:566.
([1340]) Cass. 21 febbraio 2018, n.4223.

Si dubita che la sentenza "Bronzini" (Estensore della decisione della Cassazione) possa rappresentare una scelta di sistema nel rapporto tra la giurisprudenza sovranazionale e quella interna, e possa così costituire l'opzione prevalente di politica del diritto sia nelle sentenze della Corte di cassazione che nelle decisioni della Corte di giustizia, soprattutto quando, come nel caso di specie, si verta su controversie tra privati e la pronuncia della Corte europea non evidenzi situazioni di incompatibilità della norma interna con il diritto dell'Unione, cioè quando la sentenza dei giudici Ue non abbia valore formale di *ius superveniens* con disapplicazione diretta della disposizione nazionale "ostativa" (cfr. Corte cost., ordinanze nn.194 e 195 del 2016).

Infatti, come precisato recentemente dalle Sezioni unite nella sentenza del 18 dicembre 2017, n.30301 «la Corte di Giustizia, nell'esercizio del potere di interpretazione di cui all'art. 234 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, permane in via esclusiva in capo a questo la funzione giurisdizionale».

Il limite "interno" all'interpretazione autentica del diritto dell'Unione europea della Corte di Lussemburgo è riconosciuto, inoltre, costantemente dalla stessa Corte di giustizia: «Spetta tuttavia al giudice del rinvio, l'unico competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato (v. citate sentenze Marrosu e Sardino, punto 56; Vassallo, punto 41, e Angelidaki e a., punti 164 e 188, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 135; Koukou, punti 69, 77 e 90, e Lagoudakis e a., punto 11).» (ordinanza *Affatato* ([1341]), punto 50).

Inoltre, se è condivisibile la soluzione della Cassazione nella sentenza n.4223/2018 di recepire le decisioni della Corte di giustizia quando interpretano in modo corretto e coerente rispetto al quesito pregiudiziale la normativa interna, qualche dubbio si potrebbe profilare, proprio rispetto alla fattispecie della causa *Abercrombie*, sulla compatibilità dell'art.34, comma 2, d.lgs. n.276/2003 con la direttiva 1999/70/CE, in considerazione del fatto che proprio l'interpretazione della norma interna proposta dalla giurisprudenza comunitaria riqualifica il lavoro intermittente a tempo indeterminato del giovane infraventicinquenne, con l'automatica cessazione del rapporto di lavoro al compimento del 25° anno di età, come un vero e proprio contratto a tempo determinato, con la conseguenza che l'elemento di comparazione di cui all'art.38 del d.lgs. n.276/2003 andrebbe rintracciato nei lavoratori a tempo indeterminato di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Sotto questo profilo, il licenziamento intimato dall'Abercrombie potrebbe avere altri esiti, diversi dall'insussistente nullità per discriminazione in ragione dell'età, e rientrare nell'ipotesi di recesso illegittimo, perché senza giusta causa e senza ragioni oggettive, di un rapporto di lavoro a termine con durata indeterminata, come nel citato caso recentemente esaminato dall'Avvocato generale Kokott nella causa C-96/17 *Vernaza Ayovi,* che ha ripreso l'ordinanza *León Medialdea* ([1342]).

([1341]) C. giust. 1° ottobre 2010 (ord.), causa C-3/10, ECLI:EU:C:2010:574.
([1342]) C. giust. 11 dicembre 2014 (ord.), C-86/14, *Marta León Medialdea* v. *Ayuntamiento de Huétor Vega*, EU:C:2014:2047.

Nell'ordinanza *León Medialdea* la Corte europea si è pronunciata sulla natura del «contratto a tempo indeterminato non permanente», evidenziando il tentativo del legislatore iberico di trasformare i contratti a tempo determinato successivi abusivi nel pubblico impiego in contratti di lavoro a tempo indeterminato non permanente (*relación laboral por tiempo indefinido no fijo*), similmente a quanto accade per il contratto a tempo indeterminato di lavoro intermittente nel caso di automatica risoluzione del rapporto al raggiungimento del 25° anno di età del dipendente.

A tal proposito, si evidenzia che sono state discusse davanti alla grande sezione della Corte di giustizia due importanti questioni pregiudiziali in casi spagnoli ([1343]), in cui si controverte sull'applicabilità diretta della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro rispetto alla comparazione delle condizioni di cessazione del rapporto di lavoro «per circostanze oggettive» tra rapporto a tempo indeterminato e contratto a termine, sia alle dipendenze di un'impresa privata (C-574/16 Grupo Norte Facility) sia alle dipendenze di un datore di lavoro pubblico (C-677/16 Montero Mateos).

In particolare, nella causa C-574/16 Grupo Norte Facility si discute di un lavoratore spagnolo assunto nel quadro di un «contratto di sostituzione» a tempo determinato diretto a compensare le ridotte prestazioni lavorative di una collega collocata in regime di lavoro "part-time" per pensionamento progressivo. La durata del contratto di sostituzione del suddetto lavoratore era limitata sino al pensionamento della collega (il genitore), successivamente al quale il rapporto lavorativo cessava. Il procedimento principale verte ora sull'indennità ex lege che, a determinate condizioni, i lavoratori spagnoli possono esigere dai rispettivi datori di lavoro al termine del rapporto di lavoro. Oggetto del contendere è il fatto che l'indennità di cui trattasi è quantificata diversamente a seconda delle modalità di risoluzione del rapporto di lavoro. Infatti, in base al diritto spagnolo, ove il datore di lavoro licenzi il dipendente per causa oggettiva, l'indennità viene riconosciuta in misura più generosa rispetto al caso in cui, come nella specie, il datore lasci semplicemente che il rapporto di lavoro a tempo determinato cessi per raggiungimento della data di scadenza concordata. In talune ipotesi, alla scadenza del rapporto di lavoro a tempo determinato, il lavoratore interessato non ha diritto ad alcuna indennità.

Nella causa C-677/16 Montero Mateos il problema della discriminazione si pone con riferimento al caso di una lavoratrice spagnola impiegata per molti anni – vale a dire, sino all'esito di una procedura di selezione a definitiva copertura della posizione di cui trattasi - da una società di diritto pubblico nel quadro di un contratto di lavoro a tempo determinato a copertura di un posto di lavoro temporaneamente vacante. In base al diritto spagnolo, in caso di mera scadenza di un contratto di «interinidad» (contratto a termine per la copertura temporanea di un posto) alla lavoratrice non spetta alcuna indennità, indennità che spetta, invece, ad un lavoratore licenziato dal proprio datore di lavoro per causa oggettiva.

Sia nella causa C-574/16 Grupo Norte Facility sia nella causa C-677/16 Montero Mateos il Governo spagnolo ha contestato la sentenza *de Diego Porras* (cit.), che ha ravvisato nell'assenza di qualsivoglia indennità in caso di scadenza di un contratto di lavoro a tempo determinato una discriminazione vietata dal diritto dell'Unione.

([1343]) All'udienza dell'8 novembre 2017 sono state discusse davanti alla Grande Sezione della Corte di giustizia le cause pregiudiziali C-574/16 Grupo Norte Facility S.A. contro Angel Manuel Moreira Gómez e C-677/16 Montero Mateos contro Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. La Corte di giustizia dovrebbe decidere le due cause entro giugno c.a.

L'Avvocato generale Kokott ha depositato il 20 dicembre 2017 le conclusioni scritte sia nella causa C-574/16 Grupo Norte Facility (EU:C:2017:1022) sia nella causa Montero Mateos (EU:C:2017:1021), invitando la Corte di giustizia a rivedere la propria posizione rispetto alla sentenza *de Diego Porras*, con argomentazioni molto simili, e poco convincenti sul piano giuridico, della non comparabilità "di fatto" delle condizioni di lavoro tra lavoratore a tempo determinato e lavoratore a tempo indeterminato comparabile, come quelle proposte dallo stesso Avvocato generale nelle sue conclusioni della causa *Wippel* sul lavoro intermittente.

Infatti, contestualmente in data 20 dicembre 2017 la Corte di giustizia con la sentenza *Vega González* (cit.) ha preferito accogliere le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, che aveva evidenziato la natura discriminatoria e contraria alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato della normativa nazionale che prevede la concessione di un'aspettativa per incarichi particolari in caso di elezione a cariche pubbliche ai soli funzionari di ruolo, ad esclusione dei funzionari ad interim.

La Corte di giustizia con la sentenza *Vega González* sembra rispondere, così, anticipatamente al Governo spagnolo nelle cause C-574/16 e C-677/16, rigettando le conclusioni "politiche" dell'Avvocato generale Kokott e confermando la sentenza *de Diego Porras*, richiamata ben tredici volte.

Dimostrando grande spirito di adattamento alle nuove indicazioni della Corte su un più rigido controllo dell'autoregolazione dei rapporti di lavoro temporanei e atipici negli Stati membri attraverso i limiti esterni della non discriminazione sulle condizioni di lavoro, con le sue conclusioni del 25 gennaio 2018 nella causa *Vernaza Ayovi*, di segno diametralmente opposto rispetto a quelle rassegnate nelle cause Grupo Norte Facility e Montero Mateos, l'Avvocato generale Kokott pare aver compreso che la grande sezione della Corte di giustizia non cambierà posizione rispetto alle sentenze *de Diego Porras* e *Vega* e ribadirà la propria giurisprudenza nella parte in cui afferma nozioni autonome di diritto dell'Unione in materia di flessibilità dei rapporti di lavoro e non subisce (più) le esigenze autoregolative nazionali in contrasto con la normativa comunitaria, su cui però la Corte Ue è chiamata a dare una risposta più chiara in termini di (eventuale) non applicazione o disapplicazione delle norme interne in contrasto con la tutela effettiva anche nelle controversie tra privati,, rispetto a quella confusa enunciata nella sentenza *Mangold*.

## 8. Le distinte nozioni di lavoratore subordinato e di lavoratore autonomo nella giurisprudenza Ue alla luce della direttiva 2003/88/CE e dell'art.45 TFUE.

Già il legislatore europeo con il regolamento (Ue) 2016/589 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 aprile 2016 ([1344]), relativo ad una rete europea di servizi per l'impiego (EURES), all'accesso dei lavoratori ai servizi di mobilità e a una maggiore integrazione dei mercati del lavoro, si è preoccupato al 6° considerando di evidenziare che la Corte di giustizia Ue ha affermato che alla nozione di «lavoratore», di cui all'art. 45 del TFUE, debba essere attribuito un significato proprio dell'Unione e che detta nozione deve essere definita in base a criteri obiettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro mediante riferimento ai diritti e agli obblighi delle persone interessate.

([1344]) Pubblicato su G.U.U.E. del 22 aprile 2016 L 107/1. Il regolamento n. 2016/589 modifica i regolamenti Ue n. 492/2011 e 1296/2013.

D'altra parte, l'art.3 della direttiva 89/391/CEE contiene sia, alla lettera a), l'ampia definizione di lavoratore [subordinato] come «qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro, compresi i tirocinanti e gli apprendisti, ad esclusione dei domestici», sia, alla lettera b), la nozione di datore di lavoro come «qualsiasi persona fisica o giuridica che sia titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore e abbia la responsabilità dell'impresa e/o dello stabilimento», mentre l'art.1, paragrafo 3, della direttiva 2003/88/CE espressamente richiama, per quanto riguarda l'ambito di applicazione, quello della direttiva 89/391/CEE.

In effetti, la Corte europea nella sentenza *FNV* ([1345]) ha affermato che la qualifica di «prestatore autonomo», ai sensi del diritto nazionale, non esclude che una persona debba essere qualificata come «lavoratore», ai sensi del diritto dell'Unione, se la sua indipendenza è solamente fittizia e nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro (sentenza FNV, punto 35) e che lo status di «lavoratore» ai sensi del diritto dell'Unione non può essere pregiudicato dal fatto che una persona è stata assunta come prestatore autonomo di servizi ai sensi del diritto nazionale, per ragioni fiscali, amministrative o burocratiche, purché tale persona agisca sotto la direzione del suo datore di lavoro, per quanto riguarda in particolare la sua libertà di scegliere l'orario, il luogo e il contenuto del suo lavoro, non partecipi ai rischi commerciali di tale datore di lavoro e non sia integrata nell'impresa di detto datore di lavoro per la durata del rapporto di lavoro, formando con essa un'unità economica (sentenza FNV, punto 36).

Quali possibili elementi per definire correttamente un lavoratore [subordinato] la Corte di giustizia ha indicato le seguenti circostanze: che l'interessato a) si trovi sotto la direzione del datore di lavoro, in particolare per quanto riguarda libertà di determinare l'orario, il luogo e il contenuto del lavoro ([1346]), b) non partecipi ai rischi commerciali di tale datore di lavoro ([1347]) e c) costituisca parte integrante dell'impresa del datore di lavoro per la durata di tale rapporto di lavoro ([1348]).

Alla luce degli indicati criteri, si muovono, in direzione dell'assorbimento delle tipologie di lavoro autonomo "debole" o non subordinato e non imprenditoriale nell'alveo delle discipline del lavoro subordinato, altre recenti e importanti decisioni della Corte di giustizia.

Nella sentenza *Haralambidis* ([1349]) la Corte ha riconosciuto come lavoratore subordinato, ai fini dell'applicazione dell'art.45 TFUE sulla libera circolazione dei lavoratori, il presidente dell'autorità portuale di Brindisi, nominato dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, sul mero presupposto che l'attività lavorativa viene esercitata sotto la direzione, il controllo e la vigilanza del Ministro, e che il lavoratore in questione, pertanto, non possedeva le caratteristiche tipicamente associate alle funzioni di un fornitore di servizi indipendente, ossia una maggiore flessibilità riguardo alla scelta del tipo di lavoro e dei compiti da svolgere, alla maniera in cui tale lavoro o tali compiti debbano essere svolti nonché all'orario e al luogo di lavoro, e una maggiore libertà nella selezione dei propri collaboratori (punto 33).

Nella causa *Fenoll* ([1350]) si controverteva dell'eventuale diritto alle ferie annuali - in applicazione diretta e orizzontale dell'art. 7 della direttiva 2003/88/CE sull'organizzazione dell'orario di lavoro,

([1345]) C. giust. 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV*, EU:C:2014:2411.
([1346]) C. giust. 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, EU:C:2004:18, punto 72.
([1347]) C. giust. 14 dicembre 1989, C-3/87, *The Queen*, EU:C:1989:650, punto 36.
([1348]) C. giust. 16 settembre 1999, C-22/98 *Becu ed altri*, EU:C:1999:419, punto 26.
([1349]) C. giust. 10 settembre 2014, C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185.
([1350]) C. giust. 26 marzo 2015, C-316/13, *Fenoll*, EU:C:2015:200.

in combinato disposto con l'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - di un lavoratore disabile con capacità lavorativa inferiore a un terzo di quella normale, inserito nei Centri di aiuto attraverso il lavoro (CAT), strutture di accoglienza di tipo medico-sociale prive di scopo di lucro. Il lavoratore disabile percepiva un sussidio pubblico per l'attività "lavorativa" svolta nei CAT, senza essere qualificato come lavoratore subordinato nella legislazione francese.

La Corte di giustizia nella sentenza *Fenoll*, accogliendo le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi sulle questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione francese, ha precisato che la nozione di «lavoratore [subordinato]» di cui all'art.7 della direttiva 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e all'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretata nel senso che essa può comprendere un disabile ammesso in un centro di aiuto attraverso il lavoro (CAT), nonostante l'ordinamento transalpino configuri le prestazioni rese presso i CAT come di natura meramente previdenziale e assistenziale, e non lavorativa.

Nella sentenza *Regojo Dans* (cit.) si controverteva, ancora una volta, sulla nota questione del riconoscimento del diritto agli scatti triennali di anzianità nei confronti di una lavoratrice spagnola ([1351]) (in applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato), reclutata "occasionalmente" (cioè sulla base di un contratto di natura fiduciaria e legato alla durata del servizio di chi aveva conferito l'incarico occasionale) presso il Consiglio di Stato, dove aveva prestato servizio dal 1° marzo 1996 fino al 25 gennaio 2012 come capo della segreteria del presidente della II sezione, avendo comunque espletato attività di lavoro temporaneo presso le pubbliche amministrazioni (anche presso la Corte costituzionale) per 31 anni e mezzo.

L'Avvocato generale italiano Mengozzi nelle sue conclusioni depositate il 12 giugno 2014 nella causa *Regojo Dans* (EU:C:2014:1753), sulla nozione di lavoratore nel diritto dell'Unione, ha richiamato sia la sentenza *O'Brien* e la clausola 4 della direttiva 1997/81/CE sul lavoro a tempo parziale ai giudici onorari britannici, sia la sentenza *Union syndicale Solidaires Isère* ([1352]) per quanto riguarda il diritto ai riposi giornalieri riconosciuto anche ai lavoratori occasionali e stagionali con "contratto di assistenza educativa" della durata massima di 80 giorni l'anno, sia la fondamentale sentenza *Lawrie-Blum* (cit.) sul vincolo di subordinazione ricavato dal diritto alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, applicato in Germania a tirocinanti insegnanti nel pubblico impiego (conclusioni, nota 13), sia, infine, la sentenza *Sibilio* sui lavoratori socialmente utili in Italia (conclusioni, punto 22).

Anche nella sentenza *Regojo Dans* su questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale Supremo spagnolo, accogliendo le conclusioni dell'avvocato generale italiano, la Corte di giustizia ha precisato che la nozione di «lavoratore a tempo determinato», ai sensi della clausola 3, pt. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che si applica a un lavoratore "occasionale" quale la ricorrente nel procedimento principale e ha dichiarato che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, la quale esclude, prescindendo da qualsiasi giustificazione per ragioni oggettive, il personale reclutato occasionalmente dal diritto di percepire una maggiorazione corrispondente allo scatto triennale di anzianità accordata, segnatamente, ai

([1351]) Cfr. sentenza *Del Cerro Alonso*, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* e *Regojo Dans* della Corte di giustizia, cit.
([1352])C. giust. 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union syndacale Solidaires Isère*, EU:C:2010:612.

dipendenti di ruolo, quando, relativamente alla percezione della maggiorazione di cui trattasi, le due summenzionate categorie di lavoratori si trovino in situazioni comparabili.

Nella sentenza *King* ([1353]) la Corte di giustizia ha riconosciuto il diritto di un lavoratore inglese a beneficiare dell'indennità per ferie annuali non godute alla cessazione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art.7 della direttiva 2003/88/CE, che forniva le sue prestazioni sulla base di un «contratto di lavoro autonomo con retribuzione basata sulle sole commissioni», senza entrare nel merito della nozione di lavoratore [subordinato], già definita positivamente nel procedimento principale dai giudici nazionali.

Con una decisione che attraversa trasversalmente, come parametro interpretativo, la nuova disciplina italiana del lavoro autonomo, del lavoro occasionale e del lavoro agile, la Corte di giustizia nella recente sentenza *Matzak* ([1354]) fa rientrare nella nozione di lavoratore [subordinato] di cui all'art.2 della direttiva sull'orario di lavoro un vigile del fuoco volontario, che aveva avviato uno strumentale procedimento giudiziario diretto a ottenere la condanna della città di Nivelles a versargli la somma provvisionale di un solo euro, a titolo di risarcimento dei danni per mancato pagamento, durante gli anni di servizio, della retribuzione relativa alle sue prestazioni per i servizi di guardia al proprio domicilio.

La questione è di particolare rilevanza per l'ordinamento nazionale italiano, perché Corte costituzionale con la sentenza n.267/2013 ([1355]), *in subiecta materia*, aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma con l'ordinanza del 6 dicembre 2012 ([1356]).

Il giudice del lavoro romano, invece di adire la Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art.267 TFUE, aveva dichiarato rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 11 e 12, della legge n. 183/2011, nella parte in cui tali disposizioni consentono il richiamo in servizio a tempo determinato del personale volontario dei vigili del fuoco in caso di (qualsivoglia) necessità delle strutture centrali e periferiche del Corpo nazionale, al di fuori dell'applicazione dei principi di cui al d.lgs. n.368/2001, e segnatamente di quello contenuto nell'art. 5, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi, in contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost., in riferimento alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

Secondo la Corte costituzionale il rapporto tra la pubblica amministrazione e il personale volontario del Corpo dei vigili del fuoco, per l'esercizio di funzioni straordinarie e collegate ad eventi di natura eccezionale e di durata ed entità non prevedibili, consiste in una dipendenza di carattere esclusivamente funzionale. I volontari dei vigili del fuoco non ricadrebbero, quindi, nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, perché tale accordo si applica «ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro

([1353]) C. giust. 29 novembre 2017, C-214/16, *King*, EU:C:2017:914.
([1354]) C. giust. 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, EU:C:2018:82.
([1355]) C. cost. 13 novembre 2013, n.267, con nota critica di V. DE MICHELE, *Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte di Lussemburgo*, su *Quaderni europei*, gennaio 2014, 60, 209.
([1356]) Trib. Roma 6 dicembre 2012 (ord.), n. 110/2013 reg.ord.

disciplinato dalla legge» (clausola 2); nel caso in esame, dunque, non vi sarebbe un rapporto di lavoro, ma di servizio.

Viceversa, la Corte di giustizia con la sentenza *Matzak* ha richiamato preliminarmente la portata autonoma della nozione di lavoratore [subordinato] secondo il diritto dell'Unione a prescindere dalla natura giuridica di un rapporto di lavoro secondo il diritto nazionale, alla luce di tutta la propria pertinente (e innanzi citata) giurisprudenza.

La Corte Ue ha così concluso: l'art. 17, par.3, lett.c), punto iii), della direttiva 2003/88/CE deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri non possono derogare, con riferimento a talune categorie di vigili del fuoco reclutati dai servizi pubblici antincendio come il vigile del fuoco "volontario" ricorrente nel giudizio principale, a tutti gli obblighi derivanti dalle disposizioni di tale direttiva, ivi compreso l'art.2, che definisce in particolare le nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo»; l'art.15 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso non consente agli Stati membri di adottare o mantenere una definizione della nozione di «orario di lavoro» meno restrittiva di quella contenuta all'articolo 2 della stessa direttiva; infine, l'art. 2 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che le ore di guardia che un lavoratore trascorre al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle convocazioni del suo datore di lavoro entro 8 minuti, obbligo che limita molto fortemente le possibilità di svolgere altre attività, devono essere considerate come «orario di lavoro».

Di notevole interesse ai fini della verifica della compatibilità con il diritto dell'Unione del nuovo istituto del lavoro agile, sembra essere la sentenza *Hälvä* ([1357]) della Corte di Lussemburgo, in una fattispecie in cui le ricorrenti finlandesi nel procedimento principale sono state dipendenti della SOS-Lapsikylä ry, associazione il cui scopo era la tutela dell'infanzia e che organizzava, per i bambini di cui si prendeva carico in affidamento, un alloggio il più familiare possibile in sette villaggi dei bambini, ognuno composto da più case dei bambini. Il personale dei villaggi dei bambini era costituito da un direttore, dai «genitori» titolari, dai «genitori» sostituti e da altri professionisti.

Le ricorrenti nel procedimento principale hanno agito in giudizio, perdendo nei primi due gradi, chiedendo prestazioni di lavoro straordinario o prestazioni di lavoro serali, notturne o effettuate nel fine settimana per aver lavorato in veste di «genitori» sostituti dei «genitori» titolari durante le assenze di questi ultimi (giustificate da giornate libere, ferie annuali o assenze per malattia), in cui convivevano con i bambini e si occupavano, da sole, della casa dei bambini, nonché dell'educazione e della cura dei minori residenti, in particolare garantendo l'approvvigionamento e accompagnando i bambini fuori.

Il mancato riconoscimento amministrativo e giudiziale delle prestazioni di lavoro straordinario e/o notturno e/o festivo derivava dal fatto che, in base alla legislazione interna ([1358]), la normativa nazionale sull'orario di lavoro non si applicava alle prestazioni di lavoro svolte dal lavoratore a casa oppure in altre condizioni tali da escludere che spetti al datore di lavoro il controllo dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

Effettivamente, secondo il giudice del rinvio pregiudiziale (Korkein oikeus, la Corte suprema della Finlandia), i delegati del datore di lavoro non controllano il lavoro quotidiano dei «genitori» sostituti e il datore di lavoro non fornisce alcuna raccomandazione concernente le ore di lavoro e di

([1357]) C. giust. 26 luglio 2017, C-175/16, *Hälvä*, EU:C:2017:617.
([1358]) L'art. 2, par. 1, punto 3), della työaikalaki (605/1996), la legge finlandese sull'orario di lavoro.

riposo nei giorni d'impiego. Nei limiti fissati dalle esigenze dei bambini, un «genitore» sostituto può determinare da solo l'organizzazione e il contenuto del proprio lavoro. Per ogni bambino è, tuttavia, stabilito un programma di assistenza e di educazione, al quale il sostituto deve attenersi nel prendersi cura del bambino e sul quale redige una relazione. Inoltre, il «genitore» sostituto si accorda con il «genitore» titolare riguardo al funzionamento della casa dei bambini di cui ha la responsabilità e alle relative questioni pratiche.

Alla luce delle descritte modalità della prestazione lavorativa, si è posto al giudice nazionale il problema interpretativo di verificare la corrispondenza della norma interna derogatoria alla disciplina sull'orario di lavoro con le ipotesi di deroga agli artt. 3 (riposo giornaliero), 4 (pausa), 5 (riposo settimanale), 6 (durata massima settimanale del lavoro), 8 (durata del lavoro notturno) e 16 (periodi di riferimento) della direttiva 2003/88/CE; deroghe che l'art.17, par.1, della stessa direttiva consente quando la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; o c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose.

La Corte ha concluso escludendo che le deroghe previste dall'art.17, par.1, della direttiva 2003/88/CE all'applicazione di alcuni importanti istituti della normativa europea sull'orario di lavoro sia applicabile all'attività subordinata, come quella di cui al procedimento principale, consistente nell'accudire bambini nelle condizioni di un ambiente familiare, in sostituzione della persona incaricata in via principale di tale missione, qualora non sia dimostrato che l'orario di lavoro, nel suo complesso, non sia misurato o predeterminato o che possa essere stabilito dal lavoratore stesso.

Nella sentenza *Hälvä* la Corte ha evidenziato, da un lato, che l'attività dei «genitori» sostituti non rientra nella deroga della «manodopera familiare», in quanto essa riguarda esclusivamente il lavoro effettuato in un contesto nel quale il rapporto di lavoro che unisce il datore di lavoro al suo dipendente ha natura familiare, denotato da particolari legami di fiducia e da impegno tra le parti, in cui può ammettersi che l'orario di lavoro nel suo complesso non sia misurato o predeterminato o che possa essere determinato dal familiare dipendente (punti 46-47).

Dall'altro, il Collegio lussemburghese (Relatore Tizzano) ha evidenziato che, anche a supporre che taluni periodi d'inattività nel corso dei periodi di 24 ore durante i quali i «genitori» sostituti hanno l'incarico della casa dei bambini possano essere considerati non come orario di lavoro ma come tempo di riposo ai sensi dell'art.2, punto 2, della direttiva 2003/88, poiché, i «genitori» sostituti, nonostante debbano restare reperibili in ogni momento, sono autorizzati a lasciare il luogo di lavoro allorché i bambini che accudiscono sono impegnati al di fuori della casa, tale possibilità di lasciare il loro luogo di lavoro riguarda solo una parte del loro orario quotidiano e risulta determinata non dai «genitori» sostituti stessi, ma dalle ore di assenza dei bambini.

Di conseguenza, tale particolarità delle condizioni di lavoro dei «genitori» sostituti non può condurre alla conclusione che il loro orario di lavoro, nel suo complesso, non è misurato o predeterminato o che è determinato, nel suo complesso, dai «genitori» sostituti stessi (sentenza *Hälvä*, punto 44).

## 9. La compatibilità/incompatibilità comunitaria delle nuove discipline del lavoro autonomo "protetto", del lavoro occasionale e del lavoro agile.

Se queste sono le coordinate, nella giurisprudenza ormai consolidata della Corte di giustizia, delle nozioni autonome, nel diritto dell'Unione, di lavoratore subordinato (e di lavoro autonomo), di lavoratore a tempo determinato e a tempo parziale, di lavoratore temporaneo o occasionale - in particolare quando le due importanti direttive sociali 97/81/CE e 1999/70/CE siano interpretate alla luce del principio di non discriminazione inserito nella specifica normativa europea e inserite nella direttiva "quadro" 2003/88/CE sull'orario di lavoro o coordinate con la "dimenticata" e ora riattivata direttiva 91/533/CEE sull'informazione ai lavoratori delle condizioni di lavoro -, sarebbe limitativo operare la consueta verifica (preventiva) di compatibilità della novella sul lavoro autonomo non imprenditoriale e sul lavoro "agile", e della nuova disciplina del lavoro occasionale.

Infatti, seppure con le incertezze ermeneutiche che caratterizzano ogni sforzo di sistematizzazione e di "codificazione" delle decisioni dei giudici di Lussemburgo, non raramente piene di contraddizioni e incongruenze dovute al sostanziale (e non dichiarato, ma) necessario sforzo di armonizzazione minima delle legislazioni di 28 Stati membri, *in subiecta materia*, le novità legislative interne in commento sembrano inserirsi con qualche incertezza di non lieve momento nelle coordinate della giurisprudenza sovranazionale, con estensione, in ogni caso, sempre più accentuata delle tutele sostanziali e previdenziali del lavoro subordinato alle tipologie di lavoro parasubordinato etero-organizzate, come già con qualche incertezza anticipato dall'art.2 del d.lgs. n.81/2015.

La preoccupazione dell'interprete, sotto questo profilo, dovrebbe e potrebbe essere quella di spostarsi dall'analisi della nuova disciplina del lavoro autonomo e del lavoro agile con le categorie (e le lenti) dei concetti di subordinazione e autonomia del diritto del lavoro nazionale, per verificare se, e in che misura, l'estensione della disciplina (interna) della subordinazione al lavoro organizzato dal committente porti ad una definitiva identificazione del lavoro autonomo "debole" o della parasubordinazione nell'alveo della subordinazione secondo la nozione "unica" di lavoratore nel diritto dell'Unione.

E se, in quest'ottica, la nuova nozione (interna) di prestazione d'opera coordinata e continuativa rientri ancora nella convenienza economica e normativa del committente e del collaboratore, attesa la sostanziale equivalenza del carico contributivo della gestione separata Inps con gli oneri previdenziali di un ordinario rapporto di lavoro subordinato.

D'altra parte, la recente modifica dell'art.409, comma 1, lett.c), c.p.c.[1359], con l'aggiunta della precisazione secondo cui «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa», non appare idonea a fornire una autonoma nozione interna della collaborazione coordinata e continuativa, quanto, piuttosto, ad estendere le tutele sostanziali e processuali del lavoro subordinato a tutte le situazioni di fatto che, per molto tempo, sono state ricomprese nella zona grigia della parasubordinazione, ormai sfumata e in via di estinzione nelle sue stesse *rationes* giustificative.

Le recenti sentenze *O'Brien, Sibilio, Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH, FNV, Haralambidis, Fenoll, King, Union syndicale Solidaires Isère, Matkak, Hälvä* della Corte di giustizia, la procedura

([1359]) Introdotta dall'art.15, comma 1, lett.a), d.lgs. n.81/2015.

di "codificazione" da parte della Commissione dei principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria sulla direttiva 2003/88/CE (e quindi sulle altre direttive sociali "collegate"), la proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 21 dicembre 2017 per condizioni di lavoro più trasparenti e prevedibili in tutta l'Unione, con rafforzamento e generalizzazione degli obblighi informativi previsti dalla direttiva 91/533/CEE, dimostrano una capacità di razionalizzazione e armonizzazione delle tutele del rapporto di lavoro (subordinato, parasubordinato, autonomo) indebolito dagli anni della crisi economica di inusuale intensità nel c.d. ordinamento euro-unitario ([1360]), in cui la flessibilità degli anni '90 ha perso il fascino della novità e la capacità di evocare scenari di piena occupazione o di massima occupabilità dei lavoratori, al punto da provocare una discussione tematica sul tema della precarietà del lavoro in seduta plenaria del Parlamento europeo, che sarà tenuta, probabilmente, nel mese di maggio c.a.

L'Unione sta ripensando alle politiche del lavoro e alla nozione stessa di mercato del lavoro, attraverso la lente di ingrandimento della giurisprudenza comunitaria e l'intenso rapporto dialettico sulle criticità strutturali dei singoli ordinamenti interni in ordine alla tutela effettiva del lavoro tra giudici nazionali e Corte di giustizia, con la partecipazione sempre più attiva anche di alcune Corti costituzionali (in particolare di quella italiana), con un dialogo che è stato capace di demolire esperimenti di laboratorio giuridico e di concertazione "preventiva", quali le sentenze *Wippel* e *Mangold* della grande sezione, e di frenare la iniziale tendenza della Corte europea a ampliare gli spazi autoregolativi dei rapporti di lavoro degli Stati membri.

In questa prospettiva, la disciplina del lavoro agile, in un rapporto di lavoro dichiaratamente subordinato, difficilmente potrebbe avere sviluppi operativi interessanti e statisticamente apprezzabili, anche nella misura in cui, attraverso la contrattazione collettiva, potessero essere accentuate le possibilità di autodeterminazione delle modalità della prestazione da parte del lavoratore, nello sforzo di difficile realizzazione di rendere quanto più possibile compatibile il sinallagma contrattuale funzionale con la deroga all'organizzazione dell'orario del lavoro prevista dall'art.17, par.1, della direttiva 2003/88/CE, nell'interpretazione che ne ha fornito la Corte di giustizia nella sentenza *Hälvä*, ma anche nella prospettiva della rapida approvazione della proposta di direttiva della Commissione sul lavoro "dignitoso".

Una riflessione finale e un'attenzione particolare merita la nuova disciplina del lavoro occasionale, introdotta dall'art.54-bis d.l. n.50/2017 in sostituzione "coattiva" del lavoro accessorio del d.lgs. n.81/2015.

Sicuramente condivisibile la riflessione della dottrina ([1361]), che colloca sul piano sistematico la nuova disciplina del lavoro "temporaneo" o occasionale nell'area della subordinazione.

Visibilmente, il nuovo istituto pare assimilabile nei tratti identitari ai *minijobs* tedeschi e, in particolare, a quelli di breve durata, che l'art.8 della legge SGB IV, nel testo modificato dalla legge Hartz II del 2013, qualifica come attività di lavoro autonomo di minore entità ("geringfügige selbständige Tätigkeit"), soprattutto per la convertibilità del lavoro occasionale italiano in un

---

([1360]) Si rimanda al confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, 2015.

[1361] V. Pinto, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, (a cura di) G. Zilio Grandi e M. Biasi, Milano, 2018, p.174 ss.

rapporto di lavoro (subordinato) a tempo pieno e indeterminato al superamento del limite di importo di € 2.500 all'anno presso un unico "datore di lavoro" utilizzatore o, comunque, del limite di durata della prestazione pari a 280 ore nell'arco dell'intero anno civile[1362], differenziandosi invece dai *minjobs* germanici per il maggior costo previdenziale e per gli obblighi contributivi delle prestazioni IVS e dell'assicurazione INAIL, compensati dall'esenzione dall'imposizione fiscale.

Se il nuovo lavoro occasionale non pare dare problemi sul piano della compatibilità con le direttive 1999/70 sul lavoro a tempo determinato e 97/81 sul lavoro a tempo parziale e, soprattutto, con la direttiva 2003/88 sull'orario di lavoro, sfugge la logica sistematica del nuovo istituto di lavoro a tempo determinato di breve durata nel contesto della flessibilità delle tipologie di lavoro atipiche regolamentate dal d.lgs. n.81/2015.

Non pare più sostenibile la tesi che, dapprima con il d.l. n.34/2014 e poi con il d.lgs. n.81/2015, il Jobs act ha introdotto nell'ordinamento interno una regolamentazione dei contratti a tempo determinato e di lavoro a termine alle dipendenze di agenzie di lavoro interinale rigorosamente acausali o privi di ragioni oggettive e con l'unica tutela preventiva – soltanto per i contratti a tempo determinato – della successione fraudolenta dei contratti successivi, in particolare per il superamento dei 36 mesi di servizio anche non continuativi con lo stesso datore di lavoro per mansioni equivalenti.

Infatti, la sedicente acausalità dei contratti temporanei del d.lgs. n.81/2015 viene smentita dalla regolamentazione legislativa del "nuovo" lavoro occasionale, che proprio nella estrema brevità e occasionalità della prestazione trova la sua giustificazione, le sue "ragioni oggettive", e che prevede la sanzione antiabusiva nel mero superamento del limite di durata massima di 280 ore nell'arco dell'intero anno civile.

Peraltro, proprio perché la nuova disciplina del lavoro occasionale è stata inserita, con decorrenza dal 1° gennaio 2018, in un contesto normativo estraneo al d.lgs. n.81/2015, a causa dell'abrogazione degli artt. 48-50 sul lavoro accessorio nel Jobs act sulle tipologie contrattuali, la sanzione della trasformazione in un contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato mal si concilia sia con il regime delle decadenze e delle tutele di cui all'art.28 del d.lgs. n.81/2015 sia con la tutela speciale (ridotta) in caso di licenziamenti illegittimi di cui all'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.23/2015, l'uno e l'altra inapplicabili alla nuova fattispecie contrattuale (in caso di sanzione per il superamento del limite di utilizzo), con evidente incoerenza dell'intero quadro normativo della tutela applicabile in caso di abusivo ricorso alle forme di flessibilità tipizzate.

Sul punto, evidentemente, occorrerà una revisione legislativa dell'intera normativa dei contratti flessibili, per evitare che, improvvisamente, come è già accaduto nella vigenza del d.lgs. n.368/2001, i datori di lavoro si accorgano, in sede giudiziale, che è possibile (e necessario) interpretare, anche alla luce dell'attuale regolamentazione del lavoro occasionale, la nuova disciplina del contratto a tempo determinato e del lavoro interinale a termine contenuta nel d.lgs. n.81/2015 nel quadro della norma generale dello stesso decreto all'art.1, cioè che il contratto a tempo indeterminato costituisce la regola, cioè la forma comune dei rapporti di lavoro, mentre i contratti flessibili rappresentano l'eccezione, il cui ricorso va giustificato per l'esistenza di ragioni oggettive.

[1362] Cfr. Art.54-bis, comma 20, d.l. n.50/2017.

Come si evince dalla sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia e dal "diritto vivente" della sentenza n.12985/2018 della Cassazione, che ha correttamente applicato la giurisprudenza comunitaria anche sul primo ed eventualmente unico contratto a termine.

Come si ricava dalle osservazioni scritte della Commissione Ue nella causa Sciotto C-331/17, in cui la "bella addormentata nel bosco comunitario" si è risvegliata dal letargo in cui si era autonomamente confinata e ha ripreso a svolgere il ruolo di custode dei Trattati, interpretando il d.lgs. n.81/2015 alla luce della direttiva 1999/70/CE (esattamente come aveva fatto la Cassazione con la sentenza n.12985/2008 rispetto al d.lgs. n.368/2001) e negando così, di fronte all'affermazione della regola del contratto a tempo indeterminato come forma comune dei rapporti di lavoro, che le eccezioni delle tipologie di lavoro flessibile possano essere prive della giustificazione causale della temporaneità e dell'eccezionalità delle ragioni oggettive.

# Strike in the Essential Services: Italy*

Adriana Topo

I. General Background – Country Profile. 373
1. The Legal Framework of Labour. 373
II. Collective Labour Relations 375
1. Freedom of Association and Collective Bargaining: the Italian Paradox. 375
2. Collective Bargaining in the Public Sector. 378
III. The Right to Strike. 379
1. The Right to Strike in General. 379
2. Actions Different from Strike. 382
3. The Right to Strike in the Essential Services. 383
IV. Strike in the Essential Services and Law in Action. 390
1. The Earliest Approach to Strikes in the Essential Services. 390
2. The Experience of Strike in the Essential Services under Law no. 146/1990. 391
V. Restriction of the Right to Strike in Essential Services. 397
1. Limits to Strikes as Exceptions to Freedom. 397
VI. Alternative to Strike. 398
1. Alternative Methods of Protest in the Essential Services. 398
2. The Virtual Strike. 399
VII. Conclusions. 400
Bibliography. 401

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 142/2018

## I. General Background – Country Profile.

### 1. The Legal Framework of Labour.

*a) Constitutional Background.*

The Constitution enacted in 1948 after a long dictatorship under Benito Mussolini, the Prime Minister who came to power in 1922[1363], is the foundation of the Italian legal system. The Constitution supports a republican form of government, in compliance with the rejection of the monarchic regime after a referendum held in 1948. The Constitution confers the sovereignty to Parliament. The President of the Republic has powers aimed at guaranteeing the balance between the constitutional bodies. Notably, the Italian Constitution does not only regulate civic and political liberties and political institutions but also economic and social rights. Labour is at the core of the constitutional chart[1364]. Labour is mentioned in the opening of the Constitution, where Art. 1 states that 'Italy is a democratic republic founded on labour'[1365]. Art. 4 recognises the right to work for all citizens. Interrelated with the right to work is the duty for citizens to cooperate to the material and moral progress of the society[1366]. The right to work has therefore a fundamental value in the constitutional political project, which supports strategies aimed at protecting employees and workers whether under a subordinate or independent contract. The Titolo III of the Constitution details the basic protection for labour in few Articles. Courts have applied these Articles without the mediation of specific statutes in many occasions. One can find a very important example of the straight application by Courts of constitutional labour principles in the matter of remuneration. On the basis of Art. 36 of the Constitution, the remuneration ought to be proportional to the quantity and also to the quality of the work performed[1367]. It is worth noting that Italy has not yet adopted a statute that details what is the minimum wage in every sector. As a consequence it had seemed problematic for an employee to sue an employer in Court in order to challenge a contractual agreement setting a wage apparently unfair. Civil Courts have nevertheless overcome the absence of legislation on minimum wage retrieving Art. 2099 of the Civil Code adopted in 1942 and clearly inspired by the fascist ideology on labour[1368].

*aa) Remnant of Corporative Regulation.*

*(1) Impact on Individual Cases.*

Article 2099 of the Civil Code allows Courts to settle an individual claim on the right to a fair pay simply by applying the sectorial national collective agreement. In order to understand the mechanics of the trial, it should be remembered that under the fascist regime every industrial conflict had to be settled through a collective agreement to be applied to the whole sector workforce or through a Court of Appeal's binding decision, if parts could not agree on the economic matter.

[1363] Lyttelton Adrian, The Seizure of Power: Fascism in Italy 1919-1929, 2004.
[1364] Mengoni Luigi, Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà, in Napoli Mario (ed.), Costituzione, lavoro, pluralismo sociale, 1998.
[1365] Scognamiglio Renato, La Costituzione repubblicana, in Persiani Mattia (ed.), Le fonti del diritto del lavoro, Trattato di diritto del lavoro, vol. I, 2010, p. 113.
[1366] Mancini Giuseppe Federico, Commento all'articolo 4 della Costituzione, in Branca Giuseppe (ed.), Commentario alla Costituzione, 1975, p. 199.
[1367] Gragnoli Enrico – Corti Matteo, La retribuzione, in Marazza Marco (ed.), Contratto di lavoro e organizzazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. IV, part 2, 2012, p. 1375.
[1368] Santoro Passarelli Francesco, Nozioni di diritto del lavoro, 9th ed., 1957; Martone Michel, La fase corporativa, in Persiani Mattia (ed.), Le fonti del diritto del lavoro, Trattato di diritto del lavoro, vol. I, 2010, p. 63.

The judge could then easily decide on a labourer's claim for a fair wage, because the solution of the case was in the necessary application of the existing, in the circumstances, collective agreement or the application of the Court of Appeal's award setting the dispute on interests. This regulation enabling Courts to decide on industrial disputes does not operate any more. Courts nevertheless still apply Article 2099 of the Civil Code in claims about pay, even if the employer and the employee are not, in the circumstances, unionized and subject to a collective agreement. The Italian regime based on the economic individual freedom to negotiate (Art. 41 Constitution) does not allow Courts to settle individual or collective disputes on interests. Notwithstanding these limits, Courts argue that the necessary application of the constitutional right to a sufficient and proportionate remuneration obliges judges to decide on what is, in the circumstances, a fair wage. How do judges decide what is fair? Courts actually take inspiration from tariffs provided for by collective agreements applied in the same sector or in similar sector, and this is exactly what Art. 2099 c.c. provides for in these cases[1369]. Art. 2099, enacted in a totally different context, is fundamental in order to guarantee the right to a fair wage. The example on the fair pay is useful to understand the method of interpretation applied by Italian Courts to the industrial relations after the fall of the fascist regime. With the support of scholars, Courts have adapted, wherever possible, the corporative regulation of labour to the new constitutional principles.

*(2) Impact on Collective Cases*

The contextualization of rules enacted during the corporative period has happened also in the matter of strike. As this essay will discuss in the following chapters, for a long time after the enactment of the new republican constitution, and notably since 1990, the regulation of strike was based on laws that had been adopted in 1930 and therefore clearly in a different political climate. This fact seems a paradox if one considers that strike was at that time a criminal offence. The Italian Criminal Code enacted in 1930, and still generally in effect, provided for with rules that punished strike and lock out as crimes against the national economy[1370]. The Criminal Code punished strike and lock out distinguishing different situations on the basis of the strikers' typical aims. The list of crimes is not just historically interesting. In the legal jargon, operators still qualify an industrial action using the legal categories provided for by the Criminal Code. Courts specifically qualify a strike and lock out in respect of the aims of the agents on the basis of the criteria adopted by the Criminal Code. There are economic actions, solidarity actions, political strikes, The Constitutional Court from 1960 has produced a string of decisions assessing to what extent a strike aimed at a specific purpose is protected by the Constitution that guarantees the right to strike under Art. 40 [1371]. The clash between a perspective that considers industrial action as an individual fundamental right[1372] and a perspective that qualifies a strike as a criminal offence is evident. The Constitutional Court had nonetheless to interpret criminal norms on strike in order to draw the limits of the right to strike[1373], which the Constitution does not regulate. The Criminal

[1369] Cass., 11 January 2012, no. 153, DL Rivista Critica di Diritto del Lavoro, 2012, p. 200.
[1370] Santoni Francesco, La libertà e il diritto di sciopero, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, 2011, p. 3.
[1371] Suppiej Giuseppe, Trent'anni di giurisprudenza costituzionale sullo sciopero e sulla serrata, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 1989, no. 1, part I, p. 25.
[1372] Santoni Francesco, La libertà e il diritto di sciopero, quoted nt. 4.
[1373] Topo Adriana, Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo, Lavoro e Diritto, no. 2, 1997, 203.

Code also punished the 'desertion' of a public service or a service of public necessity on the basis of a provision that was interpreted as applicable to industrial actions[1374]. In 1990, the provision relating to the desertion of a public service was abolished by statute when Parliament enacted the first regulation in the matter of strike in the public services with Legge no. 146/1990. This is the only criminal norm applicable on strike that has been abolished by statute. It is worth noting that the Parliament has adopted a statute only on the matter of strike in the essential services. The regulation of a normal strike is still based on the string of principles of law produced by the Corte constitutional in the assessment of the coherence between the Constitution and the rules prohibiting strike.

## II. Collective Labour Relations.

### 1. Freedom of Association and Collective Bargaining: the Italian Paradox.

One may find that many Italian statutes make reference to collective agreements as a way for regulating specific profiles of the employment relationship, in situations where by contrast the individual negotiation is forbidden[1375]. Italy nonetheless still lacks a general regulation by statute on collective bargaining. In Italy does not exist a legal regulation of the industrial relations in the private sector, nor a definition of collective agreement. As this essay pointed out above, the freedom of association and the freedom of collecting bargaining, which is theoretically associated with the freedom of association, are nevertheless fundamental principles of the Italian regulation on labour, because the Constitution provides for the freedom of association under Art. 39[1376]. First paragraph of Art. 39, bestows freedom of unionization to individuals and collective agents. The second, third, and fourth paragraphs, of Art. 39, all regulate a procedure meant to extend the application of a national collective agreement on to a pool of employees when certain conditions are satisfied. These Paragraphs are referred to as the 'second part' of Art. 39, and secondary legislation would be necessary to make them applicable. The Second part of Art. 39 is nevertheless effective by not allowing the Parliament to regulate collective bargaining on the basis of principles other than the ones compliant with Art. 39 of the Constitution. There are few reasons explaining why Art. 39 of the Constitution was not regulated by secondary legislation. The second part of Art. 39 was not detailed by secondary legislation, on the one side, because of the opposition of the most prominent national unions. These unions have opposed a detailed regulation of the process of collective bargaining, arguing that the constitutional process would have imposed an assessment of unions' membership in order to weight unions' right to participate in the process. Only recently CGIL (Confederazione Generale Italiana del Lavoro) has changed its opinion on this issue. Union representation has to be weighed only in the public sector since collective bargaining has been introduced as the necessary method for regulating working conditions[1377]. A

[1374] Artt. 330 and 333, Criminal Code.

[1375] A good example is the "Testo Unico sulla Rappresentanza Confindustrial- CGIL, CISL, UIL" dated 10 January 2014, https://www.cisl.it/grandi-temi/rappresentanza/769-testo-unico-rappresentanza.html last visited on 24 March 2014.

[1376] Giugni Gino, Commento all'Art. 30, in Branca Giorgio (ed.) Commentario della Costituzione, Rapporti economici (Artt. 35-40), 1979, p. 257.; Bellocchi Paola, La libertà sindacale, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, 2014, p. 3.

[1377] See www.cgil.it/news/Default.aspx?ID=21954, last visited on 1st December 2017. Proia Giampiero- Gambacciani Marco, Il contratto collettivo di diritto comune, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, 2014, p. 595, at p. 608.

theoretical argument was nevertheless also opposed to the enactment of the second part of Art. 39[1378]. The second part imposes unions with duties that were similarly adopted by the fascist legislation, such as the unions' registration in a special register, the necessary assessment on the association's statute by the administrative authority in order to check the fairness of internal rules. Scholars[1379] have therefore argued against the implementation of the registration rule on the basis of the incompatibility between this rule and the principle of freedom of unionization, which would not permit any interference with internal statutes and decisions adopted by trade unions.

*a) The Regulation of Collective Bargaining.*

In the absence of a legal regulation, the discipline of collective bargaining can be found on the one side, in framework agreements negotiated by the most representative unions and employers' associations. These framework agreements regulate the very process of collective bargaining and industrial relations. Courts' decision on claims concerning the application of a collective agreement in specific circumstances set, on the other side, the precedents by the judiciary bodies that integrate the framework. The matter is eventually regulated by the combination of the regulation adopted by unions and employers' associations with the Courts' set of decisions on the same topic. However, one should point out that interestingly the regulation of few fundamental aspects of collective bargaining is still based on Civil Code's norms. The Code specifically regulates the corporative collective agreements. These agreements were substantially statutes. The application of corporative rules on collective bargaining is nevertheless still admitted by Courts today, whenever these rules can be interpreted in compliance with the principle of freedom of association, bestowed by the republican constitution[1380], as explained above.

*aa) Collective Bargaining and Collective Agreements.*

Collective relations are common practice at national level but also at local (regional or provincial) and plant level. As pointed out above the shared wide interpretation of the freedom of association means that industrial agents are free to decide at what level or levels to regulate labour so that the regulation of the level or levels of negotiation is a typical content of framework agreements between employers' associations and unions. These are typical agreements involving more unions on the one side and more employers' associations on the other side. Normally these framework agreements regulating industrial relations apply to a wide range of businesses[1381]. Besides, Italy has a long tradition, starting before the republican constitution, of national collective bargaining for most of the productive sectors. Lately since the start of the new millennium the law has provided incentives in order to enhance collective bargaining also at industrial level so that firms would possibly adapt the regulation of work to specific production models and strategies, for example on the matter of working time[1382]. As we already pointed out above, the hierarchy, between local or plant negotiations and national negotiation, is not regulated by statute. The

[1378] Ghezzi Giorgio, La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali, 1963, p. 191.
[1379] Bellocchi Paola, Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, 2014, p. 95.
[1380] Proia Giampiero - Gambacciani Marco, Il contratto collettivo di diritto comune, quoted at nt. 8.
[1381] Maio Valerio, Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, 2014, p. 446.
[1382] Lassandari Andrea, Il contratto collettivo aziendale, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, 2014, p. 717.

link between agreements operating at different levels in practice is nonetheless the subject of the framework agreements, described in the paragraph above. There may be sectors where a plant agreement is the only agreement applied to the workforce. This situation is not frequent but there is an important example, which is the car manufacturer FIAT's collective agreement. Fiat, one of the most renowned Italian automobile manufacturer, withdrew from Confindustria (one of the main employers' associations of manufacturers) in 2009 and has therefore started a process of collective bargaining with unions on its own. The collective agreement that has been reached, but not with Fiom-CGIL (the metalworkers' trade union linked to CGIL), is now applied to all of Fiat's workers in Italy and is considered by scholars both a plant agreement but also, as a national agreement given the presence of Fiat factories on different areas of the Italian territory[1383]. The lacking of a general regulation by statute for collective bargaining and collective agreements means that collective agreements are interpreted as contracts not different from the commercial ones. Courts treat collective agreements as commercial contracts. Few specific norms on collective bargaining have been enacted and regulate very peculiar situations. One finds a good example of a peculiar regulation in Art. 8, Law no. 148 of 2011. This norm regulates the effectiveness of plant level agreements The specific norm makes these agreements binding for all plant's employees once the plant agreement was submitted to a workforce referendum gaining the majority of votes in the poll[1384]. This regulation that applies only to agreements regulating specific matters confirms nevertheless the prevailing political approach to industrial relations based on the principle of no-interference and no-regulation by statute. An important exception to the principle of the limited efficacy of collective agreements is the collective agreement that sets the essential services to be performed by the workforce in case of strike. These agreements are in fact binding for all the work force on the basis of their incorporation into the code of practice adopted by the employer in order to regulate organization of work in the undertaking[1385].
As the author pointed out above, Courts apply to collective bargaining also the rule on corporative collective agreements embedded in the Civil Code, if Courts interpret these norms as coherent with the Constitution principles on labour. A good example to understand this perspective is Art. 2066. This Article provides for a fundamental rule in the perspective of safeguarding the effectiveness of collective bargaining. The Article says that individual contracts are not allowed to derogate terms set by collective agreements applicable to the workforce, unless the specific individual agreements are more favourable to employees. Courts have applied this Article to collective agreements even if this Article was adopted under the corporative regime that compared collective agreements to statutes and therefore regulated their legal efficacy[1386]. Courts' decisions have also been fundamental in order to safeguard the effectiveness of a collective agreement to the whole workforce at least on the matter of remuneration[1387]. This is in fact an issue that the lack of regulation of the collective agreement by statute has left to Courts to decide, and that has been approached through the interpretation of the Code civil and notably of Art. 2099 of the Civil Code on the matter of pay in connection with Art. 36 of the Constitution[1388] as pointed out above.

[1383] De Luca Tamajo Raffaele, Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, no. 4, part. I, 2010, p. 797.
[1384] See Lassandari Andrea, Il contratto collettivo aziendale, quoted at nt. 13.
[1385] This point was made clear in 1996 by Corte costituzionale, 18 October 1996, no. 344, in http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0344s-96.html, last visited on 26 March 2018.
[1386] Proia Giampiero - Gambacciani Marco, Il contratto collettivo di diritto comune, quoted at nt. 8, at. p. 612.
[1387] Proia Giampiero - Gambacciani Marco, Il contratto collettivo di diritto comune, quoted at nt. 8, at. p. 619.
[1388] See above in this essay sub Chapter 1. aa) (1).

## 2. Collective Bargaining in the Public Sector.

*a) Scope of Collective Bargaining: Public Servants.*

Besides the private sector, collective bargaining is a typical instrument for the regulation of labour relationships in the public sector. Not all public employees are subject to regulation by collective agreement. Members of the military force, police officers of the national body, members of the diplomatic body, members of the judiciary, university professors and researchers, home office officers such as 'prefects' are not subject to collective bargaining. The fact that these categories do not have the right to collective bargaining does not mean, on the one side, that job terms and conditions of work are not regulated on the basis of a negotiation between the public authority (the Government) and representatives of the bodies' members. In the circumstances terms of employment are incorporated into secondary legislation that, differently to collective bargaining, applies to all member of the bodies and not just the ones represented by the negotiator. Eventually it is worth noting that only a few categories, notably members of the military force and police officers, are expressly not allowed to strike, and only member of the armed forces are not allowed to join unions on the basis of Art. 1475 of Legislative Decree no. 66/2010. Considering the recent decisions by the ECtHR on Art. 11 of the ECHR[1389], in French cases, it seemed nevertheless unlawful the limit to join unions provided for by the law for the Italian armed forces, and in fact the Italian Constitutional Court has removed the unlawful limit on the 11th April 2018[1390].

*b) Public Employees.*

The largest components of public employees do not belong to the list of officers named above: for example the staff of governmental departments, the staff of local public authorities, teachers and administrative staff in state schools and state universities, doctors, nurses and administrative staff in the health service, fall under a special legislation This legislation enacted in 1993 and modified many times[1391] regulates on the basis of employment contractual rules and on the basis of collective bargaining the relationship between employers and employees. The most striking difference between the private and the public sector is the fact that the law regulates the process of collective bargaining and the efficacy of the collective agreement for the public sector. All employees are submitted to regulation by collective agreement. The application of the collective bargaining process into the public sector has been achieved as an important success by unions gradually starting in the late '60 of the last century, and has become the general rule in 1993[1392].

---

[1389] Laulom Sylvaine, Strike in Essential Services in France, in this book, observes that in ECtHR, Matelly c. France (Req. n° 10609/10) 2 October 2014 and ECtHR, Adefdromil c. France (Req. n° 32131/09), 2 October 2014, related to the members of the armed forces freedom of association, "The Court (ECtHR) concluded that, while the exercise by military personnel of freedom of association can be subject to legitimate restrictions, a blanket ban on forming or joining a trade union encroached on the very essence if this freedom, and was as such prohibited by the Convention (ECHR). The Court's judgment holds that an absolute prohibition may not be imposed on trade unions in the armed forces. However, it specifies that restrictions (even significant ones) may be placed on the exercise of freedom of association by military personnel, since the specific nature of the armed forces' mission requires that trade union activity be adapted in consequence. Nonetheless, those restrictions must not deprive service personnel of the general right of association".

[1390] https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_2018041118494
4.pdf, last visited on 25 April 2018.

[1391] Decree Legislative, 30 March 2001, no. 165 regulates today the employment relationship and collective bargaining in the public sector for all employees with the exception of public servants as defined below.

[1392] Carinci Franco, Contrattazione e contratto collettivo, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, 2014, p. 981.

Before the implementation of the contractual principle, secondary legislation was the legal instrument meant to regulate public employees' condition of work. Trade unions promoted industrial actions in order to negotiate first pay and subsequently other terms of work. It is worth remembering that one of the reasons behind the decision of the Government of the time to allow collective bargaining in the public sector, as a general rule for negotiating wages, was the issue of strikes[1393]. The statute that initially regulated collective bargaining in the public sector excluded from the negotiation unions that had not yet adopted internal binding rules on strikes in the essential services[1394]. The pressure on Government to contain the impact of strikes in the essentials service was then a reason for overcoming the long time indifference by Government to adopt a regulation on strike in application of Art. 40, of the Constitution. Art. 40 states in fact that the right to strike ought to be performed in compliance with the norms regulating it. The Government, instead of adopting a statute with detailed rules on strikes in the essential services, decided to adopt a legal incentive for unions, so that unions had to take measures to regulate strikes through codes of conduct in order to participate in the collective bargaining process.

## III. The Right to Strike.

### 1. The Right to Strike in General.

*a) The Definition of Strike and the Right to Substitute Employees on Strike.*

The Italian constitution bestows the right to strike on the basis of Art. 40. The wording of the Italian norm is similar to the French Constitutional norm on strike[1395]. Art. 40 of the Constitution is concise. It states that the right to strike shall be exercised in conformity with the legislation that governs that right. The Constitutional regulation of strikes does not define what is strike nor dictates principles, as instead the second part of Art. 39 of the Constitution does, to address the legislation to be adopted by the Parliament in order to detail how and in what circumstance one is allowed to strike[1396]. The word strike was not new to the Italian legal language because strike and lock out were considered criminal offences during the fascist age. The definition of a strike under the republican constitution was therefore influenced by the previous interpretation of strike. Courts agree that a strike is the act of abandoning work during working time in order to protect professional interests[1397]. A strike itself is an individual action. Nevertheless it is performed in order to protect interests that are shared by a group of workers. A large or a small group of workers can lawfully strike. It is not necessary that all of the group's members take on an action in order to qualify the abandoning of work as a strike. Under the Courts' interpretation not all industrial actions are strikes and the freedom to strike just refers to the abandoning of work by employees with the aim of protecting workers' interests. This interpretation was adopted

[1393] See Law 29 March 1983, no. 93, sub Art. 11.
[1394] Treu Tiziano, Brancasi Antonio, Rusciano Mario, La legge quadro sul pubblico impiego, commentario della legge 29 marzo 1983, n. 93, 1985.
[1395] Constitution of the French Republic, 27 October 1946, Preamble Par. 7.
[1396] This situation is similar to the French situation regarding the regulation of strike. See Laulom Sylvaine, Strike in Essential Services in France, quoted nt. 26.
[1397] Santini Fabrizia, Le forme di sciopero, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, 2011, p. 83.

by the Constitutional Court since 1962[1398] and confirmed later in 1969[1399] and again in 1974[1400]. Also the Law no. 146 of 1990[1401] regulating strikes in the essential services gives the definition of a strike as the 'suspending of the act of performing'[1402]. The employee does not have the right to partially suspend his work in order to perform only some tasks, because this behaviour would be an interference with the managing power of the employer, so that not performing certain tasks with the aim of protesting would be a breach of contract. Instead the employee has the right to strike for long or short periods of time and also only on overtime. Employees on piece-work can relent production but not below the minimum standard[1403]. A strike can be performed in various ways. Unions and workers are not required to give notice of the industrial action. Notice is a duty for unions only in the essential services, as this essay will analyse in the forthcoming chapters. As such, sudden strikes are lawful[1404]. Hiccup strikes and chessboard strikes are also lawful. The only limitation for a strike action is the effective damage suffered by people and by factory machineries, situation which happens, for example, when the suspension of production make machineries and working tools no longer useable after the strike[1405]. It's nevertheless worth noting that the employer might use employees that are not taking part in the industrial action in order to limit damages to the business activity during the suspension of work by a part of the workforce[1406]. In the essential services, the Constitutional Court[1407] has therefore declared as compliant with the right to strike the specific rules[1408] permitting the public administration to substitute courts' clerks and registrars on strike because the substitution prevents damages caused by the industrial actions. What is not permitted to the employers is the hiring of new staff in order to simply substitute employees on strike when the contract that the employer would apply is a short term contract, a temporary contract through agency, or an 'intermittente' contract, which is a sort of zero hours contract regulated by Legislative Decree no. 81 of 2015.

*b) Classification of Strikes.*

For the absence of a statute on strike, the Constitutional Court has classified strikes according to the aim pursued in the circumstances by employees through the industrial action and on the basis of the definition adopted by the Criminal Code[1409]. The most typical aim pursued through the strike is the obtaining of better working conditions. This type of strike and the lock out meant to resist this claim were regulated as a crime by Art. 502 of the Criminal Code. The Constitutional Court declared since the early '60 of the last century that Art. 502 is inconsistent with the Constitutional system and the Court of Cassazione[1410] had already taken the same solution. A strike is

[1398] Corte costituzionale, 28 December 1962, no. 123, Foro italiano, 1963, I, c.1.
[1399] Corte costituzionale, 17 March 1969, no. 31, Foro italiano, 1969, I, c. 795.
[1400] Corte costituzionale, 14 January 1974, no. 1, Foro italiano, 1974, I, c. 299.
[1401] Law 15 June 1990, no. 146.
[1402] Art. 2 bis, par. 1 and Art. 8, par. 1, Law no. 146 of 1990.
[1403] Santini Fabrizia, Le forme di sciopero, quoted at nt. 24, at p. 130
[1404] Corte costituzionale, 28 December 1962, no. 124, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1962, p. 416.
[1405] Corte costituzionale, 28 December 1962, no. 124, quoted at nt. 31. Lately, Cass.17 December 2004, no. 23552, Foro italiano, 2005, I, c. 2774. Santini Fabrizia, Le forme di sciopero, quoted at nt. 24, at p. 119.
[1406] Cass., 13 March 1986, no. 1701, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1986, p. 336.
[1407] Corte costituzionale, 23 July 1980, no. 125, Foro italiano, 1980, I, c. 355.
[1408] Art. 34 D.P.R. 15 December 1959 no. 1229, and Art. 74, Law 23 October 1960, no. 1196.
[1409] Santoni Francesco, La libertà e il diritto di sciopero, quoted at nt.4, at p. 52.
[1410] Cass., 7 June 1952, no. 1628, Foro italiano, 1953, I, c. 355.

legitimate also when it pursues aims such as applying pressure on public powers for the satisfaction of employees' economic interests embedded in the principles of the part I, chapter III of the Constitution[1411]. This is a political economic strike whereby the employer does not have the power to bargain with unions on the matter at stake, but public institutions, such as the Parliament, have the power to regulate the matter. A good example is a strike with the aim of ameliorating public pensions or increasing health and safety cover or public housing policies as well fiscal policies and the reduction of taxes. If a case like this occurs in the essential public services unions have nevertheless the duty to give notice to the employer[1412] of the strike as they have regardless the purpose of the action. The Constitutional Court has not declared Art. 505 of the Criminal Code, concerning strike in support of other categories of workers (sympathy strike), as contrary to the constitution and has referred the power to lower Courts to decide if in a given circumstance there is a significant link between the categories taking industrial actions, so that support by one category has a meaningful purpose[1413]. Besides, the Criminal Code regulates also the purely political strike framed as a crime by Art. 503 of the Criminal Code. The aim of a purely political strike is contesting the policy taken in given circumstances by the Government or other political institution, such the case when workers criticize foreign politics or the participation in a military action. Courts consider purely political strike as a situation differing from an economic-political strike, which happens when employees aim at promoting political reforms that impact on their economic or professional interests[1414]. The Constitutional Court, reversing its original approach, has eventually declared that Art. 503 of the Criminal Code, which punishes the political strike, is unconstitutional[1415] because of the contrast with the freedom to take part in a national debate. For the Courts political strike gives in fact "voice" to citizens[1416]. The freedom to strike for political reasons cannot be subject to interferences by the Government. It is nevertheless unclear on the basis of the constitutional rules if an employee taking part in a political strike has also a 'right' to strike in respect to the employer. Theoretically, it is in fact possible to distinguish between the freedom to strike and the right to strike, which is the immunity in respect to the possible reaction by the employer when an employee does not work in order to strike. Italian Courts treat strike as a fundamental right through which workers convey their "voice", in the Hirschman sense, on all the matters that they collectively consider as relevant. The wide application of the freedom to strike, which allows worker and employees to suspend work in order to express their opinion on professional and political issues, free from any interference from public powers, does not mean that strike has no impact on the employment contract. Could then an employer lawfully dismiss an employee for taking part in a merely political strike? For sure a political strike still falls under the Criminal Code, if employees take industrial action in order to subvert the existing legitimate constitutional order[51]. It is nevertheless worth noting that a strike in the essential services without previous notice is lawful if the strike is meant to oppose a revolution against the existing

[1411] Corte costituzionale, 14 January 1974, no. 1, quoted nt. 27.
[1412] Corte costituzionale, 10 June 1993, no. 276, Foro italiano, 1993, I, c. 2401.
[1413] Corte costituzionale, 28 December 1962, no. 123, Foro italiano, 1963, I. c. 1.
[1414] Corte costituzionale 14 January 1974, no. 1, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1974, p.11.
[1415] Corte costituzionale, 27 December 1974, no. 290, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1975, p. 1.
[1416] Meny Ives, La crisi politica, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, no. 3, 2016, p. 621 links strike to the "voice" function. On the voice function: Hirshman Albert, Exit, Voice and Loyalty, 1970.
51 Corte costituzionale 27 December 1974, no. 290 quoted nt. 49.

constitutional order[1417]. Revolutionary strike is anyway a special situation subjected to exceptional rules. Even if the Constitutional Court's arguments on strike could support the conclusion that the right to strike does not cover all industrial actions, it is nevertheless also undisputable that more recently the Court of Cassazione has adopted a perspective on the basis of which, independently from the strikers' aims in the circumstances, whatever their alleged purposes, workers have the freedom to strike and also the right not to be dismissed for their participation in industrial action[1418], adopting the widest perspective on the freedom to strike. The Italian regulation therefore differs sensibly, for example, from the English regulation of strike where, "at common law, the employer has entirely free discretion to dismiss an employee who has taken industrial action by reason of breach of a fundamental term of the contract of employment; although an employer may elect not to do so. Employees in England are therefore dependent on statutory intervention to provide for protection from dismissal (TULRCA 1992, ss 237, 238 and 238A)"[1419].

*c) Balancing the Right to Strike with Other Fundamental Rights.*

As this essay has pointed out, the Constitutional Court has integrated with a body of decisions the basic regulation of strike adopted by the Constitution. Some of these decisions are based on the argument that the freedom to strike cannot overcome other freedoms and fundamental rights such as, for example, the right to be healthy and alive. Strikes that compromise other fundamental rights embedded in the Constitution are not lawful. Among the competing different interests Courts have acknowledged also the employer's freedom to continue the economic activity after the end of the industrial conflict, which means that a strike that compromise the economic resilience of the undertaking is unlawful[1420]. As a consequence, in some circumstances or for some categories of workers, strike is forbidden o limited. The right to take action has to surrender before the duty of solidarity, recalled by Article 2 of the Constitution[1421], and therefore has to be balanced with other right of similar rank.

## 2. Actions Different from Strike.

Types of industrial actions different from strike are not covered by the Constitutional protection. Behaviours meant at not collaborating with the employer and his/her staff, obstructionism, and behaviours meant to relent the business throughout the captious application of rules and procedures are not considered as a strike[1422]. Sabotage is not protected as an industrial action and the rule that punishes it as crime[1423], Art. 508, par. 2, of the Criminal Code, is still applicable. Also the

[1417] Art. 2, par. 7, Law no. 146/1990. On the issue: Santoro Passarelli Giuseppe, Questioni aperte dello sciopero nei servizi pubblici essenziali: Sciopero politico-economico, sciopero politico, sciopero generale e preavviso, Diritto delle Relazioni Industriali, no.1, 2008.
[1418] Cass., 21 August 2004, no. 16515, www.iusexplorer, last visited on 24 March 2018. Sciarra Silvana, I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, no. 3, 2017, p. 347; Giugni Gino, Diritto sindacale, 1968, p. 220. For a comparative perspective on strike that enlights this difference: Lord Wedderburn, Employment Rights in Britain and Europe, Selected Papers in Labour Law, 1991, p. 74 seq.
[1419] Novitz Tonia, The English National Report, in this book, p. 3.
[1420] Among the recent decisions see: Cass., 3 December 2015, no. 24653, www.iusexplorer last visited on 24 March 2018.
[1421] Corte costituzionale, 3 August 1976, no. 222, Foro italiano, 1976, I, c. 2297; Corte costituzionale, 12 January 1977 no. 4, Giurisprudenza costituzionale, 1977, I, p. 20; Corte costituzionale, 8 July 1992, no. 317, Foro italiano, 1992, I, c. 2904.
[1422] Luciani Vincenzo, Le forme di conflitto diverse dallo sciopero, in Lunardon Fiorella (eds.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, 2011, p. 187
[1423] Art. 508, par. 2, Criminal code. Corte costituzionale, 17 July 1975, no. 220, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1975, p. 282.

occupation of the plant by employees during the strike is a crime falling under Art. 8, par. 1, Criminal Code. The Costitutional Court has made it clear that for the purpose of striking employees do not have to necessarily occupy the work place[1424]. If they remain in the workplace during the strike, employees are not punished[1425] if their aim is not interfering with the production activity. In the latter circumstance, where employees occupy the plant without the aim of interfering with production, they may be nevertheless punished for trespass to land on the basis of Art. 633 Criminal Code, except if their staying is very short. The right to strike does not cover the violent picketing[1426] that happens when strikers embrace each other in a human chain with the purpose of stopping people from going to work, so that other employees have to break the chain to enter the workplace, or when strikers threaten with the menace of a violence other employees that do not want to strike. The blocking of goods from entering and exiting the plant is also a crime falling under Art. 610 Criminal Code, and is not covered by the right to strike. Other behaviours not covered by the right to strike are the boycotting of good produced by an employer with the intention of convincing other not to purchase them or persuading others not to accept job offers from the employer (Art. 507 Criminal Code). Blocking roads in order to protest and making excessive noise in a public space with the aim of protesting is not lawful. The employer and the public may react to these behaviours by calling police officers and asking the Court for an injunction to stop them depending of the size and length of the protest.

*a) Assembly as Industrial Action.*

It's worth noting that employees have nevertheless the right to assembly[1427] in the work place whenever the workforce occupied in the factory is more than fifteen employees (or more than five employees in an agricultural business) and the purpose of the meeting is to debate labour issues. In practice employees' representatives typically call an assembly during strikes so as to 'occupy' part of the factory without incurring in a potential crime. These assemblies may continue after working time or be held during the strike and in this case the employer cannot report any unlawful occupation of the property. Furthermore the employer has a duty to make the room available and fit for meeting in during the assembly, providing for the utilities that may be required for the purpose.

## 3. The Right to Strike in the Essential Services.

The difference between the regime of strike in general and the regulation of strikes in the essential services is remarkable. Courts have developed rules on strike over a long time through a set of judgments, whereas the right to strike in the essential services is regulated by a statute enacted in 1990 (Law 15 Jun1990, no. 146/), when the practice of self-regulation by unions had already failed to produce a satisfactory protection for users of such services[1428]. On the basis of the

[1424] Corte costituzionale, 17 July 1975, no. 220, quoted nt. 48.
[1425] On the basis of Art. 508 Criminal Code.
[1426] Luciani Vincenzo, Le forme di conflitto diverse dallo sciopero, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, quoted at nt. 49, p. 190.
[1427] Law 15 May 1970 no. 300, Art. 20. Corso Fulvio, I diritti sindacali, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, 2014, p. 341 at p. 366.
[1428] Pascucci Paolo, Dalla giurisprudenza costituzionale alla legge sullo sciopero, Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, 2011, p. 217; Gaeta Lorenzo, Una storia giuridica dello sciopero nei servizi pubblici

interpretation that qualifies a strike as a fundamental right[1429], strike is not permitted only in few exceptional situations that this essay will analyse below. Therefore strikes are also permitted in the essential services. Law no.146/1990 lists the constitutional rights that ought to be balanced with the right to strike. The fundamental rights enlisted in the statute are the right to life, the right to health and to personal freedom and security, the freedom to travel, the right to assistance and to social security, the right to education and the freedom to communication[1430]. Subsequently the statute make a list of the essential services submitted to the application of special rules. These services are: the health service, the service of waste collection and disposal, the supplying of energy and primary goods, the service of justice, protection of the environment and surveillance on museums, transports, payment by banks of pensions and wages, education, the postal service, telecommunication services and public information on radio and television. The list is open to any other service that may be instrumental for the protection of the fundamental rights listed in Art. 1, par.1. Essential services may be provided for by enterprises or public agencies. Law no. 146/1990 regulates the industrial action regardless of the nature, public or private, of the employer. Law no. 146/1990 applies also to public agencies or private enterprises supplying goods or services to the employer that provides for essential services (Art. 13, lett. e).

*a) The Legal Rules in the Case of Strike in the Essential Services.*

*aa) Rules on cooling off and arbitration procedures.*

A very important profile of the regulation of strike in the essential service is the unions' duty to negotiate in order to prevent industrial conflicts. In order to prevent a strike the statute imposes a duty on employers and unions to regulate, in collective agreements, cooling off procedures and arbitration bodies meant to settle industrial conflicts[1431]. Unions and employers ought to negotiate arbitration procedures on the basis of Art. 2, par. 2. If parts do not regulate arbitration procedures on the basis of collective agreements, the Commission that oversees industrial actions in the essential services[1432], now and thereafter the CGSSE, adopts a temporary regulation imposing the arbitration process. Employers and unions have a duty to activate and participate in the procedures before calling an industrial action. If they do not obey this rule they are submitted to sanctions by the CGSSE on the basis of Art. 4, par. 2. The arbitration process is not necessary when the strike is a political economic strike aimed at persuading the Government at adopting specific policies.

*aaa) The Duty to Give Notice and the Duty of Communication to the Consumers about the Industrial Action.*

Generally speaking unions do not have any duty to give notice of a strike[1433]. The duty to give notice is on the contrary one of the basic rules about strike in the essential services. The written

dall'Unità alla Costituzione, Pino Giovanni (ed.), Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive, 2015, p. 161.

[1429] Santoni Francesco, La libertà e il diritto di sciopero, quoted nt. 4, p. 17

[1430] Law no. 146/1990, Art. 1, par.1.

[1431] Topo Adriana, Raffreddamento e composizione del conflitto industriale nel settore dei servizi pubblici essenziali, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2004, no. 3, p. 351. Pilati Andrea, Il campo di applicazione della legge e i requisiti di legittimità delle astensioni collettive, Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, 2011, p. 277.

[1432] Ferrari Paola, Struttura e attività, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, 2011, p. 419.

[1433] Pilati Andrea, Il campo di applicazione della legge e i requisiti di legittimità delle astensioni collettive, quoted at nt. 57.

notice must be given at least ten days before the action and the communication must explain the reasons for the strike and its length of time and also its operating methods (Art. 2, par 2). The duty falls on unions but workers do not lawfully strike if they take action in the absence of notice and information to the employer (Art. 4, par.1). Unions have to send the communication with the notice to the employer and to the public authority that has the power of issuing an injunction (*precettazione*) in case of strike. The public authority transmits the information to the CGSSE that starts monitoring the situation. The notice and the communication of the modalities of the industrial action is necessary for the employer in order to manage the situation and in order to organise the service during the industrial action. The employer also has the duty to alert and inform the public through the media at least five days before the action regarding the strike and the services that will be performed during the action. The workforce nevertheless does not have the duty to inform the employer whether or not they will take the action. The duty to give notice has an exception when the strike aims at protecting constitutional bodies or when the action is a reaction against situations of relevant damage to the security and health protection of workers. In these cases workers have to perform the essential services but they are not asked to give notice of the action (Art. 2, par. 7). Unions have also to communicate the length of time during which the action will take place so that there cannot be notice of strike without a deadline. Also unions cannot give notice of more than one action in a single moment because there must be an interval between the first strike and the second strike called by the same union.

(1) Cancellation of a Strike in the Essential Services

The legislation enacted in 1990 was amended in 2000 and one of the aspects that the new legislation modified relates to the situation where a union, after having called a strike, cancel it. It is considered unfair practice to call a strike and then to cancel it without a reason (Art. 2, par. 6). The restriction to the right of calling an action is necessary in order to prevent strategies meant only for disrupting services with no consequences for the workforce that will continue to receive a wage for continuing to work. The cancellation of the action is fair when is communicated before the employer has already informed the public, and is always fair when, after the calling a strike, unions and employers find an agreement that settles the dispute or the CGSSE or the authority with the power to issue an injunction invites the parties to suspend the strike (Art. 2, par. 6).

*b) The Definition by Collective Agreement of the Services that Have to be Performed during a Strike in the Essential Services.*

The wording "essential services" do not only describe the rights that ought to be protected during an industrial conflict. Essential services also indicates that during an industrial action employees should be required to perform only what is strictly necessary in order not to jeopardize users' rights. Before the regulation by statute, the essential services were regulated in detail by an act of self-regulation adopted by trade unions or by collective agreements. Under the legislation adopted in 1990, the collective agreement between unions and employers is the most important legal instrument for the definition of the services that have to be performed during an industrial action (Art. 1, par. 2; Art. 2, parr. 1 and 2). These collective agreements are the agreements between the public agencies or the enterprises (or their associations) and trade unions (Art. 2, par. 2) at a national level but also at a local level so that typically the national level agreements require from local agreements and factory agreements an even more specific regulation of the modality of actions in order to prevent very specific needs. The CGSSE evaluates if these agreements are adequate for the protection of fundamental rights listed by statute no. 146/1990 and in the case

that they are not the CGSSE delivers a decision that details the activities that ought to be performed by employees and workers during the industrial action (Art. 13, lett. a). One might wonder if the regulation satisfies the constitutional principle embedded in Art. 40, of the Costituzione, that entrusts primary legislation the duty to limit the right to strike. The Constitutional Court has nevertheless argued that the legal scheme is legitimate because regulation of strike on the basis of collective agreements fulfils the necessity of a very specific and detailed regulation for every specific sector [1434]. Employers on the basis of the agreement may request employees to perform their job during a strike. Employers have to communicate to trade unions the name of employees required to work[1435].

*bb) The Necessary Content of the Collective Agreements on Essential Services.*

Law no. 146/1990 nevertheless also specifies rules of behaviour that unions and employers have necessarily to agree on in order to negotiate a valid agreement on industrial actions, which means that the agreements must regulate some specific terms compliant with the legislation. One among the binding rules that relates to the agreements' content is the rule on the basis of which the work force on duty during a strike should be on average no more than a third of the normal workforce. The service performed during a strike should be about the fifty per cent of a normal service. These rules aim at protecting the right to strike but they are nevertheless not strictly binding and set only a theoretical balance because in many circumstances the situation may require a larger workforce and an almost complete service for not jeopardizing the safety of users of services (Art. 13, lett. a). Regarding the transport service to islands, for example, Law no. 146/1990 rules that transport of people and shipping of goods necessary for the people located on islands and all services instrumental to the latter have to be provided for during a strike (Art. 3), which means that the rule on the percentage of staff on duty cannot necessarily be a strict limit for the provider of services if the strict application of the percentage rule does not accommodate the population' needs. The legitimacy of the agreement is also conditional on the fact that parties accept that there must be an interval[1436] between a strike and the call for the subsequent strike by the same union or even by a different union. It is not acceptable that a given essential service does not operate for a long time because of subsequent strikes, unless there is a valid alternative service for the users (Art. 13, lett. a). It is also evident that the call to strike by one union always limits another union's right to call a strike in the same sector for a given length of time. This rule seems to incentivise unions to compete through unfair practices meant at anticipating calls for strike that prevent other unions to promote an industrial actions. The Law no. 146/1990 forbids unions to give notice of a strike and then to cancel it after the employer has communicated the information to the public (Art. 2, par. 6) so that a specious use of the right to call an industrial action should be avoided.

*c) The Supervision on Strike by the CGSSE.*

The CGSSE takes into consideration all relevant aspects in order to assess the lawfulness of the agreement on the essential services. Once an agreement has been negotiated, parties have to submit it to the CGSSE that assesses it through a complex process initially involving the relevant consumers' associations on whether the regulation is adequate to meet the needs of consumers.

[1434] Corte costituzionale, 18 October 1996, no. 344, Foro italiano, 1997, I, c. 381.
[1435] Cass., 23 June 2011, no. 13789, Giustizia civile, no. 11-12, 2012, 2698.
[1436] This is the 'rarefication' rule. See Art. 2, par. 2, Law no. 146/1990.

If the CGSSE approves the agreement, public administrations and private providers of essential services have the duty to apply the agreement to all of the workforce independently of the fact that all employees are members of the unions that have agreed upon the regulation (Art. 2, par. 3). The general application of the agreement to unionised and non unionised workers is the consequence of the participation of the CGSSE in the process meant at regulating strikes[1437] so that the regulation of collective bargaining on strikes in the essential services does not violate the freedom of association. The statute also regulates the matter when parties do not reach an agreement. In this situation the CGSSE can promote a consultation in the work place in order to assess the opinion of the workforce on contentious terms. If parties do not reach an agreement or the CGSSE does not approve the possible agreement, the CGSSE indicates an alternative regulation and submits it to the unions and to the employer where both will have to decide whether to accept it within fifteen days (Art. 13, lett. A). If parties again do not accept the terms drawn up by the CGSSE, the latter enforces a temporary regulation, which is binding until parties do find an agreement on the regulation of strike (Art. 2, par. 2). Public administrations and private providers of services have the duty to affix the regulation in the workplace and the CGSSE can promote the publication of the regulation on the media. It is worth noting that the CGSSE' deliberations are also published on the Italian legal official journal, the '*Gazzetta Ufficiale*' (Art. 13, let. l). Agreements and temporary regulations by the CGSSE can be modified and integrated if it is evident that it is reasonable to do it. The CGSSE also has the power to interpret its regulation and collective agreements when parties ask for it. The CGSSE is the body ruling in the field of strikes in the essential services through the exercise of its powers. The CGSSE has nine members selected by Parliament among experts in labour and constitutional law and industrial relations. Among CGSS's powers that have been described above, we find also other prerogatives. If the CGSS's opinion is that the industrial conflict could possibly be settled, the CGSSE, even after conciliation has been already been tried, is allowed to deliberate an adjournment of the strike in order to promote a new mediation between parties (Art. 13, lett. c). When conciliation fails, in the period of time between the communication of the strike and the suspension of work, the CGSSE assesses if cooling procedures have been applied by unions and employers and if not invites parties to postpone the strike in order to perform their duties relating to communication and arbitration. The CGSSE can also ask employer and public administrations providing directly for services to stop unlawful behaviours that are the motive for the industrial action (Art. 13, let. h). Finally the CGSSE has the power to communicate to the Prefect, who is the authority responsible for the '*precettazione*' (administrative injunction), that it is necessary to issue an injunction and detailing the injunction terms (Art. 13, let. h). The CGSSE monitors the industrial action and on the impulse of local authorities, or on the impulse of the users of services, or on its own, evaluates how unions, employers and workers, behave during the strike and if necessary, after a hearing with all parties involved, deliberate on sanctions to be applied in the circumstances (Art. 13, let. g, and Art. 4).

*d) The Fallback Option in case of Strike in the Essential Eervices: the Administrative Authority Injunction.*

The protection of fundamental rights during a strike in the essential services is not just in the hands of the CGSSE. The ultimate safety net is the administrative injunction (*precettazione*), which

[1437] Corte costituzionale, 18 October 1996, no. 344, quoted at nt. 58.

is the order by the administrative authority to stop the industrial action[1438]. Due to the lack of dedicated regulation on strikes, the Constitutional Court had to assess if the regulation enacted during the fascist period and meant to regulate situations very different from contemporary strikes could be lawfully applied to strikes in the essential services in order to balance the industrial action with the competing public interest[1439]. The '*precettazione*' was the order by a public authority, such as the prefect and the city mayor, to order citizens to take action without delay in order to protect health and safety and public order and security, whenever these goods and services are at risk in matters relating to housing, local security, and hygiene. The Court also said that the contingent of people that is allowed to strike in an essential service depends on how many people are necessary in that service in order to guarantee not the full service but the service which is necessary in order to protect fundamental rights. Thereafter authorities have used the '*precettazione*' as the legal tool meant at stopping actions that are exceeding the bearable distress for consumers of services in such circumstances. Law no. 146/1990 has then regulated a special '*precettazione*', which applies only in the case of a strike in the essential services.
The authorities with the power to issue these administrative injunctions in case of national conflicts are the Prime Minister (*Presidente del Consiglio dei Ministri*) and Ministers, and in case of local conflict the authority is the Prefect (Central Government Agent at County level) (Art. 8, par 1). Whenever the interruption or the reduction of an essential service risks immediate damage to the fundamental rights enlisted in Art. 1, the authority has the duty to issue an injunction ordering what is necessary in order to avoid any damage to constitutional rights. The injunction can be addressed to employees, the self-employed, owners of small businesses and to unions and employers. The process through which the authority issues the injunction is complex. The CGSSE takes the initiative to promote the issuing of the order but the authority is allowed to act independently in serious circumstances when there is an imminent risk of damage to users. In the latter situation the authority nevertheless has the duty to inform the CGSSE (Art. 8, par. 1). The authority has to invite parties to a hearing and has the duty to promote conciliation between them before the issuing of the order. Civil Courts have been very inflexible in interpreting these legal duties as all to be performed necessarily before the issuing of the injunction[1440] so that the authority can issue the order only if the conciliation fails. The injunction dictates the activities that ought to be performed by staff and employers during the strike but can also suspend the strike or shorten the protest. The order is made public by the employer in the workplace through billposting and is also transmitted and published by media such as radio and television. The injunction is immediately self-executing but recipients can file a claim against it within seven days. The administrative tribunal suspend the injunction only if the claim is based upon reasonable arguments in order to allow the industrial action to continue. The tribunal can also limit the suspension to the part of the injunction that exceeds what is necessary to protect fundamental rights (Art. 10, par. 2).

*e) Sanctions for Unlawful Strike in the Essential Services.*

[1438] Canavesi Guido, La precettazione, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, 2011, p. 542.
[1439] Corte costituzionale, 12 January 1977, no. 4, in Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1977, no. 1, p. 1, on Art. 20, Real Decree, 3 March 1934, no. 383.
[1440] Cass., 12 June 1999, no. 5797, Rivista Giuridica del Lavoro, 2000, part II, p. 147.

The application of sanctions in the case of an unlawful strike in the essential services is complex because the Law no. 146/1990 provides for different sanctions in relation to the specific agent accountable for the unlawful action. In short, the regulation provides for different sanctions to be applied to employees, self-employed, managers and unions involved in the unlawful strike[1441]. The violation of the authority's injunction (*precettazione*) is also sanctioned through a specific process Finally a subject who has suffered damages because of the strike has the right to sue the party that caused it in front of the Civil Court. The Criminal Court may also be involved if a crime, for example manslaughter, has been committed in the circumstances, but it is important to point out that generally a strike is not itself a criminal behaviour. The specific sanctions linked to the violation of Law no. 146/1990 are disciplinary sanction for employees (Art. 4, par.1). It's worth noting that the employer cannot terminate the employment relationship as a disciplinary sanction in the case of the violation of the rules on strikes in the essential services. The sanctions for unions are civil and administrative sanctions (Art. 4, par. 2 and par. 4 bis). The law provides for economic administrative sanctions against private and public managers (Art. 4, par. 4), and economic administrative sanctions for self-employed, and associations of self-employed (Art. 4, par. 4). Noncompliance with an administrative injunction is punished with administrative economic sanctions when the agent is an employee, or a self-employed or a trade union (Art. 9, par. 2). If the agent is a manager the sanction is the suspension from the job (Art. 9, par. 2). The economic sanctions are doubled when agents did not followed the request sent by the CGSSE to postpone the industrial action or the request to apply the specific strike regulation deliberated by the Commission itself. (Art. 4, par. 4 ter). The CGSSE is the key player in the process of applying sanctions, with an exception for the case of violations of the administrative injunction (*precettazione*). In the latter case the administrative authority itself applies directly the sanctions without hearing parties (Art. 9, parr. 1 and 4)[1442]. Recalling sanctions for employees, it is worth remembering that on one the hand the employer has the duty to apply the sanction whenever employees violate legal and contractual rules, while, on the other hand, the CGSSE only has the duty to require the employer to apply disciplinary sanctions. This exception aside, the CGSSE decides on sanctions directly and takes its deliberation on sanctions after a hearing with the subjects involved, which have the right to present written and oral defences. After the hearing, the CGSSE deliberates on sanctions that the local employment authority (*Direzione provinciale del lavoro – sezione ispezione*) applies issuing an injunction of payment. Employers have the duty to communicate to the CGSSE the application of disciplinary sanctions to employees and the local employment authority has a duty to communicate the execution of the injunction to the CGSSE. The CGSSE has a duty to sanction employers that have not submitted employees to disciplinary sanctions. In the case of the latter the sanction for the employer must be multiplied for every day of delay in the application of the disciplinary sanction (Art. 4, par. 4 sexies). The CGSSE also has the power to deliberate on sanctions for unions after assessing if unions have not behaved lawfully in the circumstances. The sanctions for unions applied by the employer are the suspension of trade union officials' right to working leaves for the performing of their functions in the workplace, the forfeiture of fees paid by employees through the deduction of salary, and finally a ban from collective bargaining for two months after the completion of the strike. The last sanction is however not effective if the union is powerful and the industrial action continues notwithstanding the banning from collective

[1441] Pallini Massimo, Le sanzioni nel sistema della legge n. 146/1990, Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, 2011, p. 355.
[1442] Cass., S.U., 30 March 2000, no. 11632, Foro italiano, 2000, part I, c. 1792.

bargaining, because the sanction does not incentivise negotiation with the employer and does not support the reaching of an agreement. The sanction for unions' whose representatives do not have the right to working leaves and autonomously collecting union fees, without the support of employers, is the duty to pay a sum of money (Art. 4, par. 2). The CGSSE deliberates on the amount of the economic sanction and on the amount of the penalty incurred if unions do not pay the sanction[1443] on time. Public and private managers may also be subjected to sanctions if they omit the conciliation or information to the public and if essential services are not performed and they are responsible for the failure. The sanction for self-employed and for their unions is the payment of a sum of money as deliberated by the CGSSE. The CGSSE set the amount within a range regulated by Law no. 146/1990. Against the order of payment issued by the CGSSE all subjects have the right to claim before the Rome Tribunal (Labour Section). Employees have the right to sue their employer for the application of disciplinary sanctions and unions have also the right to sue the employer for the application of civil sanctions such as the forfeiture of fees. The employer cannot retain fees but must instead deposit them into an account regulated by the collective agreement. If the collective agreement do not regulate the fund, the employer has to deposit the fees into an account managed by the public body in charge of managing social security for employees and self-employed (INPS)[1444]. The Administrative Tribunal has jurisdiction on claims against the administrative injunction (*precettazione*), which orders employers, employees, self-employed, to suspend the strike in order to perform specific duties during an industrial action.

## IV. Strike in the Essential Services and Law in Action.

### 1. The Earliest Approach to Strikes in the Essential Services.

Industrial actions occur in many essential services as the normal consequence of the widely guaranteed freedom to strike. It is worth remembering that since 1960 public employees, especially in the health service, started taking industrial actions in order to obtain the right to collective bargaining. In order to limit the inconvenience for consumers, the law set a duty for the public administration to collective bargaining only with unions that had adopted the code of self-regulation on strikes[1445]. Self-regulation is therefore one of the earliest strategies adopted by unions, contrary to a regulation by statute of the right to strike. The marginal regulation of strikes by statute in limited sectors[1446] confirmed the support by all the political forces of the decision not to intervene in the matter. The Government itself supported as a political guarantor an agreement meant to limit the recourse to disruptive strikes by unions impacting labourers, especially in the transport sector (*Accordo* "Scotti"[1447] 1983). Self-regulation has nevertheless not been effective enough in order to limit the distress and damages to users cause by collective actions, mainly because unions have not sanctioned members that had disregarded the code of self-conduct. Furthermore, when self regulations was supported by the Government as the best strategy to limit strikes, some of the most radical members of unions founded new associations rejecting the self-regulating approach that they considered as a weakening option. These new agents started adopting the most disrupting industrial action in order to be admitted to the bargaining

[1443] Corte costituzionale, 24 February1995, no. 57, Italiana di Diritto del Lavoro, II part ,1995, p. 738.
[1444] INPS is the public body that manages pensions and social security treatments.
[1445] Pascucci Paolo, Dalla giurisprudenza costituzionale alla legge sullo sciopero, quoted nt. 54, at p. 247.
[1446] See below under Chapter V in this essay.
[1447] Pascucci Paolo, Dalla giurisprudenza costituzionale alla legge sullo sciopero, quoted nt. 54 at p. 251.

table. As pointed out earlier in this paper, the strategy adopted by public powers in order to protect consumers' interests was to apply to the most disruptive situations the legislation enacted during the fascist period that gives to public authority, such as the prefect (the representative of the Government in counties) and the city mayor, the power to dictate emergency rules in order to contain disruption. Obviously these powers where not regulated by the statute for the purpose of limiting industrial action because strikes and lock outs were crimes under the fascist government. These rules were therefore extended to strikes under the new constitutional regime in order to limit risks in few services such as the health service, garbage collection and storage, or transport, in order to guarantee public order and safety jeopardised by industrial actions. It may be interesting to underline that the authority's order to stop the industrial action could and now can be addressed to a group of recipients selected by way of indicating a professional category, or to individuals, and the order could and can also reach the destination through billposting. Contravening to the order was considered as a crime and now is instead fined with the payment of an administrative fee.

## 2. The Experience of Strike in the Essential Services under Law no. 146/1990.

Eventually, in 1990, Law 146/1990, which was amended in 2000, was enacted with the aim of regulating strikes in the essential services[1448]. The statute does not totally abandon the strategy of self-regulation and incentivises the limitation of strikes by collective agreements so that collective agreements and not detailed laws are the instrument for regulating the balance between industrial conflicts and consumers' rights. Also the public authorities' power to intervene in the last instance, whenever consumers' rights are at risk, is confirmed and supported by a special regulation. The Law has also created an independent agency of experts the CGSSE with the duty to assess the compliance of collective agreement's terms which regulate strikes in respect to the statutes' principles. As this essay has pointed out above, the CGSSE intervenes when an industrial action, taken of the basis of an agreement that was assessed as an appropriate one, derails becoming problematic for consumers. The CGSSE dictates rules whenever parties do not find an agreement, addresses managers on the application of sanctions to employees, and deliberates on sanctions for unions that do not comply with the rules on strikes set by the law or by the CGSSE. It reports to the Parliament on the evolution of industrial actions and strikes every year. Of most importance is the CGSSE's power to advise[1449] unions observing full compliance to the regulations of an announced strike, so that unions may change the programme of the industrial action. The aim of the regulation is to prevent the damages resulting from collective actions. The active presence and work of the CGSSE has made the judiciary's intervening a rare occurrence for the regulation of strikes. Intervention from the judiciary is also prevented by the power of public authorities to adopt an emergency order to perform work. The presence of an active board, which oversees the dynamics of strikes and operates to limit damages and disruptions does not exclude, on the one side, the direct regulation of some typical situations by the law, as for example the duty of unions to give notice in case of strike in the essential services. Besides, the power of institutions such as the CGSSE to reduce the impact of strikes in many situations is not totally decisive. Analysing the report that the CGSSE delivers every year on the state of industrial conflict in essential services provides a good perspective to understand critical situations relating to

[1448] Law 11 April 2000, no. 83.
[1449] Art. 13, lett. d) Law no. 146/1990.

essential services that may affect the regulation of strikes. In order to proceed, this essay points again out that the qualification of a service as essential is provided by Law no. 146/1990. The statute lists constitutional rights that ought to be balanced with the freedom to strike. The list includes typical rights such as right to health and safety, the right to freely move and so on[1450]. Essential services are then detailed in a longer list under Article 1, par. 2, that for example makes clear that the essential service of education means that the opening of nurseries should be guaranteed to users whereas universities should largely guarantee the activity performed by teachers of rating students at the end of a course and at the final end of studies, and not necessarily lecturing.

*a) The Issue of Defining as Essential a Service that impacts on the Essential Service.*

Over the year the problem as to whether the list can be extensively interpreted has been faced many times, so that CGSSE has developed many decisions on this issue. One of the problems faced by interpreters relates to strikes in sectors that are not essential but that impact on essential services. This problem has become more important since public administrations have reduced internal operations relating to the services they have to provide. Cause for strikes is the fact local public authorities, in the perspective of reducing public expenditure, have over the years contracted public services, or elements of public services, out to private contractors. On the one side it means that local authorities lose control of employees that cooperate in the supply of services. Contractors are awarded contracts mainly because of their competitive prices so that when the contractor delays wages, as frequently happens due to narrow economic profit, employees start an industrial action and therefore do not collaborate with the body that provides essential services[1451]. This has been the case for the catering services in state nurseries and schools which is not itself an essential service under Law no. 146/1990, but that has been qualified as an essential service for being instrumental in the function of schools. The CGSSE has pointed out that all the activities that are instrumental to the delivering of essential services fall under Law no. 146/1990[1452]. The consequence is that if the contractor has not agreed with unions on the activities that necessarily have to be performed during strikes, consumers should not pay the consequences of the defiance. In the situation relating to school catering, the CGSSE has therefore ordered the application of a collective agreement between unions of public sector teachers and the representatives of local public authorities regulating strikes in the essential services. What is worth noting is that the agreement was an agreement between totally different subjects from the ones involved in the catering service, given that catering was provided for by private contractors. Another consequence is that in order to assess the accountability of the public bodies providing for essential services to consumers, as in the schools case, it is necessary to ascertain if public administrations, when contracting out, made clear in written contracts that contractors

[1450] Law no. 146/1990, Art. 1 "For the purposes of regulation essential services are services meant to protect the right to life, heath and safety, freedom and security, freedom of circulation, the right to social security, education and the freedom to communication. The rights have to be guaranteed by any type of worker, and also in the case the services contracted out by contract or licence" (statute translated by the author of this paper).

[1451] This is the issue at stake also in the private health sector, where contractors of services delay payment of wages due to the delays by public local administration to compensate contractors. See CGSSE, Annual Report on 2016, http://www.cgsse.it/web/guest/visualizza-pdf?set=relazione-alle-camere&url=scioperi/relazioni/Relazione_annuale_2017.pdf, p. 53, last visited on 30 Novermber 2017.

[1452] A good example is the refuelling of airplanes. See CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 79.

and subcontractors are required to respect the legislation on strikes in the essential services and related collective agreements[1453].

*aa) Art and Cultural Activities as Essential Services.*

In relation to a different situation more recently the Parliament has added a new service into the list of the essential services amending Law no. 146/1990. This is the case of museums and places of cultural interests. Many such places are present in Italy and the possibility of visiting museums and sites of cultural and artistic interest is an incentive for tourists to travel the country. In 2015 the Parliament therefore added to the list of essential services embedded in Law no. 146/1990[1454] artistic attractions such as museums and public art galleries. People working in (and for) museums and cultural and artistic sites are subject to the regulation of strikes in the essential services. The submission of museum's staff to essential services regulation is nevertheless controversial because museums and cultural sites do not provide for services necessary in order to protect the fundamental rights protected by Law no. 146/1990. In any case, collective agreements in the sector ought to guarantee not only accessibility for the public but also surveillance and security for art galleries, providing that during a strike museums ought to be accessible for at least for half the normal day opening, and that, during some periods over the year, strikes are not allowed at all. The enlarged definition of what is an essential service now also covers the digital centralized services for enrolling into courses provided to state universities by a private subject 'Cineca' and the system of registration for appointments in the health and service units[1455]. It seems nevertheless at least dubious that these rules enlarging the scope of the legislation on strike in essential services are compatible with the ILO definition of essential service as interpreted by the Committee of Experts on Freedom of Association. The Committee in fact clearly said that "As an exception to the general principle of the right to strike, the essential services in which this principle may be entirely or partly waived should be defined restrictively: the Committee therefore considers that essential services are only those the interruption of which would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population" [1456].

*b) The Fragmentation in Union Representation and its Impact on Strikes in the Essential Services.*

An issue that is relevant in the education sector is the fragmentation of trade unions that are allowed to call a strike. As a matter of principle, under Italian law all trade unions have the right to call a strike regardless of the number of members, in general or in a specific sector. More precisely a temporary coalition of workers is also allowed to call a strike for the protection of professional interests. In the essential services, unions (or coalitions) nevertheless have the duty to give notice of the incoming actions and to give detailed information about the modality of strike to the provider of services, so that the provider can inform users. When representation is fragmented, strikes by different unions are frequently called, so that the public is on practically permanent alert of a probable reduced service and therefore looks for possible alternatives.

[1453] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted nt. 74, p. 50.
[1454] Law 12 November 2015, no. 182.
[1455] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 54 seq.
[1456] ILO, "Reports of the Committee on Freedom of Association", in *Official Bulletin* (Geneva), Vol. LXVII, Series B, No. 1, 233rd Report, Case No. 1255. para. 669. On the matter of strike under the ILO regulation on Freedom of Association, see: Gernigon Bernard, Odero Alberto and Guido Horacio, ILO Principles concerning the Right to Strike, ILO, 2nd ed., 2000.

Typically not so many employees join each industrial action but the percentage of workforce participation is not clear before the strike. The situation described above is recurrent in the education sector and especially in state schools, where strikes frequently do not involve more than the 1% of the staff possibly interested in the specific industrial conflict[1457]. Notwithstanding a foreseen low participation, headmasters have to give notice of the strike as soon as called by unions and have to suspend the service if they believe that the strike will compromise it. The frequent calling of strikes is lawful if and when at least one week runs between the first strike and the subsequent one (Law no. 146/1990, Art. 2, par. 2). Headmasters cannot make inquires in advance in order to know if members of staff will effectively go on strike. The inquiry could be considered violation of Art. 8 Law no. 300/1970, that prohibits investigation by the employer on sensitive information. Employees are also free to decide at the very last moment if to go on strike. The consequence is the uncertainty about the full functioning of the service until the very strike should start. The problem has been discussed in front of the CGSSE that has invited parties to reach an agreement in order to overcome these issues, in consideration of the fact that it has been impossible until now the reaching of an agreement between Minister for Education (MIUR) and teachers unions aimed at defining what is the minimum service that would be provided during strikes. The fragmentation of work representatives is also one the most relevant problem in the transport sector, which is one of the most afflicted by strikes[1458] especially at a local level where unions compete with other unions by calling strikes in order to demonstrate which union is representative of the workforce. Sometimes, on the contrary, unions do not compete against each other through strikes but join strikes called by different unions. This is a case that has happened in the train transport system when recently an action called by unions, that the CGSSE had declared unlawful before the action was to start. The unions withdrew the call and invited workers on Facebook and other social media to join the strike called by a different union. The CGSSE decided that this invitation was a new call by the first group of unions and declared the invitation unlawful for breaking the duty of notice in the circumstances[1459]. These examples therefore demonstrate the disruptive impact that the absence of regulation about the entitlement to strike can cause in the essential services. Instead of making of strike a virtuous support for democracy, the subjective unlimited freedom to strike may transform industrial action into an "unorganized social power"[1460] that disrupts the rights and interests of the economically weakest part of the population that has not always resources to exercise the "exit" function, having limited access to the private market of services.

*c) The Fragmentation of Business in Essential Services.*

On the other side, the fragmentation of business is a problem. This is the case in the rail transport sector. The rail service, once a monopoly, is now open to more competitors. A general agreement on strikes, which at once binds all providers and unions operating in the sector, does not yet exist.

[1457] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74. See figures at p. 58 and 59.
[1458] In 2016, Italian trade unions called 258 strikes in the local transport sector. See CGGE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 91 and p. 109.
[1459] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 98.
[1460] Zoppoli Antonello, Relazioni industriali e risorse umane, Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale: il paradosso dei servizi essenziali tra sistema "di fatto", istanze di moderna democrazia e bilanciamento dei diritti, Diritto delle relazioni industriali, no. 4, 2017, 1145.

The CGSSE has therefore suggested with no result, to all parties to discuss the possibility of negotiating a general framework for strike regulation to be applied by all the suppliers of transport services[1461].

*d) The Contracting out of Services by Public Agencies and its Consequences on Strikes in Essential Services.*

Economic strikes aim increasing working condition, or at the safeguard of the workplace in occasion of redundancies. Strikes sometimes are called to claim wages from employers that have typically contracted with public administrations and receive late payments for the contracted service. Late payments by contractor also cause wildcat strikes that are unlawful in the essential services. The CGSSE has nevertheless decreed that a wildcat strike aimed at reacting to the employers' breach of contract in a case where the employer was ten months late in payment of wages was lawful[1462].

*e) The Duty to Bargain Fairly during the Cooling off Period.*

The CGSSE has the duty to assess acts of proclamation in order to prevent the possibility of unlawful strikes. Assessing the lawfulness of a strike has been one of the most important and effective CGSSE activities as confirmed by recent experience[1463]. CGSSE preventive control is meant to ascertain if the strike has been called after unions have attempted to find an agreement with employers in order avoid the strike. The law regulates two cooling off procedures: the first one just between unions and employers and the second one in front of the administrative authority. The air transport sector is another area of essential services where unions frequently call strikes: there were about 200 in 2016[1464]. The causes of strikes are reorganization and redundancy processes, late payment of wages by contractors, the expiration of subcontracts and largely the violation of cooling off periods and arbitration procedures. The CGSSE has made it clear that arbitration procedures are compulsory and have to take place before the strike. Parties have to behave fairly, providing information and answering in due course to the other parties' request for a meeting[1465] and give evidence to the CGSSE of an attentive approach to the duty to bargain fairly. Employers have a duty to inform the public on incoming strikes at least five days before the action takes place but the CGSSE has stated that employers have to repeat the information before the date of the strike if the first communication has been performed long before the date of the strike[1466]. During a strike in the essential services companies and public agencies do not have to provide a full service to the public. The principle is that during strikes employers have to provide for a minimum service if the reduced service does not compromise constitutional rights. This rule has been applied since before the enactment of Law no. 146/1990 on the basis of a decision taken by the Constitutional Court[1467]. The principle that only a contingent of workers has the duty to abandon the strike has been again stressed by the CGSSE reporting on the air transport sector

[1461] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 93.
[1462] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 113.
[1463] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 111.
[1464] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, Tab. 2.
[1465] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 78.
[1466] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 81.
[1467] Corte costituzionale, 27 May, 1961, no. 26, Foro italiano, 1961, part I, c. 888.

where companies have organized excess services to be performed during industrial actions so as to limit the right to strike beyond what was unavoidable. Companies therefore have to be transparent and declare in advance which flights and connections will operate during the industrial conflict, so that workers may understand if the workforce that will have to be in service is proportionate to the load of work[1468].

*f) Strategies Meant at Overcoming the Limits for Strikes in the Essential Services.*

Sometimes employees try to overcome the limits for strikes in the essential services with strategies meant to mask the nature of their action. This was the case whereby local policemen on New Year's Eve 2014/2015 were absent en mass from services for illness and other lawful causes. The CGSSE had to operate a complex inquest and discovered that the actions had been organised by a trade union that was therefore condemned. The union claimed, during the Tribunal, that the decision by the CGSSE was unfair because the decision not to work due to illness was a decision taken by every single police officer[1469].

*g) Spontaneous Protests as Opposed to Strikes Called by Unions.*

In 2017 one of the sectors mostly affected by industrial actions has been transport by taxi in conjunctions with new entrepreneurial initiatives aimed at competing with unlicensed taxi in the same sector. From the 15th and the 21st of February 2017 taxis stopped operating on all national territory causing great inconvenience to users of the service. The CGSSE had invited[1470] taxi drivers' unions to suspend the strike, which was unlawful under many profiles. Unions had in fact not given the notice required, unions had not communicated the length of the strike, unions had not communicated the list of services that taxis were anyway required to perform during the industrial action. Taxi divers' unions had nevertheless replied that they were not responsible for the actions that had to be considered spontaneous protests and had replied also that unions' representatives had already invited drivers to stop the strike. The CGSSE had therefore asked Prefects to send to the CGSSE any information useful in order to identify agents accountable for the interruption of the transport service by taxi. Only a few Prefects sent information and it soon came to light that the strike had been organised on social networks and chats on line. Eventually the Government had opened a conference with drivers' unions in order to discuss issues at stake, eventually promising to enact a new regulation of transport by taxi in order to limit the competition by non licensed drivers.

*h) Lack of Collaboration by Elected Public Authorities.*

The CGSSE has the duty to sanction independent worker that take unlawful action. The CGSSE then deliberated to ask the mayors of the towns where the industrial actions took place to communicate the names of the taxi drivers that had been on strike. Notwithstanding the request was sent at the beginning of 2017, few city mayors have since replied and no one has yet identified any participant in the unlawful strike. The CGSSE claims that the circumstances make evident a lack of collaboration between local authorities and the CGSSE, as city mayors supervise the organization of the taxi service in their municipality. This situation highlights areas of weak

[1468] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 82.
[1469] CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74, p. 125.
[1470] See Deliberation no. 17/148 of 11 May 2017, on www.cgsse.it/web/guest;jsessionid=Jeu-+JeBiXjKyWMrEQuHGw__.sgc8-prd-liferay, last visited on 20 November 2017.

protection in the case of strikes in the essential services, especially when there is not an employer as in the case of taxi drivers, which in Italy are self- employed. As with any self-employed individual, taxi drivers are not subjected to an employer and therefore under the statute they are subjected to the power of CGSSE that cannot directly access the administrative documentation held by local authorities. Local authorities, such as Mayors, are elected by residents, so they may have not a sufficient incentive to disclose the identity of protesters when protesters have the support of the electorate. In Autumn 2017 there was also an industrial action promoted for economic reasons by university professors and university researchers. Academic members of staff do not negotiate wages through collective bargaining nor are academic staff's strikes regulated by and agreement. Statutes and secondary legislations regulate academic staff working conditions. Academic staff does not practice any sort of wage negotiation with Universities. Nevertheless Law no. 146/1990 lists the right to education among fundamental rights and contemplates final examinations as essential services to be performed. The action taken by academic staff during 2017 resulted in the reduction of examination sessions to only one session from the 28th August to the 31st October. Here, regardless, academic staff guaranteed students the possibility of completing their studies through the discussion of the written final essay. The CGSSE notwithstanding the lacking of specific regulation declared the modality of action taken by the academic staff compliant with Law no. 146/1990[1471]. It seems nevertheless evident that this mild industrial action has not produced any impact on to the Government that has not yet agreed on academic staff's requests.

## V. Restriction of the Right to Strike in Essential Services.

### 1. Limits to Strikes as Exceptions to Freedom.

Limits to strike in the essential services are based on the complex system of rules aimed at setting a balance between the freedom to strike and other constitutional rights. Very few categories of employees are not allowed to strike. The Constitutional Court distinguishes between the freedom to strike and the right to strike. All workers (subordinated and independent) are entitled to the fundamental freedom to strike and therefore a limitation to this freedom by public powers must be an exception provided for by law exclusively where prevailing interests compete with labour's interests. It is therefore not surprising that members of judiciary bodies such as Courts' judges have the right to strike. In case of strike, as it happens also in situations where barristers take the industrial action, hearings are suspended[1472] and postponed, unless the length of the trial may possibly impact on to the personal freedom of the defendant. Trials in matter of dismissal or redundancies or actions for interim injunctions cannot as well be suspended. In order to regulate the strikes, one among the associations of the members of the judiciary has adopted a regulation that has been submitted to and approved by the CGSSE[1473].

*a) Seamen.*

[1471] See CGSS notice on http://www.cgsse.it/web/guest;jsessionid=Jeu-+JeBiXjKyWMrEQuHGw__.sgc8-prd-liferay, last visited on 20 November 2017.
[1472] See Cass., 24 May 2016 no. 10715, www.iusexplorer.it, last visited on 27 November 2017.
[1473] The regulation is available on http://www.cgsse.it/regolamentazioni/regolament_settore/magistrati%20ANM.pdf, last visited on 27 November 2017.

A situation where there is a limitation to strike is the maritime business. Seamen do not have the right to strike during navigation and an industrial action on the sea would be a criminal offence on the basis of Art. 1105 of the Navigation Code[1474]. Other categories of worker that do not have the right to strike are staff in nuclear plants to the extent to which they are necessary to maintain the safe functioning of the nuclear plant[1475].

*b) Members of the Military and Members of the State Corp of Police.*

Members of the military[1476] and police constables and officers of the national corps of police do not have the right to strike[1477]. The limitation is based on the special status of subordination to the government[1478] of the members of these corps, which may be ordered to act for protecting fundamental rights and public institutions in extreme situations. The conditions of work for members of these forces are regulated by secondary legislation. The content of the secondary legislation is nevertheless aligned to agreements negotiated by representatives of the police and the military corps and ministers since 1978, when a body representative of the interests of the members of the military was regulated in order to allow the process of negotiation to operate[1479]. The limit for these categories should not cause any relevant issues. Recently, nevertheless, the limitation for members of the military has come to be problematic when the Italian State Forestry Corps, that was not considered a military body, was merged and incorporated into military corps, the 'Carabinieri', and subsequently appeared to loose the right to strike. Unions of the Italian State Forestry Corps made an inquiry in 2016 to the CGSSE regarding whether they still could lawfully strike, but the CGSSE said that it is not up to the CGSSE to decide which bodies have the right to strike and instead it is in the power of Parliament to decide on the issue.

*c) Difference between Local Police Officers and Members of the State Corp of Police.*

Local police officers fall under a different and less restrictive regulation, having the right to strike and the right to representation by trade unions so that they fully participate in the collective bargaining process. The difference between the situation of national police officers and local police officers is that collective agreements regulate immediately local police officers' condition of work, whereas negotiation for national police officers is only a part of the legislative process meant at regulating working conditions.

## VI. Alternative to Strike.

### 1. Alternative Methods of Protest in the Essential Services.

Under the strict interpretation of the right to strike adopted by the Constitutional Court and the Court of Cassazione, only the suspension of work by employees and workers for the purpose of protesting is compliant with the law. Different behaviours that may typically take place during an

[1474] Corte costituzionale, 28 December 1962, no. 124, quoted at nt. 31.
[1475] Art. 49, D.P.R. 13 February 1964, no. 185.
[1476] Art. 8 Law 27 July 1978, no. 382.
[1477] Art. 84 Law 1 April 1981, no. 121.
[1478] A. Tursi, L'ambito di applicazione della riforma: categorie e amministrazioni escluse dalla privatizzazione del rapporto di lavoro, in Carinci Franco- Zoppoli Lorenzo (eds.), Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, 2004, p. 31, at p. 38.
[1479] Law no. 382 of 1978 quoted at nt. 97.

industrial action do not therefore fall under any special protection and can be interpreted as a breach of contract, for example when an employee do not perform specific tasks during working hours[1480], or a crime as in the case of squatting[1481] for a relevant length of time in an employer's plant. Among these behaviours one may include 'stonewalling', which is the practice of not performing preparatory activities in respect to the activity that has been agreed upon. Another recurrent case of industrial action is overtime strike, which occurs when employees do not work overtime. The CGSSE has deliberated that in the case of overtime strikes in the essential services the industrial action falls under Law no. 146/1990[1482]. It is nevertheless worth noting that overtime strikes are considered as lawful strike by Courts and not as an alternative action[1483]. An alternative means of industrial action on which the CGSSE has taken a position is the use of the right to assembly in the workplace as a strategy for disrupting the service to clients of the essential services. The CGSSE has deliberated on the issue of assembly in the workplace as a way for overcoming limits to strikes in the essential services concluding that if the assembly is run in compliance with the legal regulation on the right to assembly and in compliance with the collective agreement applied by the employer the assembly does not fall under Law no. 146/1990. Whenever the assembly is run in a way that is not compliant with collective regulation, the assembly falls under Law no. 146/1990, so that unions have to apply the regulation on strikes in the essential services before the assembly. The CGSSE has nevertheless made it clear that unions and employers have to perform essential services, so that the exercise of the right to assembly does not justify the suspension of essential services[1484], which a limited group of employees have to perform during the assembly.

## 2. The Virtual Strike.

Among alternative forms of industrial action one might also include the virtual strike, which is the continuation of the activity by employees who nonetheless forfeit the right to pay, either completely or for half of their wage, in favour of a special fund. The employer has to pay into the fund a sum equivalent to forfeited wages[1485]. The virtual strike is normally regulated by collective agreements because the imposition of the obligation to pay a fee without a legal basis is controversial. The CGSSE has regulated the virtual strike in an interim code to be applied in the helicopter emergency medical service[1486]. However, during a recent Parliament hearing on strikes in the essential services, the former President of the CGSSE has clearly pointed out that the practice of virtual strikes cannot be imposed and that the decision on whether to regulate it should be left only to collective bargaining[1487].

---

[1480] Corte costituzionale, 28 December 1962, no. 123, quoted nt. 25; Cass., 25 November 2003, no. 17995, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2004, II, p. 525.
[1481] Corte costituzionale, 17 July 1975, no. 220, quoted nt. 48.
[1482]CGSSE Deliberation 11 September 2003, no. 03/130, http://www.cgsse.it/static/discipline/Regolamentazioni/Trasporto_pubblico_locale.pdf, p. 22, last visited 30 November 2017.
[1483] 25 November 2003, no. 17995, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2004, II, p. 525.
[1484]CGSSE, Deliberation no. 04/212, 1 April 2004, as mentioned in http://www.cgsse.it/static/discipline/Regolamentazioni/Trasporto_aereo.pdf, p. 683 sub nt. 3, last visited on 28 November 2017.
[1485] Topo Adriana, Raffreddamento e composizione del conflitto industriale nel settore dei servizi pubblici essenziali, quoted at nt. 57. Santini Fabrizia, Le forme di sciopero, quoted at nt. 24, p. 150.
[1486]CGSSE, Deliberation no. 5 November 2012, no.12/461, http://www.cgsse.it/scioperi/relazioni/CgS_Rel_Annuale_2014.pdf, p. 23, last visited 30 November 2017.
[1487]http://www.cgsse.it/scioperi/avvisi/RelazioneAudizioneAlesse.pdf, last visited on 29 November 2017.

## VII. Conclusions.

Strikes in the essential services are typically regulated through collective bargaining and self-regulation by the self-employed under the legal framework set by Law no. 146/1990. The CGSSE, which is the administrative authority in charge of monitoring strikes in the essential services, nevertheless plays an essential role as strikes regulator. The CGSSE gives advice to unions and employers on how to regulate the industrial action, regulates the modality of strikes when parties do not find any agreement on strikes, supervise industrial actions in order to prevent disruptions and damages to consumers. The CGSSE applies sanctions and monitors employers that have a duty to apply disciplinary sanctions on employees whenever employees violate a legal or contractual rule during a strike in the essential services. The intervention of the judiciary is therefore less relevant in the perspective of preventing disruptive actions whereas prevention is the key word for interpreting the Italian legal framework in the matter of strikes in the essential services. The Government through the prefects' power to issue orders to perform is also an important agent in the prevention of disruption caused by strikes in the essential services. The Government authority, at local level or at national level, has in fact the power of injunction and can impose a specific duty to work on workers and employees during a strike. The Government authority has also the power to issue and injunction against private and public managers in case of violation of collective agreements and legal rules on strikes, if the violations impact on the necessary performing of services. Notwithstanding the active role of many institutions that work with the aim of preventing wild strikes and interruptions of essential services, the CGSSE still points out emerging issues. Among the most relevant problems one may find there is the contracting out of services by public administrations whose budget has shrunk over the last few years of recession. Local institutions have contracted out essential services or part of them to private contractors that do not pay or delay payments to employees, causing industrial actions in fundamental services such as waste disposal and local transport. The former president[1488] of the CGSSE has pointed out that issues caused by the reduction of public expenditure and reorganization of local public administrations exceed the competence of the CGSSE, which has not powers on the matter. A second relevant issue is the fragmentation of workers' representation. The problem arises from the right of every single union to call a strike independently from the consistency of its membership. This fact produces the consequence that in some sectors few employees on strike interrupt the service for all the users, as it occurs in the education sector. In order to overcome the latter problem the regulation of a necessary ballot to be held before the strike could be a possible solution. On the basis of the report presented in 2015, it seems that it would be appropriate in the circumstances also the consolidation of the CGSSE's powers to arbitrate labour conflicts, which are the reason of the industrial conflict. It's worth remembering that the proposal could nevertheless be in contrast with the principle of freedom of organisation guaranteed to unions by Art. 39, par. 1 of the Constitution, allowing unions also to freely regulate arbitration procedures through collective bargaining. The regulation of sanctions seems to be another issue for the good functioning of essential services. The report points out how inadequate the economic sanctions for private and public managers are in respect to the impact of their actions on

[1488] Audizione del Presidente della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, Roberto Alesse, presso le Commissioni Affari Costituzionali e Lavoro riunite del Senato della Repubblica (15 ottobre 2015), in www.cgsse.it/scioperi/avvisi/RelazioneAudizioneAlesse.pdf, last visited 30 November 2017.

the delivery of essential services, and also the inadequacy of the sanctions against self-employed that strike in the context of an unofficial strike promoted on social media without the support of a trade union. The conclusion is that notwithstanding Law no. 146/1990 balances the right to strike with fundamental rights, having contributed to reduce the percentage of industrial actions in many sectors over the years[1489], it would be still necessary to reform the Law under different profiles. It would be also necessary to support Law no. 146/1990 efficacy with the regulation of employees' representatives for the purpose of collective bargaining, in order to reduce the fragmentation of the industrial conflict. As the comparative experience demonstrates, it could nevertheless be problematic to extend only to the most representative unions the legitimation to strike, given strike acknowledged nature of fundamental right by the Italian Constitution[1490]: a right through which the work force not only protests against the employer but publicly give voice to its economic and political instances, as the higher Courts have observed over the years.

## Appendix 1*

| Anno | Numero Proclamazioni | Interventi Preventivi | Efficacia Interventi Preventivi |
|---|---|---|---|
| 2007 | 2017 | 620 | 66% |
| 2008 | 2195 | 567 | 70% |
| 2009 | 1899 | 528 | 74% |
| 2010 | 2093 | 632 | 81% |
| 2011 | 2229 | 653 | 90% |
| 2012 | 2330 | 514 | 87% |
| 2013 | 2338 | 368 | 92% |
| 2014 | 2084 | 379 | 88% |
| 2015 | 2261 | 324 | 99% |
| 2016 | 2352 | 466 | 99% |

Source: CGSSE, Annual Report on 2016, quoted at nt. 74. The table in Appendix shows from left to right: year, total number of calls to strike in the essential services, case of CGSSE's preventive intervention, efficacy of the intervention by the CGSSE.

## Bibliography

Bellocchi Paola, La libertà sindacale, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, CEDAM, Padova, 2014, p. 3.

[1489] See Appendix no. 1.

[1490] For the French situation, Laulome Sylvaine, quoted nt. 31 points out that "the European Committee of Social Rights concluded that the regulation of the right to strike in France fell outside the provisions of European Social Charter. The Committee maintained that limiting the right to initiate a strike in the public sector to the most representative national trade unions restricts the right to strike and violates Article 6 of the ESC (*European Social Chart*) 1961".

Bellocchi Paola, Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, CEDAM, Padova, 2014, p. 95.

Branca Giorgio (ed.) Commentario della Costituzione, Rapporti economici (Art. 35-40), Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1979.

Carinci Franco, Contrattazione e contratto collettivo, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, CEDAM, Padova, 2014, p. 980.

Canavesi Guido, La precettazione, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, CEDAM, Padova, 2011, p. 542.

Corso Fulvio, I diritti sindacali, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, CEDAM, Padova, 2014, p. 341.

De Luca Tamajo Raffaele, Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, no. 4, part I, 2010, p. 797.

Ferrari Paola, Struttura e attività, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, CEDAM, Padova, 2011, p. 419

Gaeta Lorenzo, Una storia giuridica dello sciopero nei servizi pubblici dall'Unità alla Costituzione, in Pino Giovanni (ed.), Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive, Giuffrè, Milano, 2015, p. 161.

Gernigon Bernard, Odero Alberto and Guido Horacio, Ilo Principles concerning the Right to Strike, ILO, Geneve, 2nd ed., 2000.

Ghezzi Giorgio, La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali, Giuffrè, Milano, 1963.

Giugni Gino, Diritto sindacale, Cacucci, Bari, 1968, p. 220.

Giugni Gino, Commento all'art. 30, in Branca Giorgio (ed.) Commentario della Costituzione, Rapporti economici (Art. 35-40), Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 257.

Gragnoli Enrico – Corti Matteo, La retribuzione, in Marazza Marco (ed.), Contratto di lavoro e organizzazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. IV, part 2, CEDAM, Padova, 2012, p. 1375.

Hirshman Albert Otto, Exit, Voice and Loyalty, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1970.

Lassandari Andrea, Il contratto collettivo aziendale, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, CEDAM, Padova, 2014, p. 717.

Laulom Sylvaine, Strike in Essential Services in France, in this book.

Lyttelton Adrian, The Seizure of Power: Fascism in Italy 1919-1929, Routledge, London, 2004.

Luciani Vincenzo, Le forme di conflitto diverse dallo sciopero, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, CEDAM, Padova, 2011, p. 187.

Lord Wedderburn, Employment Rights in Britain and Europe, Selected Papers in Labour Law, Lawrence&Wishart, London, 1991.

Maio Valerio, Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, CEDAM, Padova, 2014, p. 446.

Martone Michel, La fase corporativa, in Persiani Mattia (ed.), Le fonti del diritto del lavoro, Trattato di diritto del lavoro, vol. I, CEDAM, Padova 2010.

Mengoni Luigi, Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà, in Napoli Mario (ed.), Costituzione, lavoro, pluralismo sociale, Vita e Pensiero, Milano, 1998.

Meny Yves, La crisi politica, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, no. 3, 2016, p. 621.

Novitz Tonia, The English National Report, in this book.

Pallini Massimo, Le sanzioni nel sistema della legge n. 146/1990, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, CEDAM, Padova, 2011, p. 355.

Pascucci Paolo, Dalla giurisprudenza costituzionale alla legge sullo sciopero, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, CEDAM, Padova, 2011, p. 217.

Pilati Andrea, Il campo di applicazione della legge e i requisiti di legittimità delle astensioni collettive, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, CEDAM, Padova, 2011, p. 277.

Proia Giampiero - Gambacciani Marco, Il contratto collettivo di diritto comune, in Proia Giampiero (ed.), Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro, vol. II, CEDAM, Padova, 2014, p. 595.

Santini Fabrizia, Le forme di sciopero, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, CEDAM, Padova, 2011, p. 83.

Santoni Francesco, La libertà e il diritto di sciopero, in Lunardon Fiorella (ed.), Conflitto concertazione e partecipazione, Trattato di diritto del lavoro, vol. III, CEDAM, Padova, 2011, p. 3.

Santoro Passarelli Francesco, Nozioni di diritto del lavoro, Jovene, Napoli, 9th ed., 1957.

Santoro Passarelli Giuseppe, Questioni aperte dello sciopero nei servizi pubblici essenziali: Sciopero politico-economico, sciopero politico, sciopero generale e preavviso, Diritto delle Relazioni Industriali, no. 1, 2008.

Sciarra Silvana, I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, no. 3, part I, 2017, p. 347.

Scognamiglio Renato, La Costituzione repubblicana, in Persiani Mattia (ed.), Le fonti del diritto del lavoro, Trattato di diritto del lavoro, vol. I, CEDAM, Padova, 2010, p. 113.

Suppiej Giuseppe, Trent'anni di giurisprudenza costituzionale sullo sciopero e sulla serrata, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 1989, no. 1, part I, p. 25.

Topo Adriana, Raffreddamento e composizione del conflitto industriale nel settore dei servizi pubblici essenziali*,* Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2004, no. 3, p. 351.

Topo Adriana, Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo, Lavoro e Diritto, no. 2, 1997, p. 203.

Treu Tiziano, Brancasi Antonio, Rusciano Mario, La legge quadro sul pubblico impiego, commentario della legge 29 marzo 1983, n. 93, CEDAM, Padova, 1985.

Zoppoli Antonello, Relazioni industriali e risorse umane, Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale: il paradosso dei servizi essenziali tra sistema "di fatto", istanze di moderna democrazia e bilanciamento dei diritti, Diritto delle Relazioni Industriali, no. 4, 2017, p. 1145.

# La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*

Adalberto Perulli

1. La società contrattuale e il lavoratore *coactus voluit*. 406
2. La soggettivazione regolativa: mito o realtà? 408
3. Le implicazioni sistematiche della soggettivazione. 412
4. La funzione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro. 413
4.1. Il regolamento d'azienda. 415
4.2. La subordinazione. 416
5. Dalla prospettiva costituzionale alla crisi della norma inderogabile. 417
6. I percorsi della dottrina. 420
7. Soggettivazione e "capacitazione". 423
8. Accordi individuali e disciplina delle mansioni. 425
9. Accordi individuali e poteri del datore di lavoro. 431
10. Conclusioni. 436

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 365/2018

## 1. La società contrattuale e il lavoratore *coactus voluit*.

Tra le tendenze attuali del diritto del lavoro si può senz'altro annoverare il ruolo regolativo attribuito alle parti del rapporto, anche a detrimento della tradizionale funzione svolta dalle fonti eteronome, nell'ambito di un più ampio processo di decentramento della produzione giuridica che porta sul terreno dell'autonomia negoziale individuale importanti istituti del rapporto di lavoro[1491]. L'autonomia individuale non è certo considerata il mezzo adeguato per realizzare uno degli obiettivi più rilevanti del diritto del lavoro, vale a dire il *parziale* riequilibrio di una situazione di disparità di potere contrattuale tra le parti, posto che un riequilibrio *integrale* non sarebbe compatibile con la strutturale e necessaria condizione di subordinazione in cui versa il prestatore di lavoro[1492]. Al contrario, la regolazione individuale è sempre stata considerata come un pericolo per la sfera giuridica della parte debole del rapporto, costretta a causa della disparità di potere negoziale ad accettare i termini contrattuali imposti dall'imprenditore, onde il diritto del lavoro non ha mai cessato di rivendicare la sua specialità "*contro* il poter sociale illimitato offerto dalla libertà di contratto individuale, *contro* l'originaria identificazione di quella sola libertà e tutta l'autonomia negoziale" [1493]. Questa semplice constatazione contribuisce, a ben vedere, a dissolvere ogni possibile soggettività regolativa del lavoratore, le cui prerogative *individuali* di libertà non sono concepibili se non nella logica *correttiva* e *attributiva* eteronoma. È la norma inderogabile di legge o di contratto collettivo che interviene per correggere il "fallimento del mercato" (la disparità contrattuale) attribuendo alla parte debole diritti posti a tutela di interessi e posizioni giuridiche soggettive che non sarebbero altrimenti riconosciute in una negoziazione strutturalmente asimmetrica[1494].

In questo saggio mi propongo di riflettere su questa tendenza prendendo a riferimento alcuni passaggi chiave dell'analisi relativa allo sviluppo delle relazioni ordinate giuridicamente verso la società contrattuale compiuta da Max Weber nella sua Sociologia del diritto[1495], integrando il discorso con taluni spunti offerti dalle tendenze della filosofica politica e morale contemporanea, in particolare da quell'approccio delle *capabilities* preso a riferimento anche nella dottrina giuslavoristica come paradigma valoriale per rilegittimare le funzioni di un diritto del lavoro in crisi di identità[1496].

L'affresco weberiano mette in luce la connessione logico-giuridica tra l'autonomia di autorizzazione regolamentata mediante schemi giuridici, la diminuzione di vincoli e l'aumento di libertà

---

[1491] Cfr. art. 2103, co. 6, c.c., in materia di mansioni; art. 18, l.n. 81/2017 in materia di lavoro agile; art. 15 l.n. 81/2017 in materia di coordinamento nelle collaborazioni coordinate e continuative; fr. G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato*, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, in WPCSDLE "Massimo D'Antona". it* 327/2017.

[1492] Cfr. G. Davidov, *A Purposive approach to labour law*, OUP, Oxford, 2016, p. 54.

[1493] G. Cazzetta, *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*, in Lav. dir., 2007, p. 144.

[1494] Cfr. G. Santoro Passarelli, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 1358: "La determinazione del contenuto del contratto da parte delle fonti eteronome deriva ovviamente dalla disparità di forza contrattuale tra le parti del contratto di lavoro e serve per tutelare la parte debole".

[1495] M. Weber, *Economia e Società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980, spec. p. 17 ss.

[1496] Nella dottrina italiana cfr. di recente R. Del Punta, *Labour Law and the Capability Approach*, in Int. Jour. Comp. Labour and Ind. Rel., 2016, 32, 4, p. 383 ss.; ma v. già, sia pure con un impiego delle categorie applicate soprattutto al mercato del lavoro, B. Caruso, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in Gior. Dir. Lav. rel. Ind., 113, 2007, p.1 ss.

individualistica: secondo Weber "la possibilità di entrare con altri in rapporti contrattuali – il cui contenuto viene stipulato in via totalmente individuale – e anche la possibilità di scegliere tra un numero sempre più grande di schemi – che il diritto mette a disposizione per l'associazione, nel senso più ampio della parola – è nel diritto moderno enormemente accresciuta rispetto al passato, almeno nel campo dello scambio dei beni, del lavoro personale e della prestazione i servizi". Giusta questa analisi, tuttavia, il decentramento della produzione giuridica mediante l'autonomia negoziale non sempre accresce davvero, concretamente, la misura totale di libertà nell'ambito di una data comunità giuridica. Nello specifico caso del rapporto di lavoro, il libero arbitrio degli interessati al mercato del lavoro consente loro di assoggettarsi o meno alle "condizioni poste dal soggetto economicamente più forte in virtù del suo possesso garantito dal diritto"[1497]: come dire che il principio del *coactus voluit* nell'ordinamento basato sulla proprietà privata dei mezzi di produzione determina di fatto una coercizione esercitata come "manifestazione di potenza nella lotta di mercato". La tendenza del diritto moderno verso la società contrattuale pone, quindi, al di là degli aspetti puramente formali, la questione se l'autonomia contrattuale "abbia avuto in pratica il risultato di accrescere la libertà da parte dell'individuo di determinare le condizioni della propria esistenza, o se invece, nonostante ciò – o forse in parte a causa di ciò – si sia accentuata la tendenza verso una schematizzazione coercitiva dell'esistenza". La risposta a tale fondamentale interrogativo non può essere decisa solo in base allo sviluppo delle forme giuridiche, giacchè "la più grande varietà formale degli schemi contrattuali ammessi, e anche l'autorizzazione formale a determinare ad arbitrio il contenuto di un contratto non garantiscono di per sé in alcun modo che queste possibilità formali siano accessibili a tutti"[1498].

A una simile possibilità di accrescimento di libertà fa ostacolo la *differenziazione dell'effettiva distribuzione del possesso*, assicurata dal sistema giuridico. E qui veniamo al punto che maggiormente interessa il diritto del lavoro: secondo Weber il diritto formale di un lavoratore di stipulare un contratto di qualsiasi contenuto con qualsiasi imprenditore "non implica praticamente che il lavoratore in cerca di occupazione abbia la minima libertà di determinare le proprie condizioni di lavoro, e di per sé non gli garantisce nessuna influenza in questo senso"; al contrario, la possibilità "per il più potente sul mercato – in questo caso, normalmente, l'imprenditore – di fissare a suo arbitrio quelle condizioni e di offrirle al lavoratore in cerca di lavoro perché questo le accetti o le rifiuti", si traduce, data la maggiore urgenza economica del bisogno per chi cerca lavoro, "in un'imposizione unilaterale". Il risultato della libertà contrattuale consiste quindi nel far acquisire ai possidenti un potere sugli altri, favorendo in ultima analisi la loro autonomia e la loro posizione di potenza.

Questa visione secolarizzata e disincantata del mito privatistico dell'autonomia privata giunge sino a noi, dopo aver attraversato come un vero e proprio dogma la rappresentazione del contratto di lavoro quale strumento di coercizione, e non di emancipazione, del lavoratore. A ben vedere, poi, questa concezione del lavoratore *coactus* trova il suo naturale contrappunto nell'ideale socialista che si pone l'obiettivo di realizzare la "libertà sociale" nella sfera economica, ossia un cambiamento dell'organizzazione istituzionale della società finalizzato a produrre l'emancipazione dalle limitazioni che ostacolano la partecipazione paritaria di tutti i soggetti al

[1497] M. Weber, op. cit., p. 86
[1498] M. Weber, op. cit., p. 85.

processo di auto-costituzione sociale[1499]. L'ideologia del "libero" contratto di lavoro che favorisce in realtà una notevole accentuazione della coercizione mediante "pretese di autorità puramente personali", consentirà di trasformare i rapporti di subordinazione personali e autoritari tipici dell'impresa capitalistica in "oggetti di scambio sul mercato del lavoro"[1500]. La riproduzione di questo modello, che conculca ogni effettiva soggettivazione nell'ambito del contratto, consuma una sorta di "oggettivazione" giuslavoristica del lavoratore quale soggetto sfornito di ogni reale possibilità di realizzare, attraverso il contratto, la propria libertà; e poiché gli individui o i gruppi sono oggettivamente definiti non soltanto da ciò che sono, "ma anche da ciò che sono considerati essere, da un *essere percepito* che, pur dipendendo strettamente dal loro essere, non è mai totalmente riducibile al esso"[1501], il diritto del lavoro ha perpetuato sul piano del dover essere questa percezione traducendola in una sorta di "proprietà distintiva" del lavoratore subordinato, collegata al suo "status"[1502].

## 2. La soggettivazione regolativa: mito o realtà?

Benchè ancor oggi la visione weberiana possa dirsi dominante nella rappresentazione giuslavoristica della libertà contrattuale[1503], l'evoluzione delle società democratiche in senso personalistico, unitamente alla crisi di una prospettiva di un ordinamento socialistico che ideologicamente rifiuta la coercizione, consentono di riguardare in filigrana, e con una luce parzialmente nuova, la questione dell'autonomia e della autorità garantite dall'ordinamento giuridico nella società contrattuale.

Un fascio di cambiamenti interessano, anzitutto, l'impresa industriale capitalistica, che nella sua evoluzione postfordista sembra poggiare sempre meno sulla "disciplina" e sulla coercizione autoritaria[1504], benchè i macro-modelli degli "imperi" e delle "piramidi" siano ampiamente presenti anche nell'attuale fase neocapitalistica[1505], peraltro caratterizzata da una pervasiva "programmazione" dei comportamenti anche al di fuori del lavoro propriamente subordinato[1506]. Ma un mutamento fondamentale sembra riguardare il paradigma sociale nel suo complesso, che dopo l'eclissi del soggetto tipica della cultura postmoderna, si ri-fonda proprio sul soggetto: non più un soggetto astratto ma concreto, costituzionalizzato[1507] e "impregnato di un vissuto culturale e

[1499] A. Honnet *L'idea di socialismo. Un sogno necessario*, Feltrinelli, Milano, 2016, p. 39
[1500] M. Weber, op. cit., p. 87
[1501] P. Bourdieu, *Il senso pratico*, Armando Editore, Roma, 2005, p. 210.
[1502] Cfr. B. Veneziani, *The Evolution of the Contract of Employment*, in B. Hepple (ed.), in *The Making of Labour Law in Europe*, Mansell Publishing Limited, London and New York, 1986, p. 33, che, proprio con riferimento all'ideologia della libertà contrattuale sottolinea come "the movement from status to contract was never completed".
[1503] Cfr. G. Davidov, *A purposive approach to labour law*, cit., p. 52 ss e p. 66 ss.
[1504] La letteratura è vastissima. Mi limito qui a rinviare a A. Grandori, *10 tesi sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 2015, la quale, da non giurista, si spinge a definire il contratto di lavoro nei termini di "contratto di associazione continuativa di risorse dedicate, e parla di una diversa distribuzione dei "diritti di decisione"; nella giuslavoristica italiana cfr. B. Caruso, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in A. Perulli, a cura di, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, Kluwer-Cedam, Milano, 2016, p. 236 ss.
[1505] P. Perulli, *Dopo il capitalismo*, in A. Perulli, a cura di, *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Kluwer-Cedam, Milano, 2018
[1506] Cfr. A. Supiot, *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999.
[1507] Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012

identitario che diviene canale mediante cui veicolare i valori fondanti dell'ordinamento giuridico"[1508].

In questa nuova dimensione della soggettività il tema weberiano della libertà contrattuale assume un'inedita valenza razionalizzatrice: da un lato perché si insinua, fra le maglie di una concezione dell'impresa e dei rapporti di produzione sicuramente irriducibile allo schema novecentesco della gabbia d'acciaio, quella che già Weber indicava come una possibile "differenziazione qualitativa" della coercizione e della sua distribuzione tra i soggetti di volta in volta partecipanti alla comunità giuridica[1509]; dall'altro perché la soggettivazione, una volta incardinata entro coordinate giuridico-sistematiche che hanno ricondotto l'organizzazione capitalistica del lavoro a principi assai più democratici di quelli che aveva in mente l'Autore di *Economia e Società*, non necessariamente rispecchia lo schema del *coactus voluit*, e soprattutto diventa un possibile veicolo alternativo (rispetto alle forme di regolazione eteronoma) per la penetrazione, anche nel rapporto di lavoro, di valori e diritti al contempo individuali e universali[1510].

La soggettivazione può rappresentare quindi un orizzonte regolativo in parte affrancato dai rischi di una dominazione attuata per il tramite dell'autonomia negoziale, tipica degli schemi di autorizzazione descritti da Weber; al contrario, essa, se correttamente veicolata e funzionalizzata da dispositivi normativi, dovrebbe costituire un vettore di appropriazione e rafforzamento delle capacità individuali, della difesa del sé identificata con la soddisfazione dei bisogni del soggetto e l'incremento delle sue "capacità" intese come una specie di libertà sostanziale di acquisire combinazioni alternative di funzionamenti[1511]. Questa rinnovata attenzione verso la libertà del soggetto è del resto una costante della riflessione filosofico-giuridica critica di matrice post-positivista. Un giurista del calibro di Franz Neumann, mezzo secolo prima della teoria di Sen sulle *capabilities*, scriveva che i diritti civili sociali sono indispensabili per la realizzazione della libertà, ma che essi non esauriscono tutta la libertà, essendo semplicemente uno dei suoi elementi: "la libertà è qualcosa di più che la difesa dei diritti contro il potere, implica anche la *possibilità di sviluppare a pieno le potenzialità dell'uomo*"[1512]. Questa visione della libertà come libertà individuale non solo dalla coercizione (libertà negativa) ma anche come facoltà di agire in conformità ai propri interessi (libertà positiva) consente di rileggere in termini più articolati il tema dell'intervento regolativo eteronomo e delle sue finalità, che riguardano più la *protezione* tutoria del lavoratore (la sua libertà negativa) e meno la *promozione della sua posizione di parte contraente capace di negoziare in termini di parità* (la sua libertà positiva). Tanto che, con conclusione anticipatrice dei temi qui trattati, un'acuta dottrina ha scritto che solo la democratizzazione del lavoro e la partecipazione cooperativa del soggetto nel controllo della propria attività potrà dissolvere i vicoli di status e far considerare il lavoratore "*a contractually mature figure in the true sense of the term*"[1513].

---

[1508] M. Ranieri, *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Kluwer-Cedam, Milano, 2017, p.3.
[1509] M. Weber, op. cit., p. 87.
[1510] A. Touraine, *Noi, soggetti umani*, Il Saggiatore, Milano, 2017
[1511] Le opere di Sen dedicate al tema sono molteplici, e riguardano differenti prospettive analitiche. Mi limito qui a richiamare l'opera più recente e conosciuta in Italia, A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano, Mondadori, 2010.
[1512] F. Neumann, *Il concetto di libertà politica*, in Id., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, Bologna, 1973, p. 52.
[1513] B. Veneziani, *The Evolution of the Contract of Employment*, cit., p. 72.

A differenza dell'individualismo liberale classico, che elimina il contenuto sociale del sé e riflette una logica puramente *market oriented*, lo sviluppo della libertà soggettiva di acquisire alternative di funzionamenti non è il frutto della capacità giuridico-contrattuale dell'individuo isolato su un mercato *self-ordering*. L'acquisizione di *capabilities* è il frutto anche del necessario intervento di istituzioni giuridiche, orientate a promuovere lo sviluppo attivo di libertà individuali[1514]. Questa ricerca di una libertà giuridica che non è solo mancanza di coercizione, ma si fonda su diritti civili-sociali necessari come mezzi per preservare la libertà, consente di porre su un piano diverso la consueta dinamica tra fonti eteronome e autonomia privata individuale. Se le prime tendono a realizzare quella che i critici definiscono una "uniformità oppressiva" delle tutele[1515], la seconda esce dallo schema del *coactus voluit*, espressione della libertà nel senso liberale del termine, per divenire mezzo di realizzazione di nuovi diritti sociali promossi dalla legge e negoziati dal lavoratore. Questa prospettiva di valorizzazione regolativa delle capacità individuali ben si attaglia all'idea di soggettivazione neomoderna, che si fonda su una base assiologica forte, e in particolare sull'idea di *dignità* dell'individuo e sull'universalismo dei diritti fondamentali. Infatti, pur rispettosa degli interessi individuali, la soggettivazione non designa tanto l'azione di un attore egoisticamente ripiegato su se stesso, ma riflette soprattutto l'azione penetrante dell'idea di soggetto negli individui, trasformandoli "in attori di cambiamenti liberatori, con l'aiuto di istituzioni a loro volta modificate da leggi ispirate ai diritti umani fondamentali"[1516].

Propongo di definire come *soggettivazione regolativa* quella particolare manifestazione dell'autonomia individuale che si sviluppa entro schemi preordinati dal legislatore al fine di realizzare nel rapporto di lavoro subordinato quei "cambiamenti liberatori" che consistono in un maggior grado di libertà dei soggetti, segnatamente nell'attribuzione di nuove capacità individuali e di effettive alternative di funzionamenti in capo alla parte tradizionalmente "debole" del rapporto. Rispetto all'autonomia negoziale individuale "classica", del tutto libera da schemi precostituiti e finalizzata a realizzare, entro i limiti posti dalla legge (art. 1322, co.1, c.c.), il regolamento contrattuale, con la soggettivazione regolativa l'accordo è finalizzato ad uno scopo specifico, funzionale all'acquisizione di libertà sociali, espressione concreta dei diritti fondamentali in capo al prestatore: queste posizioni giuridiche soggettive non vengono riconosciute/imposte una volta per tutte attraverso norme generali e astratte, ma si realizzano attraverso patti autorizzati dalla legge in una prospettiva neo-hobbesiana che recupera al contratto di lavoro una dimensione tipicamente relazionale, basata sulla collaborazione e sulla fiducia, sull'investimento in risorse *firm-specific*, sulla valorizzazione del lavoratore in quanto *homo faber* e come non *animal laborans*.

L'approccio qui proposto non intende allinearsi alle (ingenerose) critiche del "paternalismo" con cui il diritto del lavoro ha storicamente tentato di riequilibrare l'asimmetria di potere sociale/contrattuale del rapporto di lavoro, ma a rafforzare la soggettività attraverso una peculiare "tecnologia del sé" [1517] volta a realizzare capacità e acquisire concretamente alternative di

---

[1514] Cfr. S. Deakin, *Capacitas: Contract law, capabilities and the Legal Foundations of the Market*, in S. Deakin and A. Supiot, *Capacitas. Contract law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 1 ss.

[1515] Cfr. A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in MGL, 2011, p. 982 ss.

[1516] A. Touraine, op. cit., p. 104.

[1517] M. Foucault, *L'ermeneutica del soggetto. Corso al Collège de France (1981-1982)*, trad. it. Feltrinelli, Milano; il tema è stato ripreso di recente, in ambito giuslavoristico, da A. Olivieri, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro*, Giappichelli, 2017, p. 209, con riferimento alle tecniche regolative per mezzo delle quali "i disoccupati, oltre a rispettare delle regole di comportamento, cercano di modificare se stessi, il loro grado di occupabilità".

funzionamenti, sia nel rapporto di lavoro sia nella vita extra-lavorativa. In altri termini, la soggettivazione regolativa non esclude le tradizionali forme giuridiche di riallineamento delle posizioni giuridiche soggettive nei contratti incompleti e asimmetrici (come il contratto di lavoro subordinato o il contratto del consumatore), ma si spinge oltre per garantire ai soggetti che partecipano al mercato libertà sostanziali e adattive, grazie alle quali realizzare una serie di obiettivi e di attività specifiche soggettivamente prescelte.

Questa tensione verso la creazione di capacità individuali necessita di *vettori istituzionali* in grado di trasformare principi astratti in regole efficaci: nell'approccio neocostituzionale si tratta di rendere effettiva la catena assiologica che lega ai valori i principi e questi alle regole, ossia di realizzare efficacemente la "concretizzazione" dei principi attraverso una norma ulteriore[1518]; nella teoria delle *capabilities* il problema consiste nella traduzione delle preferenze soggettive in libertà sostanziali – vale a dire in capacità individuali – mediante una serie di "fattori di conversione" che operano a differenti livelli[1519]. Tra questi fattori di conversione anche il contesto organizzativo e di vita delle persone, unitamente alle norme sociali e legali, gioca un ruolo essenziale, onde la soggettivazione regolativa promossa e autorizzata dalla legge dovrebbe fungere da *fattore di concretizzazione/conversione* per sostenere la creazione di capacità in capo al lavoratore nello specifico contesto contrattuale e, quindi, per negoziare forme concrete di democratizzazione del rapporto di lavoro.

Obbiettivi della soggettivazione regolativa possono essere, ad esempio: a) più flessibili (nell'interesse del lavoratore) e avanzati modelli di gestione del rapporto di lavoro al fine di accrescere le possibilità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, comprensive, ad esempio, di accordi individuali per adattare la durata e la distribuzione dell'orario di lavoro onde permettere una migliore conciliazione tra vita personale, famigliare e lavorativa; b) modalità espressive dei poteri datoriali di direzione, controllo e disciplinare, rispettose non solo dei tradizionali limiti esterni ma anche funzionali ad una più ampia libertà del soggetto nell'esecuzione della prestazione, nell'organizzazione del proprio lavoro, nella realizzazione di un'autoregolazione spazio-temporale finalizzata alla gestione dei tempi sociali; c) scelte consapevoli di percorsi professionali, cui far corrispondere adeguati impegni formativi da parte dell'impresa, funzionali ad un miglioramento della qualità della vita e all'acquisizione di diverse professionalità, non necessariamente incrementali rispetto a quelle già acquisite ma comunque genuinamente volute dal soggetto in ragione di propri e singolari ordinamenti di preferenze. La soggettivazione regolativa dovrebbe, insomma, fare parte di un progetto sistemico consistente nel *promuovere la libertà sostanziale nel lavoro* e nel far sì che ciascun soggetto possa realizzarsi al meglio nello svolgimento di compiti utili a sé e agli altri[1520]. Nell'attuale contraddittoria fase di cambiamento del diritto del lavoro, dei suoi livelli di tutela, dei suoi stessi obiettivi (se non dei suoi "valori"), la soggettivazione regolativa può quindi rappresentare un utile strumento euristico per dotare di senso la disciplina giuslavoristica, in una direzione che possa far confluire gli sforzi di ridefinizione di una "cittadinanza sociale" sempre più minacciata dalla decostruzione dei diritti e delle solidarietà tipiche dell'era industriale[1521].

---

[1518] Cfr. *ex multis* G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Eiunaudi, Torino, 2014; in una prospettiva giusprivatistica C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, 2017.

[1519] Cfr. ad es. A. Sen, *La disuguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 1994.

[1520] Cfr. A. Supiot*, Préface à la seconde édition (2016)*, in A. Supiot, sous la direction de, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Paris, 2016, p. XXIX.

[1521] Cfr. A. Supiot, *En guise de conclusion: la capacité, une notion à haut potentiel*, in S. Deakin, A. Supiot, Capacitas. *Contract Law and the Insitutional Preconditions of a Market Economy*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 162.

## 3. Le implicazioni sistematiche della soggettivazione.

Prima di domandarsi se questa nuova tendenza possa rappresentare l'indice di un effettivo incremento della libertà sostanziale del soggetto, ovvero se, indipendentemente dal significato che ad essa si voglia assegnare, la soggettivazione regolativa continui a costituire, *di fatto*, un'imposizione unilaterale della parte che detiene maggior potere sul mercato, è opportuno svolgere ancora alcune considerazioni preliminari, per cogliere appieno le implicazioni (ideologiche, valoriali, metodologiche) che questa tendenza sembra suggerire all'interprete.

Si deve anzitutto ricordare che la rilevanza della *lex contractus* nell'ambito dei rapporti di lavoro è parte di un lungo percorso storico, che risale addirittura agli albori del diritto del lavoro, benchè il tema della "riscoperta dell'individuo" (o meglio del soggetto) emerga nel nostro sistema in anni più recenti, sulla scorta, peraltro, di sollecitazioni provenienti dalla dottrina tedesca[1522], e venga oggi riproposta all'attenzione dell'interprete nel solco di una cultura neomoderna, che mira a rilanciare il soggetto come referente ineludibile delle scienze sociali, tanto per le questioni etico-politiche, quanto per gli aspetti socio-economici[1523].

Molteplici sono le possibili valenze di una simile prospettiva regolativa: da un lato è pertinente richiamare la risalente dialettica tra il diritto del lavoro e il diritto privato, caratterizzata da una divergenza strutturale delle rispettive logiche normative per quanto concerne la rilevanza dell'autonomia negoziale nella programmazione negoziale che definisce un determinato assetto degli interessi[1524]. Da un altro lato il tema si collega direttamente alle esigenze di de-standardizzazione della regolazione afflitta da un sovraccarico regolativo eteronomo, e quindi inadatta a rispecchiare la complessità sociale, che invece l'autonomia soggettiva potrebbe, in ipotesi, riflettere. Ma non basta, perché la valorizzazione dell'autonomia individuale richiama sia gli argomenti a favore di una flessibilità organizzativa disciplinata direttamente dai soggetti del rapporto di lavoro, al di fuori della colonizzazione eteronoma di matrice collettiva, sia la ricorrente contesa, riaccesasi nelle fasi a noi più recenti, che oppone alla visione del lavoratore-contraente debole, incapace di affermare singolarmente e di garantire contrattualmente i propri interessi, quella di un soggetto emancipato, maturo, in grado di autopromuovere negozialmente un assetto regolativo conforme alle sue personali e mutevoli esigenze; tesi, quest'ultima, alla quale si risponde – con Weber, ma anche, e soprattutto, con Marx - che la valorizzazione dell'autonomia individuale, lungi dal rispecchiare una trasformazione antropologica del diritto del lavoro, risponde in realtà al disegno ideologico neoliberale che impiega il neo-contrattualismo nella sua "dimensione originaria di strumento di rappresentanza e garanzia della legge del più forte"[1525]. Il tema evoca poi questioni ancor più complesse, che trascendono il perimetro del diritto del lavoro per cogliere nel moderno neo-contrattualismo il riconoscimento dell'autonomia individuale quale forma privilegiata di regolazione dei rapporti sociali, nel quadro dei mutamenti epocali prodotti dalla globalizzazione e connotati da deterritorializzazione dell'economia e crisi della funzione regolativa

[1522] S. Simitis, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in Gior. Dir. Lav. Rel. ind., 1990, p. 87 ss.
[1523] R. Mordacci, *La condizione neomoderna*, Einaudi, Torino, 2017; R. Clarke, *Omission. Agency, Metaphysics, and Responsibility*, OUP, Oxford, 2014; C. Korsgaard, *Self-Consitution. Agency, Identity, and Integrity*, OUP, Oxford, 2009.
[1524] Sia consentito il rinvio a A. Perulli, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in Riv. It. Dir. Lav., 2007, I, p. 427 ss.
[1525] N. Castelli, *Il contrattualismo nel diritto del lavoro tra aspirazioni di emancipazione e riscatto e mercificazione del lavoro*, in A. Perulli, a cura di, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, Kluwer-Cedam, Milano, 2016, p. 321.

dello Stato-nazione, fenomeni che, a loro volta, stanno alla base della crescita dei regimi privati e autonomi di regolazione[1526].

È tempo quindi che il diritto del lavoro torni ad interrogarsi sulla sua dimensione singolare-individuale, affrontando senza pregiudizi il tema della soggettivazione regolativa alla luce della considerazione che il soggetto sta acquisendo nel mondo contemporaneo; una considerazione per molti versi inedita, che orienta significativamente la ricerca filosofica e quella delle scienze sociali apertamente schierate nell'affermare la centralità del soggetto quale agente "attivo, critico, certamente immerso in reti sociali complesse e condizionanti ma dotato di un potere decisionale forse minimale ma irriducibile"[1527].

L'emersione diretta del soggetto nella sfera regolativa del diritto del lavoro verrà dapprima riletta nella prospettiva delle origini, ove l'autonomia individuale è il principale *medium* per legittimare l'assoggettamento personale del lavoratore al datore di lavoro, e poi nell'ambito di due campi normativi recentemente posti all'attenzione dell'interprete: la nuova disciplina delle mansioni e la nozione di subordinazione nel lavoro agile, particolarmente sensibili alla valorizzazione di una diversa funzione dell'autonomia individuale, nella direzione di una soggettivazione regolativa che aumenta la libertà del prestatore per fargli acquisire nuove combinazioni di funzionamenti.

Sullo sfondo permane, comunque, la consapevolezza di quanto delicata sia la tematica del soggetto e della sua autonomia negoziale nel diritto del lavoro; onde non può certo eliminarsi l'interrogativo se la prospettiva di soggettivazione riproduca il rischio di un'ideologia a sostegno del potere[1528], ovvero se rispecchi l'anelito verso una ripresa di realtà del soggetto in funzione della realizzazione attiva e consapevole delle sue libertà/opportunità di scelta[1529].

## 4. La funzione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro.

È noto che, secondo una consolidata opinione, il contratto individuale di lavoro rappresenta per il prestatore lo strumento più debole di realizzazione dei propri interessi. È ancora utile leggere al riguardo, sia il quarto capitolo del libro primo del Capitale, in cui il libero contratto di lavoro viene rappresentato come lo strumento giuridico con cui le parti si incontrano sul mercato del lavoro, l'una – il capitalista – "sorridente con aria d'importanza e tutto affaccendato", l'altra – il lavoratore – "timido, restio, come qualcuno che abbia portato al mercato la propria pelle e non abbia ormai da aspettarsi altro che la...*conciatura"*; sia il secondo capitolo della Sociologia del diritto richiamata in apertura di questo scritto, ove Weber, riferendosi allo sviluppo delle relazioni ordinate giuridicamente verso la società contrattuale, e segnatamente verso "un'autonomia di autorizzazione regolamentata mediante schemi giuridici", afferma come essa venga solitamente caratterizzata come "una diminuzione di vincoli e un aumento di libertà individualistica", senza, tuttavia, alcuna garanzia "che queste possibilità formali siano di fatto accessibili a tutti".

---

[1526] Su questi temi cfr. in particolare G. Teubenr, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando editore, Roma, 2005, p.61.
[1527] Mordacci, op. cit., p. 89
[1528] A. Touraine, op. cit., p. 109
[1529] M. Nussbaum, *Creare capacità*, Il Mulino, Bologna, 2012; sui nessi tra libertà e volontà nel diritto del lavoro, cfr. il breve ma denso saggio di A. Lyon-Caen, *Liberté et volonté*, in T. Sachs, sous la direction de, *La volonté du salarié*, Dalloz, Paris, 2012, p. 3 ss.

La lettura weberiana della libertà contrattuale ben si attaglia alle concezioni giuridico-formali di cui si nutre il diritto del lavoro così come costruito dai suoi interpreti nella fase nascente, in conformità all'ideologia liberale: una dimensione riconducibile allo schema "privato-individuale", laddove nel *privato* si condensano le "componenti basiche" riconducibili all'autonomia negoziale privata, mentre l'*individuale* connota la "fonte" dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro. In questo contesto "la presenza della componente pubblicistica è modesta e la dimensione collettiva affiora a stento"[1530], onde l'assoluta prevalenza della coppia-privato individuale si basa su molteplici fattori.

Da un lato è la stessa filosofia giuridico-politica dell'epoca a privilegiare la libera iniziativa dei soggetti sul mercato, in conformità al principio del *laisser-faire* che incarna un'idea di libertà tipica della governamentalità liberale. In tal prospettiva lo Stato, potenziale fonte di interferenze indesiderate per gli attori economici, evita di intervenire nella regolazione dei rapporti di lavoro, lasciando ampio spazio all'autonomia privata individuale. La "meccanica degli interessi" tipica del liberalismo si traduce in un peculiare rapporto tra autonomia dei privati e ordinamento giuridico, tale da valorizzare la rilevanza dell'autoregolamento degli interessi, onde l'intento tipicamente perseguito dalle parti si coniuga armoniosamente con la funzione giuridica del negozio, identificata nella sua causa[1531].

Dall'altro lato, il modello privato-individuale trova la sua primaria giustificazione nella necessità di ricondurre allo schema logico-giuridico del diritto dei contratti - e quindi all'autonomia privata delle parti - un rapporto che, alle sue origini, non poteva trovare altra collocazione se non ricorrendo allo scacchiere tipologico del codice civile ottocentesco, che dedicava al *facere* personale solo pochi articoli sotto la rubrica della "locazione delle opere", e i cui materiali normativi di risulta non erano altro che le norme civilistiche sulla *locatio*.

La c.d. legislazione sociale, di matrice protettiva-eteronoma, rappresentava in questa fase l'eccezione che conferma la regola: ponendosi quale limite all'autonomia negoziale privata, le norme sul lavoro delle donne e dei fanciulli, sull'orario di lavoro, sul riposo settimanale, sull'assicurazione per invalidità e vecchiaia, per la maternità[1532], sono forme di assistenzialismo autoritario volto a stabilizzare i rischi derivanti da un eccesso di libertà dei processi economici; un meccanismo di regolazione omeostatica del sistema, condizione stessa del liberalismo, affinchè quella libertà non si traducesse in "un pericolo per le imprese, o per i lavoratori"[1533]. Come dire, insomma, che è la stessa legittimazione di un assetto di potere squilibrato all'interno dell'impresa a richiamare la soluzione, anche giuridica, dei problemi sociali derivanti dalle "esternalità negative" che l'organizzazione del lavoro capitalistico comportava, onde gli interventi correttivi dell'autorità statuale non si ponevano in contraddizione ma, anzi, risultavano del tutto coerenti con i postulati del liberalismo, e funzionali alla riproduzione sociale dell'industrialismo e delle sue logiche di potere[1534].

---

[1530] G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1987, p. 56

[1531] Su questi profili cfr. M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, p. 54 ss.

[1532] Cfr. L. Gaeta, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, ESI, Napoli, 1986

[1533] Cfr. M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, 2005, p. 67; v. anche Cazzetta, op. cit., p. 160, il quale, sulla scorta della dottrina tedesca, mette bene in evidenza come l'intervento statale, e in particolare quello relativo alle assicurazioni sociali, fosse concepito come "parallelo" al diritto privato, estraneo alla sua logica e ai suoi principi.

[1534] Cfr. M. G. Garofalo, *Il diritto del lavoro e la sua funzione economico-sociale*, in D. Garofalo, M. Ricci, a cura di, *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci editore, Bari, 2006, p. 129.

In questa prospettiva di governamentalità liberale, il sistema giuridico getta comunque i semi per una successiva emersione di più intense e frequenti limitazioni dell'autonomia privata, in funzione di tutela della persona del lavoratore, che caratterizzeranno la fase corporativa e quella post-costituzionale del diritto del lavoro. Tuttavia, è proprio grazie all'originario impianto dogmatico privato-individuale che il diritto del lavoro fornisce la giustificazione delle due più rilevanti caratteristiche basiche della nascente disciplina: da una parte la regolamentazione unilaterale delle condizioni e dell'organizzazione del lavoro attraverso il regolamento d'azienda, dall'altra la nozione di subordinazione giuridica, concetto cardine dell'intera disciplina. Come dire che è proprio il contratto individuale, e non la legge, il principale veicolo regolativo per realizzare lo status di assoggettamento del lavoratore all'altrui potere, voluto e accettato dal prestatore nell'esercizio della propria libertà negoziale.

### 4.1. Il regolamento d'azienda.

Per quanto attiene il primo profilo, i principi civilistici in materia di autonomia individuale, debitamente interpretati e adattati al caso di specie, hanno rappresentato l'escamotage tecnico-giuridico per legittimare un modello sostanzialmente autoritario di regolamentazione del rapporto di lavoro tramite clausole unilateralmente predisposte che integrano il contratto e governano il relativo rapporto. Esemplare di quelle "limpide geometrie ordinanti e semplificatrici" tipiche della dogmatica privatistica[1535], la materia del regolamento aziendale, pur di fatto imposto ad un contraente che rimane "libero di accettare o rifiutare quei regolamenti, con l'accettare o no l'impiego"[1536], mobilita in funzione legittimante il "consenso tacitamente espresso da parte della società con pubblicare e non revocare il regolamento *e da parte dell'impiegato con l'accettare la nomina senza riserva alcuna*". La mancata presa visione delle clausole regolamentari da parte del prestatore neppure rappresenta, secondo i giuristi dell'epoca, un ostacolo alla tesi del tacito consenso di quei patti, chè "basta il sapere che esistano, e la volontà di aderirvi in massima", onde, dal momento che "la discussione di quei patti non è ammessa può anche bastare questa pura adesione generica"[1537]; e di tale dogmatica si avvalevano anche i collegi dei probiviri, i quali esigono che gli avvisi-regolamenti siano conosciuti dall'operaio ma ammettono che l'accettazione può ricavarsi da semplici presunzioni, se gravi, così come accade nel caso in cui il prestatore, pur essendo in grado di protestare, tacesse, ponendo in essere un comportamento di vera acquiescenza[1538]. Come dire che in questa "incompletezza" *ante litteram* di un contratto di lavoro "quasi sempre verbale, molte volte monosillabico"[1539], la *lex dicta* che governa il rapporto non è solo quella espressamente determinata dalle parti, ma anche quella determinabile (*ex* art. 1117 del c.c. previgente) in chiave espansiva del vincolo obbligatorio, rispetto alla quale – come scrive Barassi – l'indeterminatezza non nuoce ed è "inutile un nuovo accordo tra le parti, esistendo già attualmente un criterio oggettivo cui si ricollega dalle parti la ulteriore determinabilità del contenuto del complesso rapporto obbligatorio"[1540].

---

[1535] Cfr. L. Gaeta, *"La terza dimensione del diritto": legge e contratto collettivo nel novecento italiano*, in Dir. rel. ind., 2016, p. 589.
[1536] L. Barassi *Il contrato di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libraria, Milano, 1901, p. 452
[1537] L. Barassi *Il contrato di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 453
[1538] Cfr. E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, Bertero, 1906, par. 5 – Regolamento di fabbrica.
[1539] U. Romagnoli, *Probiviri, brava gente*, in *Enrico Redenti. Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1995, p. 26
[1540] L. Barassi *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 455

### 4.2. La subordinazione.

Quanto al secondo e ancor più rilevante profilo di rilevanza dell'autonomia privata individuale, è per mezzo del contratto di lavoro, e non tramite fonti eteronome conformative dell'assetto di interessi delle parti, che si attua l'imputazione al datore di lavoro del potere di direzione e controllo, il quale, scriminando il lavoro salariato da quello autonomo, giustifica la piena subalternità del lavoratore all'organizzazione del lavoro predisposta dall'imprenditore. Nella costruzione barassiana ciò che rileva, ai fini di identificare la scaturigine della subordinazione, è proprio il "volontario accordo di due parti che liberamente pattuiscono", mentre il diverso piano in cui si attua "l'ingerenza" e la "sovrapposizione per parte dello Stato" svolge una funzione "essenzialmente integratrice", che mira "a riparare alle ineguaglianze di fatto cui si addiviene necessariamente con l'applicazione illimitata del principio astratto dell'uguaglianza giuridica"; con tale intervento eteronomo, infatti, "si temperano certe asprezze di un sistema talora troppo rigidamente individualista come è quello che dalla filosofia del secolo XVIII è passato nella rivoluzione francese e in qualche parte nel codice Napoleone"[1541]. Ed è ancora il contratto, e non fonti eteronome, che definiscono "i limiti" del godimento diretto della prestazione da parte del datore di lavoro "a suo talento"[1542], in ciò gettandosi le basi concettuali di quelli che, in epoca successiva, si connoteranno come limiti contrattuali al potere direttivo dell'imprenditore mediante strumenti tipicamente inerenti alla logica privatistica, vale a dire le clausole generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto (Zoli, Tullini).

È un soggetto "libero ed eguale" quello che *volontariamente* si assoggetta al potere direttivo del datore di lavoro: l'obbligarsi a svolgere la propria opera all'altrui servizio (art. 1627, co. 1, c.c.) è espressione di un "elemento volitivo" del programma negoziale volto ad escludere l'applicazione della disciplina tipica della *locatio operis*[1543]. In questa volontarietà della subordinazione risiede quella contraddizione fondativa del diritto del lavoro, individuata da Alain Supiot nella sua *Critique*, tra "l'idée de contrat, qui postule l'autonomie des parties, et l'idée de subordination, qui exclut cette autonomie", e da questa tensione originaria nascerà la tendenza a trasfigurare sul terreno dell'autonomia collettiva "l'autonomie qui ne pouvait être édifiée sur le terrain individuel, et à rendre ainsi juridiquement compatibles la subordination et la liberté"[1544].

L'antinomia profonda del diritto del lavoro delle origini risiede dunque in ciò, che per formalizzare un rapporto di soggezione, in cui una parte acquisisce il controllo sull'altra, è necessaria la volontarietà dell'agire – "*volere è volere agire*", scrive Simone Weil[1545]- , ma da tale volontarietà dell'assoggettamento non scaturisce per il lavoratore alcuna *facultas agendi* bensì, al contrario, una rigorosa limitazione della sua libertà di autodeterminazione, funzionale all'interesse dell'impresa; e da tale condizione di subordinazione della *persona* - come soggetto che "fa parte dell'organizzazione di lavoro"- deriva, di rimando, la necessità di tutela della *libertà* e della stessa personalità del lavoratore[1546]. Seppur in modo *paradossale*, chè la protezione della libertà del soggetto si attua attraverso la riduzione della sua autonomia negoziale, il circolo in tal modo si chiude, onde

---

[1541] L. Barassi, *Il contrato di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 11
[1542] L. Barassi, op. cit., p. 29
[1543] Cfr. L. Castelvetri, *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, in Trattato di diritto del lavoro, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. Persiani, Cedam, 2010, p. 52
[1544] A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2011, p. 109
[1545] S. Weil, *Un'antinomia del diritto*, in Primi scritti filosofici, Marietti, 1999, p. 217
[1546] M. Persiani, op. cit., p. 28 s.

dalla volontarietà della subordinazione scaturisce non solo la posizione di soggezione al potere ma, al contempo, l'esigenza di limitare l'autonomia privata al momento della conclusione del contratto e l'apposizione di limiti alle prerogative datoriali. Si tratta, a ben vedere, della medesima logica che informa l'idea di eguaglianza come declinata nell'ambito del rapporto di lavoro: da un lato essa fonda l'autonomia negoziale nella misura in cui, essendo tutti i cittadini eguali, non sono ammissibili vincoli di status e il soggetto può essere vincolato solo da ciò che ha liberamente voluto nell'ambito della prioria libertà negoziale, dall'altro, preso atto della diseguaglianza sostanziale delle parti, il sistema giuridico predispone norme che limitano l'autonomia negoziale al fine di promuovere una maggiore eguaglianza tra le parti[1547]. Come dire, insomma, che la dialettica tra eguaglianza formale e sostanziale si riproduce nella dialettica tra libertà formale (quella libertà che consente sul piano giuridico formale di decidere liberamente il proprio assoggettamento al potere altrui) e libertà sostanziale (quella libertà che nasce dalla negazione dell'autonomia privata individuale, a tutela dei diritti della persona del lavoratore).

## 5. Dalla prospettiva costituzionale alla crisi della norma inderogabile.

Sarà proprio questa dialettica a caratterizzare l'evoluzione storica del diritto del lavoro nel corso del novecento. Ormai acquisita la dimensione della libertà formale – di talchè si soddisfa, mediante la volontarietà della subordinazione, l'effetto di organizzazione funzionale all'esigenza dell'impresa – la legislazione tende a caratterizzarsi in senso protettivo, e quindi limitativo dell'autonomia privata individuale, con una netta prevalenza della coppia pubblico-collettivo nella fase della normazione corporativa, e di quella privato-individuale e pubblico-individuale nella fase post-costituzionale e, soprattutto, statutaria[1548]: ove l'individuale non indica un elemento di valorizzazione dell'autonomia negoziale del lavoratore, quanto un potenziamento dei suoi diritti soggettivi di cui il contratto è mero veicolo, trovando nella norma inderogabile di legge e di contratto collettivo la loro fonte.

La garanzia specifica del lavoratore quale "cifra" riassuntiva di una Costituzione che fonda la Repubblica sul valore del lavoro si traduce naturalmente in una *limitazione dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, come la più accorta dottrina degli anni '50 ha messo in evidenza, sottolineando la sempre più accentuata tendenza del rapporto di lavoro a "distaccarsi dalla sua tradizionale fonte contrattuale sia con riferimento al momento della sua genesi, sia – e questo è il punto che qui maggiormente interessa – con riferimento alle varie fasi del suo svolgimento"[1549].

Il processo si progressiva svalutazione dell'autonomia privata individuale si attua in due principali direzioni.

La prima, relativa all'agire del datore del lavoro in quanto imprenditore, si realizza attraverso la previsione di condizionamenti legali all'iniziativa economica, la quale, pur se libera, implica dei limiti (art. 41, co. 1 Cost.) e delle funzionalizzazioni (art. 41, co. 2, Cost.) che incidono sul "come" di singoli atti, concorrendo a "determinare lo schema causale e, perciò, restringendo la sfera di

[1547] Cfr. M. G. Garofalo, *Le ambiguità dell'eguaglianza*, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 2004, p. 115.
[1548] G. Ghezzi, U. Romagnoli, op. cit., p. 58
[1549] U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Giuffrè, 1955, p. 9.

efficacia della volontà dell'autore"[1550]. È questa, in realtà, la parte meno attuata del progetto costituzionale: la prefigurazione di una nuova economia del domani si tradurrà in realtà – per usare le parole di un grande storico dell'economia – in una politica economica che "sente i nostalgici richiami di un liberismo incondizionato, ma ne comprende l'inattualità; che non esclude le socializzazioni, ma non è disposta a impegnarsi troppo; che vuole accontentare i lavoratori senza scoraggiare i capitalisti"[1551]. Di talchè il progetto fondato sui limiti costituzionali all'autonomia privata finisce per rifluire in un più modesto e arretrato letto di Procuste costituito dai "detriti corporativi" di cui il diritto del lavoro era ancora intriso e cosparso, perdendo, quindi, quel ruolo propulsivo che la Costituzione gli assegnava; mancando quindi all'appuntamento "coi momenti di svolta possibili" e preferendo rimanere arroccato nella difesa del suo "querulo passato"[1552].

La seconda direzione, che rappresenta a ben vedere un effetto del fallimento della prima, riguarda il "garantismo statico", che valorizza al massimo l'inderogabilità della normativa di tutela, la loro imperatività e l'indisponibilità dei diritti che ne derivano. L'inderogabilità, in particolare, quale connotato specifico della legislazione giuslavoristica, rappresenterà la chiave di volta di un sistema che progressivamente tenderà a svalutare i margini di manovra della volontà individuale del prestatore in ragione dell'acclarata congenita e tipizzata posizione di debolezza (o assenza di potere contrattuale) del prestatore; una debolezza che lungi dal connotarsi in guisa differenziata e transeunte sulla base di mutevoli evoluzioni del mercato affonda le radici in "una diversa collocazione dei rispettivi soggetti nella stratificazione fondamentale dicotomica della società (quella che eleva a criterio discriminante il possesso dei mezzi di produzione)"[1553].

È evidente come questa prospettiva abbia condannato inesorabilmente il diritto del lavoro ad un'auto-narrazione come "diritto del contraente debole", fondato su una visione antropologica del lavoratore dimidiato e perciò impossibilito ad esprimere, attraverso la propria volontà, un progetto esistenziale *singolare*, di effettiva realizzazione di sé nell'esperire vivente del lavoro[1554]. L'intervento dell'inderogabilità come categoria connotante la disciplina del diritto del lavoro si attua disponendo proprio la compressione dell'autonomia individuale, ossia mediante una "sottrazione della norma, sia essa di fonte legale che di fonte collettiva … ad ogni possibile *soggettivizzazione tramite accordi individuali*"[1555]. Ciò che si vuole impedire con l'effetto di inderogabilità è proprio la "microderegolazione", tramite un potere dispositivo del singolo lavoratore, su materie che disciplinate in modo oggettivo e uniforme[1556], lasciando spazio all'autonomia individuale di determinarsi, nei suoi rapporti con le fonti eteronome, solo per stabilire deroghe *in melius*.

---

[1550] U. Natoli, op. cit., p. 107

[1551] F. Caffè, *Periodo di attesa*, in Ec. e comm., 1945, p. 86.

[1552] È il lapidario giudizio di G. Ghezzi, U. Romagnoli, op. cit., p. 18

[1553] R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1976, p. 54

[1554] Come ricorda M. N. Bettini, *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 4, "tutto quello che ruota intorno alla manifestazione di volontà del lavoratore è guardato attraverso il filtro del presupposto squilibrio dei contraenti e in particolare della debolezza del prestatore di lavoro in ragione del quale l'intento volitivo del medesimo non risulterebbe mai pienamente libero, essendo condizionato dall'assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro e, in generale, dal timore di rappresaglie da parte di quest'ultimo".

[1555] M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in Dir. lav. rel. ind., 1991, p. 469 (corsivo mio).

[1556] Da cui il "mito" dell'uniformità della legge: cfr. A. Bouilloux, *La loi ou le mythe de l'uniformité*, in J.-M. Béraud, A. Jeammaud, sous la direction de, *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, 2006, p. 7 ss.

Se quindi il diritto del lavoro "maturo" ha privilegiato le fonti eteronome, sancendone la netta supremazia rispetto alla fonte individuale riferita ai destinatari della disciplina sul presupposto che solo attraverso la negazione della libertà formale di contrattazione individuale si potesse realizzare effettivamente lo schema di regolazione apprestato dalla legge e dalla contrattazione collettiva, il lungo periodo evolutivo che dalla crisi degli anni '70 conduce ai nostri giorni vede un lento, ma inesorabile ampliamento degli spazi concessi alla autonomia individuale, a discapito dei modelli sperimentati nella fase precedente, basata sul rigido paradigma della norma inderogabile. Ciò che si trasforma, inizialmente in modo quasi impercettibile e poi sempre più significativo, è il rapporto tra interessi individuali e interessi collettivi, in cui la preminenza dei secondi sui primi cede progressivamente il passo (o comunque convive con) nuove domande di auto-identificazione e di auto-affermazione degli interessi individuali "che si sentono ingiustamente sacrificati sull'altare di impalpabili interessi collettivi"[1557]. In questo contesto di riscoperta dell'individuo, non può che venire messo in discussione il monolitico orientamento dottrinale relativamente alla struttura intangibile, se non *in melius*, ad opera del singolo lavoratore, delle norme di legge e di contratto collettivo, sul presupposto – indefettibile nella teoria dell'inderogabilità – dell'indisponibilità dei relativi diritti in ragione dei limiti posti dall'ordinamento all'esercizio di specifici poteri di autonomia privata[1558]. Non a caso la valorizzazione dell'interesse individuale dei lavoratori rispetto a schemi logico-giuridici di regolazione eteronoma coincide, grosso modo, con la crisi del paradigma dell'inderogabilità, onde può ben dirsi che la riscoperta dell'individuo *in termini regolativi* è giuridicamente possibile – a parte le concrete forme, più o meno "assistite", in cui si realizza la valorizzazione della volontà individuale – a patto che si sancisca il *declino* dell'inderogabilità[1559]. Un declino tanto inarrestabile quanto diffuso, che travalica i confini del nostro ordinamento per candidarsi a comune tendenza dei sistemi europei di diritto del lavoro, come dimostra, ad esempio, la più recente esperienza dell'ordinamento francese, alle prese con una vera e propria crisi della nozione di *ordre public* come criterio guida della legislazione giuslavoristica[1560]. Un declino che, come si è detto, non può che riguardare sia la fonte legale, sia quella collettiva, che si propone trasformata da disciplina inderogabile a "standard normativo", rispetto al quale le parti individuali possano valutare liberamente "se conformarsi alla regola dettata per la generalità o scegliere di concordare individualmente una diversa regolamentazione"[1561].

Come si vede, nella critica del vecchio paradigma è soprattutto la dimensione modulare/flessibile della regolazione il nuovo obiettivo da promuovere, rispetto ad una obsoleta disciplina massificante, utile e giustificabile ai tempi del fordismo, ma sempre più revocabile in dubbio a fronte dei percorsi di soggettivazione che interessano il mondo della vita ancor prima di quello giuridico.

---

[1557] Ghezzi, Romagnoli, op. loc. cit.

[1558] Cfr. M. Palmieri, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 319; sul risalente rapporto tra inderogabilità e indisponibilità cfr. P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in Dir. lav. rel. ind. 2008, p. 423 ss., ove si propone di invertire la consueta logica e "anziché partire dalla norma inderogabile (che a priori è ritenuta tale) verso l'individuazione dei diritti del lavoratore – considerati indisponibili nei limiti relativi dell'art. 2103 c.c.", di procedere "nel senso contrario, cioè dal diritto indisponibile verso l'individuazione della norma inderogabile, meglio imperativa"; e più di recente P. Albi, *Indisponibilità dei diritti, inderogabilità delle norme, effettività dei diritti nel rapporto di lavoro*, in Labor, 2016, p. 179 ss.

[1559] A. Zoppoli, *Il declino dell'inderogabilità*, in Dir. lav. merc., 2013, p. 53 ss.

[1560] T. Sachs, L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée, in Revue de droit du travail, 2017, p. 585 ss.

[1561] A. Maresca, *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo "l'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro")*, in Dir. lav. rel. ind., 2009, p. 109; si veda anche A. Viscomi, *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in Dir. lav. merc., 2012, p. 441 ss.

Tuttavia, questa esigenza di flessibilità, sulla quale la dottrina è sempre più polarizzata, spesso in termini ideologici, non è al centro della riflessione qui condotta. Ciò che rileva nel ragionamento sulla soggettivazione e sulle sue possibili proiezioni regolative non è tanto il consueto refrain sull'omologazione normativa che tanto contrasta con le esigenze di competitività delle imprese, quanto il nuovo focus sul soggetto e sul suo ruolo in una società "giusta", che garantisce una serie di capacità umane comprensive non solo dei beni economici ma anche dei diritti e libertà fondamentali, saldati assieme dal concetto valoriale e normativo di dignità umana. Riaperta l'indagine sul contesto sociale inteso come interazione fra individui e non come risultato di forze impersonali[1562], la *libertà*, come caratteristica del volere delle persone in chiave emancipatoria, torna al centro di visioni progressiste: come nel neo-repubblicanesimo in cui la libertà è intesa come conquista civica, funzionale all'esclusione della dominazione dai rapporti tra i cittadini e tra questi e il poter politico[1563], o nella teoria delle *capabilities*, laddove le situazioni individuali non vengono giudicate sulla base delle risorse e dei beni primari che ciascuno possiede, ma in ragione della libertà effettivamente goduta di scegliere la vita che si ha motivo di apprezzare[1564].

## 6. I percorsi della dottrina.

Ma come si traduce, nel contesto scientifico del diritto del lavoro, questa possibile riscoperta del soggetto, delle sue capacità, della sua progressiva emancipazione rispetto alle forze socio-economicamente sovraordinate? A fronte della ripresa di una soggettività "forte" ed emancipata dal retaggio di una condizione di subordinazione particolarmente pregnante e oppressiva, una parte della dottrina italiana inserisce nel progetto di modernizzazione del diritto del lavoro alla luce dei cambiamenti epocali del sistema economico e sociale nel frattempo intervenuti (globalizzazione economica *in primis*), l'idea di un sistema che consapevolmente accresce gli spazi dell'autonomia individuale. Volendo identificare un momento di rottura, nelle prospettazioni di politica del diritto, del tradizionale disvalore assegnato all'autonomia privata nell'ambito del diritto del lavoro, si può richiamare il Libro Bianco del 2001, vale a dire un progetto di radicale rivisitazione di alcuni "dogmi" del giuslavorismo statutario alla ricerca di una nuova e "moderna" concezione degli assetti della materia. Tra questi dogmi, quello dell'autonomia individuale sostanzialmente negata e ricondotta entro gli angusti schemi di una dinamica derogatoria *in melius* rappresenta sicuramente uno dei punti di attacco del Libro Bianco, nel quale si afferma la necessità di "rivalutare convenientemente il ruolo del contratto individuale … quantomeno con riferimento a singoli istituti o laddove esistano condizioni di sostanziale parità contrattuale tra le parti ovvero anche in caso di specifici rinvii da parte della fonte collettiva". In tal prospettiva il Libro Bianco sottolinea l'esigenza di "modificare l'attuale contesto normativo che inibisce al datore e prestatore di lavoro di concordare condizioni in deroga non solo alla legge ma anche al contratto collettivo, se non entro il limite, sempre più ambiguo, delle condizioni di miglior favore", anche mediante l'impiego di "strumenti regolatori di tipo innovativo" rispetto al paradigma classico di inderogabilità della norma legale e ipotizzando "una gamma di diritti inderogabili relativi, disponibili a livello collettivo o anche individuale". Quanto poi alle tecniche da impiegare per realizzare il progetto in esame il

[1562] Sulla ripresa di realtà del soggetto individuale cfr. R. Mordacci, op. cit., p. 86 ss.
[1563] Cfr. P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government, Clarendon Press, Oxford*, 1997; v. anche Q. Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
[1564] Cfr. A. Sen, *La diseguaglianza*, cit., p. 117.

Libro Bianco riprende tesi e proposte avanzate in sede dottrinale all'inizio degli anni '90, evocando "percorsi a garanzia della effettiva volontà del lavoratore per realizzare una sorta di "derogabilità assistita", secondo meccanismi di certificazione e/o validazione della volontà individuale"[1565] già sviluppati dagli estensori del documento in altre sedi progettuali, come, in particolare, nel c.d. Statuto dei lavori[1566].

Altra parte della dottrina non solo auspica la liberazione del soggetto dai vincoli di una normativa di tutela paternalistica e soffocante, ma ritiene che già lo *ius positum* sia meno fondato sul presupposto della limitazione dell'autonomia negoziale del lavoratore subordinato di quanto si creda, o di quanto si accrediti nella rappresentazione standard della materia. In sostanza ampi spazi di negoziazione individuale sarebbero già nelle mani delle parti con riferimento alla condizioni contrattuali sia nella fase genetica del rapporto, sia nel corso del suo svolgimento, sia per quanto attiene alle modalità attuative della prestazione: basti pensare, per fare degli esempi, alla determinazione del tempo di lavoro (nei limiti imperativi di durata massima), all'individuazione delle mansioni contrattuali, al luogo di svolgimento della prestazione, all'entità e la struttura della retribuzione (salvi i minimi collettivi), alla previsione di obblighi aggiuntivi a carico del datore di lavoro (come la formazione, o i *fringe benefits*), e a molte altre situazioni in cui le parti sono libere di autodeterminarsi discostandosi dal modello previsto dal contratto collettivo e comunque nel rispetto degli standard minimi di tutela.

Il quadro che ne emerge sembrerebbe "profondamente diverso rispetto all'immagine tradizionale – e, peraltro, inesatta fin dall'origine – di un lavoratore abilitato soltanto nella scelta binaria circa la costituzione o no del rapporto, inabilitato per il resto a rilevanti determinazioni ulteriori"[1567]. In un mercato del lavoro in evoluzione e sempre maggiormente caratterizzato da una marcata personalizzazione dell'offerta di lavoro, la tendenza a rileggere le libertà del lavoratore in chiave di autorealizzazione attraverso l'autonomia privata individuale diventa un principio direttivo per lo stesso legislatore; senza escludere l'etero-correzione e l'etero-integrazione da parte di fonti esterne, il principio di autonomia dovrebbe costituire una sorta di garanzia per la tutela giuridica di interessi meritevoli di considerazione da parte del sistema ma non necessariamente valorizzati, o semplicemente ignorati, dalle fonti eteronome nella determinazione dei modelli standard di rapporto di lavoro[1568].

In realtà il percorso in esame non è affatto lineare, e la stessa "genealogia" della riscoperta dell'individuo e della sua capacità regolativa nell'ambito dei rapporti di lavoro può condurre a diverse matrici, non necessariamente esclusive ed escludenti ma anzi ampiamente sovrapponibili. Infatti, la valorizzazione della volontà individuale non può essere letta solo – come vorrebbero i sostenitori più audaci di questa prospettiva liberalizzante – quale definitivo superamento di una visione del lavoratore *capite diminutus*, incapace o eterno minorenne da tutelare. Questa è certamente una componente importante del nuovo corso, da non sottostimare in chiave ortodossa, in quanto è acclarato che il sistema sociale contemporaneo si connota per la ricerca del proprio sé e della libertà della persona di essere dotata di *capacità* e di *alternative di funzionamenti*. Peraltro il

[1565] *Libro Bianco*, p. 35 ss.
[1566] Vedilo nella prima versione in Dir. Lav. rel. Ind. 1999, p. 275
[1567] P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, II, Milano, 2003, p. 25.
[1568] P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit. p. 26.

diritto del lavoro in questa nuova fase è chiamato a prendere atto che non solo esiste il soggetto con le sue preferenze e le proprie aspettative, ma esiste l' "io", vale a dire un'entità mutevole e sempre frammentata, con il quale ci identifichiamo pur coscienti della sua instabilità nel tempo[1569]. A fronte di un "io" complesso e mutevole, come può il diritto del lavoro pretendere di ingabbiare la molteplicità degli interessi cangianti del soggetto in una struttura immutabile, governata da logiche astratte e consapevolmente limitanti la capacità dell'io di evolvere assieme alla regolazione, o meglio *attraverso* una nuova e *singolare* regolamentazione? In questa prospettiva, che come vedremo interessa addirittura le evoluzioni del concetto di subordinazione e delle sue forme (*infra*, lavoro agile), non è forse il diritto del lavoro nel suo complesso a svolgere, attraverso la soggettivazione regolativa, una funzione "civica", vale a dire di valorizzazione di logiche e razionalità altre rispetto a quella, tradizionale, legata alla produzione capitalistica e alla sua legittimazione giuridica?

Ma accanto a questa ragione "antropologica", legata alle evoluzioni della soggettività in uno scenario più complesso di quello del lavoro massificato e standardizzato di novecentesca memoria, è certamente presente un ordine di giustificazioni di matrice economico-organizzativa, che valorizza la logica "industriale" e/o "mercantile" applicata al lavoro e alla produzione[1570]. Una logica che vede nell'autonomia individuale uno strumento funzionale non già all'incremento della capacità dell'individuo bensì ad una nuova e ancor più avanzata forma di assoggettamento del lavoro, ossia di un definitivo superamento, in chiave neoliberale e biopolitica, della regolamentazione eteronoma come fardello dell'economia e del mercato, come "eccesso di interventismo, eccesso di costrizioni e di coercizione"[1571], che viene semplicemente sostituita dal contratto quale *medium* di un potere ancor più invasivo. Non a caso l'autonomia individuale veniva già identificata come antidoto contro l'eccesso di regolamentazione legislativa da Ludovico Barassi, il quale richiamando i "limiti minimi e massimi" posti dalla norma statuale a tutela del lavoratore, paventava il rischio di "uccidere l'industria"[1572], giustificando in tal modo la necessità dell'autorità aziendale mediata, come si visto, dal contratto individuale di lavoro.

Come dire che la soggettivazione regolativa potrebbe costituire, contrariamente alla prospettiva antropologica e civica sopra richiamata, un mero *instrumentum* per la realizzazione del suo contrario, ossia una reificazione del lavoro, una sua neomoderna ri-mercificazione, di cui la libertà individuale di negoziare trattamenti differenziati rappresenta la foglia di fico o, se si preferisce, il cupo mascheramento. Di più: considerato che il diritto del lavoro contiene nel proprio DNA una dimensione sociale-collettiva-solidaristica, proprio l' "isterismo individualista e potentemente antisociale" veicolato dall'autonomia individuale rischia di rappresentare il "tarlo inarrestabile" capace di decostruire la grammatica giuslavoristica di base[1573]. In questa prospettiva la rinascita dell'autonomia individuale, lungi dal rappresentare un progresso di libertà come Weber ipotizzava quale effetto generale della società contrattuale (ma non per il lavoratore) , si rivelerebbe,

---

[1569] Viene alla mente il noto passo di Pirandello: "il dramma per me è tutto qui, signore: nella coscienza che ho, che ciascuno di noi – veda – si crede "uno" ma non è vero: è "tanti", signore, "tanti", secondo tutte le possibilità d'essere che sono in noi".
[1570] Cfr. L. Boltanski, L. Thevenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris, 1991.
[1571] M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 70
[1572] L. Barassi, op. cit., p. 452
[1573] Cfr. L. Zoppoli, *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 356/2018, p. 5

al contrario, forma di una nuova e più penetrante governamentalità neoliberale che punta alla dissoluzione delle categorie giuridiche tradizionali (a partire da quelle di matrice collettiva) nel pensiero "gestionale"[1574], nella valorizzazione della concorrenza individuale tra lavoratori[1575], nella creazione di un mercato del lavoro affrancato dall'idea di *labour consitution* e sempre più governato da un *diritto del mercato del lavoro personalizzato* ma *proprio per questo* - paradossalmente - disancorato da quei valori di tutela della *persona*[1576] che la soggettivazione dovrebbe al contrario non solo promuovere ma assicurare universalmente[1577].

## 7. Soggettivazione e "capacitazione".

Al fondo di questo ambivalente percorso di rivalutazione dell'autonomia individuale permangono, a ben vedere, gli interrogativi già lumeggiati da Weber nel suo grande affresco, in cui si staglia la polarizzazione tra accrescimento della libertà da parte dell'individuo di determinare le condizioni della propria esistenza, ovvero l'accentuazione di una schematizzazione coercitiva dell'esistenza. La valorizzazione dell'autonomia individuale è la premessa per una soggettivazione regolativa consistente in un'effettiva decolonizzazione dell'individuo da forze esterne che limitano la realizzazione, in positivo, del proprio progetto esistenziale nel lavoro e attraverso il lavoro? O si tratta, al contrario, di una subdola e velleitaria attribuzione al soggetto di prerogative che, stante l'ineliminabile asimmetria di potere sociale ed economico tra le parti, mai si tradurranno in una effettiva liberazione del soggetto secondo genuine determinazioni individuali?

Ciò che è sicuro è che se l'attuale fase evolutiva rimette al centro della società l'individuo e le sue capacità, il diritto del lavoro non può arroccarsi nella difesa di modelli legati ad un paradigma del lavoro non più attuale, né, al contrario, può abdicare a riconoscere l'esigenza di tutela del soggetto che, liberato nella sua progettualità individuale, rischia comunque di essere deprivato di una effettiva libertà di scelta (e di capacitazione) a fronte delle dinamiche di dominazione che tutt'ora pervadono i rapporti di lavoro subordinato, e non solo[1578].

Da un lato, quindi, non potrà proseguirsi lungo quella linea immaginaria che separa inesorabilmente il diritto del lavoro (ove impera la categoria dell'indisponibilità dei diritti etero-imposti) dal diritto privato, ossia il regno della sfera privato-individuale (quasi) sempre disponibile dalle parti; dall'altro dovrà riconoscersi che la riscoperta dell'individuo, per non essere una mera mistificazione che prolunga gli impieghi di categorie dogmatiche civilistiche per legittimare di fatto la supremazia imprenditoriale deve coesistere con una base collettiva[1579], quella stessa base che, *mutatis mutandis*, Ludovico Barassi richiamava a proposito dei regolamenti aziendali e del rischio che costituissero un ostacolo al progressivo miglioramento della classe lavoratrice, ravvisando (nel)"la potenza organizzata de' lavoratori che esercitano un sindacato continuo" il "bilanciere che tiene in freno le grandi società e aziende commerciali"[1580].

---

[1574] A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie*, Seuil, Paris, 2009, p. 137
[1575] M. Rigaux, Droit du travail ou droit de la concurrence?, Bruylant, Bruxelles, 2009
[1576] R. Dukes, *The Labour Constitution*, OUP, Oxford, 2014
[1577] Secondo la richiamata prospettiva di A. Touraine, secondo cui la soggettivazione designa il passaggio virtuoso dall'individuo al soggetto, che permette al primo di trasformarsi in "agente".
[1578] A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2015
[1579] Cfr. In tal senso, con riferimento all'esperienza francese, P. Adam, *Faut-il avoir peur de l'individu(alisation)?*, in *13 paradoxes en droit du travail*, sous la direction de Philippe Waquet, Lamy, Paris, 2012, p. 128
[1580] L. Barassi, op. cit., p. 451

Per uscire dal dilemma è quindi necessario tracciare un percorso alternativo *sia* alla chiusura verso ogni possibile valorizzazione dell'autonomia individuale funzionale alla conservazione di un modello regolativo esclusivamente eteronomo/inderogabile in ragione dell'intrinseca debolezza del lavoratore, *sia* all'apertura indiscriminata verso una disciplina rimessa alla volontà delle parti sul presupposto (in parte ideologico) del necessario superamento del "paternalismo" giuslavoristico. La soggettivazione regolativa deve invece basarsi su una rinnovata concezione del rapporto di lavoro, in cui la crisi del sociale non equivale a una deriva individualistica, e la libertà del soggetto non si traduce in una finzione giuridica che legittima la legge del più forte. Al contrario, per usare i concetti-base della teoria delle capacità, la soggettivazione regolativa deve divenire strumento di accrescimento delle *capabilities* del lavoratore, della sua libertà di *agency* e di *well-being*, intendendosi con la prima la libertà di realizzare obiettivi e valori che la persona ha motivo di perseguire, con la seconda la libertà di acquisizione di cose che sono costitutive del benessere individuale, riflessa nell'insieme delle capacità di una persona[1581].

Per attendere a questi obbiettivi di "capacitazione", la soggettivazione regolativa non può essere lasciata alla libertà del volere delle parti, ma deve essere inserita entro coordinate finalistiche, prefissate dal legislatore e garantite dal controllo giudiziale. È in questa prospettiva che si possono leggere le disposizioni dell'art. 2103, co. 6, c.c., e l'art. 18 della legge n. 81/2017 sul lavoro agile, che introducono una nuova modalità di regolazione soggettiva nel cuore delle prerogative di supremazia dell'imprenditore.

Vale rilevare che la prospettiva analitica qui proposta non coincide esattamente con quella secondo cui la limitazione dei poteri imprenditoriali realizzata dalle norme eteronome produce capacità individuali proporzionali alla parziale sottrazione dell'autorità aziendale che la norma dispone[1582]. Le norme di tutela eteronoma, tra cui quelle che limitano le conseguenze di un utilizzo arbitrario del potere, possono essere intese come forme di sostegno della *capacità contrattuale* del lavoratore[1583], ma non come forme di capacitazione individuale nell'ambito del rapporto di lavoro. La creazione di *capabilities* mediante soggettivazione regolativa non è il prodotto - in negativo - di una *limitazione eteronoma* delle forme di abuso del potere datoriale, quanto il frutto - in positivo - di una *decisione autonoma* degli individui, espressione della libertà dei soggetti nell'acquisire importanti funzionamenti[1584]. Questa precisazione è utile nella misura in cui considero la soggettivazione regolativa un modo di definire in autonomia la disciplina concreta di alcuni aspetti del rapporto di lavoro che coinvolgono l'esercizio dei poteri datoriali rispetto alla consueta tecnica di limitazione eteronoma di quei poteri. Più in generale, può dirsi che il modello tradizionale di limitazione eteronoma delle prerogative dell'impresa non sia *de plano* riconducibile all'idea di capacitazione nella misura in cui il limite posto dalla norma non garantisce alcuna libertà di scelta individuale di acquisire *well-being* ma, più riduttivamente, evita l'arbitrio datoriale

[1581] Cfr. A. Sen, *La diseguaglianza*, cit., p. 85 ss.; per una critica della distinzione tra *agency* e benessere cfr. M. Nussbaum, *Creare capacità*, cit., p. 186, che mette in evidenza come la distinzione, piuttosto oscura, possa rappresentare un residuo di utilitarismo nell'ambito del pensiero non utilitarista di Sen.

[1582] R. Del Punta, op. cit.

[1583] S. Deakin, op. cit., p. 13

[1584] Un esempio può chiarire la distinzione: un conto è non subire un trasferimento geografico in base ad un atto di esercizio illegittimo del potere direttivo (perché non sussistono le esigenze tecnico-organizzative-produttive di cui parla l'art. 2103 c.c.); altro è negoziare con il datore di lavoro il mantenimento del medesimo orario in considerazione di particolari esigenze familiari. Nel primo caso non si realizza alcun incremento delle capacità del lavoratore, che semplicemente mantiene integra la sua posizione soggettiva, nel secondo il prestatore esercita una sua libertà di agency al fine di ottenere un beneficio attraverso la limitazione pattizia dell'esercizio (legittimo) dello *ius variandi* datoriale.

o vincola l'esercizio del potere a determinati presupposti normativi (ragioni, causa, motivi) ricorrendo i quali il potere si esercita unilateralmente senza alcuna possibilità per il lavoratore di opporre a quel potere la propria libertà di *well-being*.

## 8. Accordi individuali e disciplina delle mansioni.

La materia delle mansioni, così come novellata dall'art. 13 St. lav., ha rappresentato uno dei più chiari esempi di limitazione "statutaria" dell'autonomia individuale in ragione della tutela della professionalità del lavoratore. Basato sul criterio dell'equivalenza, il limite alla mobilità orizzontale ha costituito, sin dalla prima elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, un ostacolo estremamente rigido ad ogni forma di flessibilità funzionale, in ragione non solo del mantenimento del bagaglio di competenze pregresso ma addirittura all'incremento dinamico della professionalità[1585]. Il limite dell'equivalenza veniva presidiato dalla nullità dei patti contrari, relativo non solo alla mobilità orizzontale ma, a fortiori, a quella verticale *in peius* – non più attuabile in ragione delle "esigenze dell'impresa" di cui all'originario art. 2103 c.c. - onde il datore non poteva stipulare accordi con il lavoratore al fine di realizzare forme di mobilità prestatoria in violazione del criterio dell'equivalenza[1586]. La limitazione dell'autonomia negoziale si spiegava, quindi, in ragione dell'assetto rigidamente garantistico-individuale della norma, il cui paradigma esplicativo riassume plasticamente l'idea, sottesa alla disciplina in esame, di un lavoratore che necessariamente doveva essere deprivato della disponibilità del diritto alle mansioni di assunzione, diritto altrimenti facilmente obliterabile, mediante l'esercizio dell'autonomia negoziale, tramite un accordo sostanzialmente "imposto" dal datore di lavoro: del resto il legislatore dell'art. 13 St. lav. aveva ben in mente quelle prassi, ampiamente praticate ante statuto, del c.d. recesso modificativo: in origine di un recesso immediatamente seguito da una riammissione in servizio a condizioni e mansioni mutate (*in peius*)[1587], ovvero - dopo l'entrata in vigore della legge n. 604/66 - di un licenziamento sospensivamente condizionato all'accettazione da parte del prestatore di una diversa (e peggiorativa) mansione; e ciò spiega la diffidenza verso forme di *ius variandi* datoriale non assistite da una rigorosa delimitazione non solo del perimetro di azione del potere modificativo (equivalenza) ma anche da una sorta di norma di chiusura volta a sterilizzare la facoltà delle parti di derogarvi mediante patti contrari alla *voluntas legis*.

In questo scenario di assoluta sfiducia verso soluzioni derogatorie affidate all'autonomia individuale, la norma in esame poteva paradossalmente rappresentare un problema per la tutela dei diritti del lavoratore allorquando venisse in gioco non già un conflitto tra esigenze organizzative dell'impresa ed esigenze di tutela della professionalità del lavoratore (chè, in tal caso, il conflitto veniva risolto a favore del prestatore), bensi' tra interessi entrambi riferibili al soggetto tutelato dalla norma: quando cioè venisse in evidenza la necessità di conciliare l'interesse alla professionalità e l'interesse alla conservazione del posto di lavoro. In tal caso, infatti, la tutela rigida della professionalità, *sub specie* di equivalenza, determinava il rischio che il datore di lavoro, non potendo negoziare con il dipendente una mutazione delle mansioni in deroga a quanto previsto dall'art. 2103 c.c., fosse costretto ad attuare un licenziamento in ipotesi evitabile grazie ad una

[1585] Cfr. U. Romagnoli, *sub art. 13 St. lav.*, in Comm. Scialoja e Branca, p. 185; T. Treu, *Qualifiche, oggetto del rapporto di lavoro e mobilità professionale*, in Inquadramento unico e professionalità (problemi organizzativi e quadro legale), Milano, 1974, p. 1033; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 29 settembre 2008, n. 2493; S. U. 24 novembre 2006, n. 25033

[1586] Cfr C. Pisani, *Le modificazioni delle mansioni*, Giuffrè, Milano,1996, p. 70 ss.

[1587] Recesso modificativo ammesso da L. Barassi, op. cit., p. 298

(impossibile) mobilità verso mansioni inferiori. In questi casi la tutela della professionalità rappresentava un ostacolo alla tutela del posto di lavoro. Come dire che, in termini di *capabilities*, la professionalità, quale "bene" posseduto dal lavoratore, si opponeva alla libertà di acquisire possibilità alternative di funzionamenti. Uno spiraglio per realizzare una parziale deroga alla regola dell'equivalenza è stata introdotta in materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale, laddove, tra le misure alternative al recesso veniva contemplata l'adizione del lavoratore a mansioni diverse anche in deroga a quanto previsto dall'art. 2103 c.c. in virtù di un contratto collettivo aziendale. Come dire che solo all'autonomia collettiva, e solo in caso di crisi aziendale con ricorso alla procedura di mobilità, veniva concessa *ope legis* una funzione derogatoria in capo alla contrattazione, risolvendo il conflitto tra diritto alla professionalità e interesse alla conservazione del posto di lavoro a favore del secondo (e più importante) dei due interessi. Tuttavia un ulteriore spiraglio, questa volta riferibile all'autonomia individuale, era stato aperto dalla giurisprudenza, la quale, con un orientamento divenuto consolidato, aveva ammesso la deroga *in peius* all'intangibilità della professionalità acquisita e alla modificazione unilaterale solo verso mansioni equivalenti qualora la mobilità del prestatore si presentasse come unica alternativa al licenziamento: in sostanza la giurisprudenza aveva introdotto una forma di "flessibilità" funzionale consensuale attuata a livello individuale, come *extrema ratio* e quale "male minore per il lavoratore a fine di salvaguardare un bene più prezioso della professionalità quale è quello della stessa occupazione"[1588]. Nonostante il tenore letterale assolutamente contrario ad ogni forma di flessibilità consensualmente stabilita dalle parti ("ogni patto contrario è nullo") la giurisprudenza si è vista costretta, quale attore di una interpretazione normativa "ragionevole" e funzionale alla massima tutela "olistica" degli interessi del prestatore, a forzare la *voluntas legis* così come espressa dal disposto statutario, mettendo in campo una capacità creativa che ha molto tratto dal principio di proporzionalità applicato alla situazione data: come dire che, in questa prospettazione, il patto individuale è nullo solo nella misura in cui non entri in gioco nella ponderazione degli interessi in gioco un altro interesse del lavoratore *maggiormente* meritevole di protezione e di tutela, onde la nullità, piuttosto che espandersi *ad libitum* come rimedio demolitore verso qualsiasi determinazione contraria dell'autonomia individuale, risultava recessiva e confinata a fronte della necessità di far prevalere, nel giudizio di proporzionalità che di fatto la giurisprudenza era stata chiamata ad attuare, la garanzia del bene-posto di lavoro sulla tutela legale contro il demansionamento dettata dall'art. 13 St. lav.

Ma la giurisprudenza è andata oltre questo ragionevole contemperamento fra interessi/beni del lavoratore, per abbracciare una visione derogatoria più ampia, laddove non solo la minaccia della perdita del posto di lavoro ma anche altre, indeterminate esigenze del prestatore, potessero emergere nella sfera del debitore di opere: onde, "a richiesta del lavoratore, per soddisfare un proprio interesse e quindi senza alcuna sollecitazione neppure indiretta del datore di lavoro"[1589], si rendeva necessario consentire all'autonomia negoziale di realizzare un diverso assetto di interessi rispetto a quello previsto dalla norma di legge. È difficile non identificare in questa fattispecie di modifica delle mansioni "a richiesta" del lavoratore, una ri-espansione, in chiave "liberatoria", di un'autonomia privata individuale eccessivamente compressa da una norma di tutela pensata in una logica unidirezionale, che nega ogni forma di regolazione consensuale dello *ius variandi* datoriale sul presupposto dei rischi per il prestatore, derivanti dallo stato di soggezione alla

[1588] C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 33.
[1589] Cass. 8 agosto 2011, n. 17095 in Guida al lav. 2011, p. 41, e molte altre (fare ricerca).

prevaricante *voluntas* aziendale, che l'esercizio di una tale autonomia privata avrebbe potuto comportare. Ma una volta compreso che il lavoratore può avere interessi-altri da far valere rispetto a quelli, pur rilevanti, relativi alla professionalità acquisita, e una volta ammesso che l'evoluzione degli stati del mondo può determinare circostanze tali da indurre il prestatore, in un bilanciamento di interessi che solo lui – e non una astratta e rigida disposizione di legge – può arbitrare nel proprio foro interno, l'interprete ha fatto prevalere il ragionevole motivo soggettivo del destinatario della tutela sull'oggettivo e asseritamente "superiore" interesse alla professionalità, che lo schema logico della norma, con una formulazione senza vie di fuga, sembrava escludere del tutto. Ciò che rileva, in questa che altri ha definito una sorta di "ribellione" della giurisprudenza nei confronti dell'eccessiva rigidità dell'art. 2103 c.c., è la verifica della reale e sincera volontà espressa dal lavoratore con la sua spontanea (nel senso di non da altri sollecitata) richiesta, onde la giurisprudenza richiedeva, quale *conditio sine qua* non per la deroga, l'esternazione di una motivazione posta alla base dell'atto negoziale, tale da certificare la genuinità della sua proposta e del relativo consenso[1590] (dilungarsi su questa giurisprudenza e sui criteri del controllo circa la validità della deroga).

Si è trattato, comunque, di una "ribellione" improduttiva di effetti stabili. La stessa Cassazione, riallineandosi con un'interpretazione supinamente fedele al dettato letterale dell'art. 2103 c.c., ha operato un *revirement*, riaffermando la consueta negazione di ogni patto contrario e l'insuperabile inderogabilità della regola dell'equivalenza, pur a fronte di una diversa manifestazione di volontà del lavoratore. Il tema della capacitazione individuale del lavoratore, intesa come libertà complessiva di cui un individuo gode nel perseguimento del proprio *well-being*, veniva quindi nuovamente oscurato sino a quanto, con la novella dell'art. 2103, co.6, c.c., il legislatore ha di fatto riconsegnato all'autonomia individuale del lavoratore (da manifestarsi in sede protetta) la libertà di scegliere tra diverse alternative di funzionamenti, questi ultimi effettivamente acquisibili proprio in virtù di un "patto contrario" alla previsione generale.

La portata innovativa della riforma è stata subito individuata nel potenziale vulnus al diritto del lavoratore alla propria professionalità. In questa prospettiva la previsione legislativa in esame si presterebbe a possibili abusi nella misura in cui "il lavoratore non sia in grado di opporsi alla proposta di una modificazione peggiorativa delle proprie condizioni di lavoro, a maggior ragione in una situazione di decrescente tutela contro i licenziamenti"[1591]. Con l'ipotesi di una sorta di riedizione del "patto modificativo" ampiamente praticato prima dell'entrata in vigore dell'art. 18 St. lav., riemerge il dubbio che il prestatore, pur liberato dalle catene dell'indisponibilità dei propri diritti in nome di un astratto interesse individuale alla professionalità, permanga nella condizione di ricatto datoriale il cui giogo si traduce nell'imposizione di modifiche peggiorative a prescindere dalla sussistenza di un effettivo interesse da parte sua ad acquisire una diversa combinazione di funzionamenti.

La preoccupazione, pur comprensibile, non esaurisce lo spettro delle valutazioni rispetto ad un disposto che presenta una peculiare funzione (garantire l'interesse del lavoratore di scegliere tra "vite alternative" sinora negato dal prioritario rilievo del valore attribuito alla professionalità statica). È quindi possibile avanzare una diversa interpretazione della norma, che fa perno sulla

[1590] C. Pisani, op. ult. cit., p. 34

[1591] Così C. Zoli, *La disciplina delle mansioni*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 348.

prospettiva teorica delle capacità applicata al rapporto di lavoro, sostenendo che pur nell'ambito di un sistema di tutela della professionalità che impedisce al datore di modificare unilateralmente *in peius* le mansioni del prestatore, consente alle parti di raggiungere un accordo modificativo finalizzato ad assicurare una flessibilità funzionale nell'*interesse del lavoratore*, sulla base delle sue preferenze soggettive, pur nell'ambito di un sistema regolato dalla legge e soggetto a controllo giudiziale[1592].

In effetti, proprio in questa prospettiva pare essersi mosso il legislatore *in subiecta materia*, con un disposto dalla chiara struttura teleologica (che è rivolta alla conservazione del posto, o all'acquisizione di una diversa professionalità, o al miglioramento delle condizioni di vita) che prevede rigorosi requisiti di forma e di contenuto degli accordi individuali, da realizzarsi in una sede necessariamente protetta, sia essa una di quelle indicate dall'art. 2113, co. 4, c.c., ovvero una Commissione di certificazione (in quest'ultimo caso deve ritenersi che la Commissione operi non una certificazione di una rinuncia o transazione di cui all'art. 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti, ex art. 82 del d.lgs. n. 276/2003, bensì una conciliazione, così come prevista dall'art…..). L'intervento del terzo (giudice, rappresentante sindacale, commissione di conciliazione o commissione di certificazione) è in generale da ritenersi idoneo a superare la presunzione di non genuinità del consenso prestato dal lavoratore, garantendo la sua libertà di scelta e la consapevolezza del diritto (in tal caso alla professionalità) che viene sacrificato in ragione di un diverso assetto di interessi regolamentato pro futuro. In sostanza, in queste sedi il lavoratore conclude atti di autonomia negoziale individuale assistita[1593]; e benchè, come altri precisa, nel caso di specie non si discute della stipula di un accordo transattivo/conciliativo, trattandosi piuttosto di "una nuova regolamentazione del rapporto di lavoro in chiave peggiorativa per il futuro"[1594], non possono che valere, sul punto, le medesime considerazioni che presidiano alla volontà individuale nella composizione di una controversia in sede amministrativa. In tal caso, come è noto, la giurisprudenza riconosce che l'intervento dell'organo conciliativo "è in sé idoneo a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro che rende sospette di prevaricazione, da parte di quest'ultimo, le transazioni e le rinunce intervenute nel corso del rapporto in ordine a diritti previsti da norme inderogabili, sia allorchè detto organismo partecipi attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, sia quando in un proprio atto si limiti a riconoscere, in una transazione già delineata dagli interessi in trattative dirette, l'espressione di una volontà non coartata del lavoratore"[1595].

In sostanza, la soluzione qui prospettata poggia pur sempre sul riferimento alla nozione di norma inderogabile di cui all'art. 2103 c.c., e alla facoltà dispositiva attribuita alle parti, con la precisazione, tuttavia, che il legislatore del *Jobs Act* ha consapevolmente proiettato l'effetto derogatorio di cui al comma 6 ben oltre la tradizionale distinzione tra l'imposizione al titolare dei diritti attribuiti dalla legge, da un lato, e, dall'altro, la valida disposizione di quei diritti una volta divenutone titolare: quest'ultimo schema logico, valevole per le rinunce e le transazioni, viene in profondità mutato dalla norma in esame, che non dispone semplicemente la disposizione degli effetti inderogabilmente imposti dalla norma per il passato, ma fa entrare la facoltà derogatoria delle parti

[1592] Parla espressamente di un dispositivo volto ad un ampliamento della libertà del soggetto B. Caruso, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in DLRI, 2018, p. 116
[1593] Cfr. A. Vallebona, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in Dir. lav., 1992, I, p. 479 ss.
[1594] C. Zoli, op. cit., p. 349
[1595] Cass. 12 dicembre 2002, n. 17785 in Riv. Giur. Lav., 2003, I, p. 607.

nella costruzione del regolamento negoziale. Mentre nello schema logico-giuridico della norma inderogabile il regolamento degli interessi *pro futuro* è assolutamente intangibile, trattandosi in sostanza di una "costruzione imperativa" del regolamento che impedisce al lavoratore di evitare di assumere la titolarità dei diritti *ex lege* attribuiti, nel caso del novellato art. 2103, co. 6, c.c., la volontà individuale (dismissiva-modificativa) si proietta nel futuro, divenendo libera - salvi i limiti e le funzioni poste dalla norma stessa – di derogare, nell'interesse del lavoratore, all'assetto di interessi cristallizzato dalla disciplina generale. Non che si tratti, in senso proprio, di rinuncia a diritti futuri, che, come è noto, trova nella nullità una radicale sanzione in ragione del fatto che l'atto abdicativo di un diritto non ancora entrato a far parte del patrimonio del rinunziante si risolve sostanzialmente in una diversa regolamentazione del rapporto: nel caso dell'art. 2103, co. 6, il diritto (alle mansioni) è già entrato a far parte del patrimonio del lavoratore e quest'ultimo effettivamente abdica a un diritto già sorto al momento del patto. Tuttavia, l'*effetto* prefigurato dal disposto appare simile alla rinuncia al diritto futuro se con essa si intende – con la migliore dottrina – una diversa regolamentazione, in contrarietà alla norma inderogabile, dello svolgimento per l'avvenire del rapporto[1596], con la precisazione - di non poco momento – che in realtà la novella ha *strutturalmente* modificato l'art. 2103 c.c., il quale sotto questo profilo non può più dirsi (quantomeno in assoluto, e sotto questo specifico profilo) una norma "inderogabile".

Questa importante distinzione tra la facoltà concessa al lavoratore di rimodellare tramite l'autonomia individuale l'assetto di interessi in senso sostanzialmente novativo rispetto alla mera facoltà di rinuncia/transazione a diritti pregressi, trova nel presidio della volontà manifestata dal prestatore nelle due fattispecie considerate (rinuncia/transazione e patto modificativo) il punto di contatto unificante. Non può, di conseguenza, prospettarsi una diversa valenza, nei due casi, della manifestazione di volontà in sede protetta: in entrambe le situazioni ciò che rileva, ai fini della validità del patto, è la formazione di una volontà scevra da condizionamenti impropri, o viziata dal prevaricante dominio morale o psicologico del datore, e quindi, in sostanza, "genuina" e idonea a rispecchiare in senso proprio l'interesse reale del soggetto.

Non solo l'opzione per la procedura e la sede protetta muovono nella direzione di considerare la volontà del lavoratore come effettiva e genuina, in quanto formatasi consapevolmente con l'assistenza di un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, o da un avvocato, o da un consulente del lavoro, ma sussistono anche garanzie di ordine giudiziario relativamente all'accertamento di un tale *reale* interesse qualificato del prestatore di lavoro, al cui soddisfacimento il patto in deroga è finalizzato. La norma in esame presenta infatti una struttura finalistica, prefigurandosi nello schema legale tre tipizzazioni "causali" accomunate dal fatto di rispondere ad un preciso interesse del lavoratore: la conservazione del posto, l'acquisizione di una diversa professionalità, il miglioramento delle condizioni di vita[1597]. La mancanza dell'interesse dedotto nell'accordo comporta la nullità del patto, anche ai sensi del comma 9: qui la nullità scatta non solo (e non tanto) perché manca il consapevole consenso del lavoratore, o perché è stata violata una norma inderogabile; quanto perché è carente il presupposto finalistico che *in parte qua* rende derogabile il nuovo art. 2103 c.c., vale a dire l'interesse del lavoratore alla modifica delle proprie mansioni.

[1596] Cfr. G. Pera, *Le rinunce*, p. 34

[1597] Cfr. R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, WP CSDLE Massimo D'Antona.IT -262/2015, p. 10 ss.

Si potrebbe sostenere, invero, che al giudice è preclusa l'indagine (di merito) circa la sussistenza di tale effettivo interesse, sul presupposto che la procedura in sede protetta renderebbe inattaccabile l'accordo concluso (fatti salvi i vizi del consenso o la palese pretestuosità dell'interesse addotto tale da comportare la nullità per illiceità del motivo o della causa o per frode alla legge)[1598]; ciò in quanto, così come accade per le rinunce e transazioni la sussistenza dei presupposti di legittimità dell'atto sono rimessi alla valutazione svolta dalla commissione di conciliazione o di certificazione. Questa soluzione, tuttavia, non tiene conto della struttura finalistica della norma, oltre che del peculiare contenuto dell'accordo, che, come si è visto, non riguarda semplicemente la dismissione di un diritto pregresso ma una diversa regolazione dell'assetto di interessi *pro futuro*, con un effetto, quindi, assai più pregnante rispetto ad un mero atto dispositivo. Del resto, chi ammette l'ipotesi di nullità del patto per pretestuosità dell'interesse dedotto[1599] sembra proprio riferirsi ad un controllo di congruità causale, similmente a quanto accade quando la giurisprudenza, pur negando il sindacato *nel merito* del giustificato motivo di licenziamento, opera nondimeno un controllo *di merito* per verificare l'insussistenza di motivazioni pretestuose addotte dal datore di lavoro. Come dire che a fronte di un'impugnazione dell'accordo da parte del lavoratore "pentito" per una scelta che non corrisponde in realtà ad alcuno degli interessi qualificati previsti dalla legge (e quindi, verosimilmente, espressione di una volontà non del tutto "genuina", consapevole e/o scevra da condizionamenti, nonostante i previsti presidi della sede protetta), il giudice potrebbe sindacare la coerenza tra l'accordo siglato tra le parti ed i presupposti legali tipici di cui all'art. 2103 co. 6 cc., onde, in caso di verifica negativa circa la corrispondenza tra accordo e schema legale, sancire l'invalidità (nullità) del patto[1600]. In questo senso si dovrebbe, prudenzialmente, ritenere necessario che nell'indicazione dei motivi che hanno determinato la formazione del consenso alla modifica delle mansioni il lavoratore non si limiti a rappresentare, con clausola di stile, ragioni generiche, o difficilmente riscontrabili in fatto, ma esponga chiaramente e specificamente il tipo di interesse concreto che lo ha spinto a stipulare l'accordo in vista di una delle finalità contemplate, in tal modo consentendo al giudice, tramite un controllo di congruità e di veridicità di quanto affermato nel negozio, il rispetto del profilo causale che la legge imprime al negozio (e quindi alle stesse parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale individuale).

Questa soluzione potrebbe essere criticata per l'incertezza che comporta in ordine all'aspettativa dell'impresa ad ottenere il consenso del prestatore in vista di una sua diversa collocazione in azienda. In sostanza, ammettere un controllo giudiziale significherebbe vulnerare l'affidamento che il datore di lavoro ha riposto nel patto modificativo. A questa obiezione può agevolmente rispondersi che questa norma, nella sua struttura testuale e nella sua dimensione teleologica, è formulata come un disposto a presidio della capacitazione del lavoratore: è il lavoratore che dichiara la sussistenza di un determinato interesse alla modifica delle proprie mansioni, in vista di acquisire effettivamente un diverso funzionamento in ragione delle proprie esigenze di vita, onde la messa in discussione di una dichiarazione di volontà il cui contenuto viene denunciato come non conforme allo schema legale tipico da parte del dichiarante, in quanto non coerente con i presupposti di legge, prevale sull'interesse dell'impresa (che non è contemplato nella norma) alla

[1598] C. Zoli, op. ult. cit., p. 350
[1599] Zoli, op. cit.
[1600] Ammette il controllo limitatamente alla sussistenza dell'interesse del lavoratore L. De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilisimi) rapporti con la delega*, in WP C.D.S.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 263/2015, p. 9.

stabilità (incontrovertibilità) del patto. In realtà, a ben vedere, neppure si tratterebbe, in tal caso, di reversibilità di una volontà genuinamente espressa e poi capricciosamente revocata, quanto dell'ammissione, da parte del lavoratore-dichiarante, di una volizione non collegata ad un suo reale e concreto interesse, così come richiesto dall'art. 2013, co. 6, c.c.

## 9. Accordi individuali e poteri del datore di lavoro.

La soggettivazione regolativa, come nuovo modello di disciplina del rapporto di lavoro in ragione dell'acquisizione di capacitazioni individuali e inedite combinazioni di funzionamenti nella dimensione del rapporto di lavoro, può riguardare non solo la sfera delle mansioni ma, più in generale, molti aspetti collegati all'esercizio dei poteri datoriali e alla sfera della subordinazione giuridica, sollecitata da una evoluzione ormai acclarata dei modelli organizzativi e della struttura dell'impresa in ragione di pervasive e diffusive rivoluzioni tecnologiche. Il tema dell'impresa 4.0 costituisce un fattore di discontinuità rispetto alla concezione tradizionale del rapporto di lavoro subordinato nella misura in cui la rivoluzione digitale, che consente di promuovere e concretamente praticare una diversa organizzazione del lavoro e della produzione, contempla le condizioni per una effettiva riappropriazione dei tempi e dei contenuti del lavoro non solo in termini di una maggiore libertà e autodeterminazione nella sua esecuzione[1601], ma anche – e soprattutto – nella prospettiva di un diverso assetto degli interessi fra le parti in funzione di *capabilities* individuali del prestatore, utili per riprogettare i confini tra tempi e progetti di vita e tempi di lavoro. Si tratta di una prospettiva ancora in gran parte da esplorare, specie se riguardata alla luce delle teorie economiche dell'impresa, saldamente legate ad una visione individualistico-proprietaria e refrattarie ad ogni rilettura in chiave di capacitazione sociale dei lavoratori. In realtà proprio l'inveramento di una diversa concezione dell'impresa potrebbe aprire la strada ad una costruzione di nuovi legami di solidarietà nei luoghi di produzione, tali da rilanciare l'aspirazione, cui il diritto del lavoro ha senz'altro contribuito, di realizzare la *libertà sociale* nella sfera economica: una concezione in cui la libertà viene ripensata in senso solidaristico e meno individualistico, ove la realizzazione dei propri obiettivi di libertà non si incardina nella singola persona ma nella comunità solidale[1602]. Ma il cambiamento verso una forma di libertà sociale potrebbe cominciare proprio mediante l'ampliamento di spazi di soggettivazione regolativa, a partire dal cuore del rapporto di lavoro, vale a dire la dimensione di subordinazione.

Mai la subordinazione è stata rappresentata come luogo di una negoziazione individuale, in funzione di un accrescimento della libertà del prestatore. Neppure la lettura dei vincoli ai poteri datoriali come fattore di accrescimento delle capacitazioni del lavoratore convince del tutto, in quanto altro è - in negativo - la limitazione dell'arbitrio datoriale o delle forme più estreme di autorità aziendale, altro è - in positivo - la riconduzione (pattizia) di quei poteri ad una finalità di accrescimento della libertà del lavoratore. Nel primo caso, seppure sia inevitabile che la limitazione eteronoma del potere accresca come effetto di risulta la libertà contrattuale del lavoratore, nel secondo la finalità della norma cambia, perché il potere non viene limitato dall'autonomia negoziale ma reso funzionale al raggiungimento di un interesse qualificato del lavoratore, consistente nell'incremento delle sue capacità nell'ambito del rapporto di lavoro. Non si tratta quindi di un mero limite al potere, ma di una regolazione pattizia capacitante che modifica in profondità

[1601] M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in DRI, 2017, p. 964.
[1602] Cfr. A. Honnet, *L'idea di socialismo. Un sogno necessario*, cit., p. 39.

la dimensione *funzionale* del potere direttivo in vista di un'utilità del prestatore, secondo un modello relazionale di *long term transaction* che consente di adattare i termini del rapporto alle sopravvenienze degli stati del mondo. Peraltro, la consueta ricostruzione della dinamica limitativa dei poteri datoriali riguarda la dimensione collettiva e non quella individuale: "nella negoziazione sui poteri i lavoratori oppongono autonomia collettiva a quella dell'imprenditore"[1603]. Le novità apportate dal legislatore con la disciplina del lavoro agile, definito come una "*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*", è che anche la subordinazione può essere regolata "*mediante accordo tra le parti*", senza riservare neppure un cenno *in subiecta materia* alle possibili funzioni dell'autonomia collettiva. Il riferimento alla facoltà di organizzare il lavoro agile anche "*per fasi, cicli ed obiettivi*" (formula che riecheggia quella dell'abrogato lavoro a progetto) non esclude la natura subordinata del rapporto, confermando la scelta di collocare lo *smart working* nell'alveo della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. Si pone, piuttosto, la questione se, con la giuridificazione del patto di lavoro agile, il legislatore pur senza definire un nuovo tipo di contratto di lavoro subordinato abbia modellato una subordinazione dai tratti sensibilmente innovativi, al punto da renderli non agevolmente distinguibili dalla fattispecie delle collaborazioni coordinate e continuative ove, parimenti al lavoro agile, le modalità del coordinamento sono stabilite di comune accordo fra le parti[1604]; ovvero se si tratti, riduttivamente, di uno dei tanti percorsi di destandardizzazione della disciplina che caratterizzano il diritto del lavoro contemporaneo[1605]. Certamente il legislatore, proprio nel momento in cui si adopera per completare la dimensione regolativa del rapporto di lavoro autonomo con una disciplina di tutela, pervero scarsamente significativa, ha inteso ribadire la assoluta centralità della fattispecie di subordinazione, nell'ambito di un sistema dualistico, seppur temperato dalla fattispecie estensiva dell'art. 2, co. 1., d. lgs. n. 81/2015. Tuttavia, non può negarsi come la disciplina del lavoro agile accentui le tendenze al pluralismo regolativo e alla differenziazione funzionale non semplicemente attraverso una destandardizzazione della disciplina applicabile[1606], bensì mediante la creazione di una forma "speciale" di subordinazione, caratterizzata da una regolazione legislativa assai scarna, di natura sostanzialmente autorizzatoria, che rinvia all'autonomia individuale la concreta e specifica regolazione del rapporto[1607].

Nonostante il legislatore definisca il lavoro agile come una semplice "*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*", proprio il rinvio alla disciplina del patto individuale relativamente all'esercizio dei poteri datoriali sembra realizzare una deviazione rispetto al tipo di cui all'art. 2094 c.c., non ravvisabile, ad esempio, nella disciplina del telelavoro, spesso richiamata come antesignana dell'attuale *smart working*. Infatti, mentre il telelavoro viene definito dall'accordo interconfederale del 9 giugno 2004, che recepisce l'accordo quadro europeo del 16 luglio 2002, come una "*una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa,*

---

[1603] C. Assanti, *Il dibattito sulla subordinazione: lavoro ed impresa nel codice civile e nella Costituzione*, in *Scritti di diritto del lavoro*, a cura di L. Menghini, M. Miscione, A. Vallebona, Giuffrè, Milano, 2003, p. 93 s.

[1604] In questi termini G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato*, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, in WPCSDLE "Massimo D'Antona". it* 327/2017 p. 8.

[1605] Così G. Proia, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, in Giappichelli editore, Torino, 2017

[1606] Cfr. G. Proia, op. cit.

[1607] Cfr. L. Fiorillo, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del Diritto del lavoro*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., p. 165 ss., il quale coglie la centralità dell'autonomia individuale e dell'accordo fra le parti per la "definizione del regolamento di interessi di cui le stesse sono portatrici".

*che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa*", senza alcuna evidente deviazione dal tipo legale di cui all'art. 2094 c.c., nel caso del lavoro agile uno scostamento è molto evidente sia nella previsione di assenza "*di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro",* sia per i contenuti dell'accordo individuale, il quale, ai sensi dell'art. 19, comma 1, disciplina l' "*esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore*".

Si è subito affermato, con riferimento alla possibilità che l'accordo individuale disciplini anche le "*forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro*", che una siffatta previsione non rende *consensuale* l'esercizio del potere direttivo, ciò che sarebbe invero "cosa impossibile perché determinerebbe la negazione del potere stesso, che non può che essere unilaterale"[1608]. Piuttosto il senso della norma sarebbe quello di "attribuire all'autonomia delle parti la definizione delle "*forme*", intesa nel senso delle modalità, con le quali le direttive del datore di lavoro sono impartite al lavoratore per quella parte della prestazione resa al di fuori dei locali aziendali, ovvero in circostanze logistiche in cui i normali strumenti di comunicazione utilizzati dal datore, quali le istruzioni verbali o gli ordini di servizio affissi nelle bacheche fisicamente presenti sul luogo di lavoro, non risultano praticabili[1609]. In pratica, il portato dell'accordo sulle forme di esercizio del potere direttivo si risolverebbe nella semplice definizione del come il lavoratore possa ricevere le direttive (ad es. tramite SMS, e-mail, social-network), nelle forme più consone alla modalità agile della prestazione[1610].

A questa interpretazione, che annulla la portata innovativa del disposto sino a renderlo sostanzialmente inutile, se ne deve preferire un'altra, che appare più coerente con la *ratio* del lavoro agile in quanto finalizzato non solo ad "incrementare la competitività" ma soprattutto ad "agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro". La tesi in esame non considera che il datore di lavoro, in quanto soggetto attivo del rapporto, non avrebbe alcun bisogno di stabilire nell'accordo individuale le "forme" di esercizio del potere direttivo, in quanto, essendo egli il titolare di una prerogativa unilaterale, ha facoltà di decidere autonomamente sia il contenuto del potere direttivo (inteso come potere di conformazione della prestazione), sia, a maggior ragione, le modalità di esercizio dello stesso, semplicemente comunicando al prestatore gli strumenti di cui intenda avvalersi per esercitare il proprio potere qualora il lavoratore svolga la prestazione all'esterno dei locali aziendali. La tesi che limita il rinvio all'autonomia individuale alle sole modalità di esercizio del potere non spiega le ragioni per cui anche le forme di esercizio del potere di *controllo* e le modalità esecutive del potere *disciplinare* siano demandate all'accordo individuale, in netta dissonanza con quanto accade nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato standard, in cui tali "forme" di estrinsecazione dei poteri datoriali sono, tutt'al più, oggetto di contrattazione collettiva, ma non certo di contrattazione individuale. Definire in termini pattizi il potere di controllo significa - al netto delle inderogabili norme di legge che disciplinano la materia – porre in essere una "partecipazione del lavoratore alla scelta delle concrete modalità di controllo" e, di

[1608] G. Proia, op. cit.
[1609] G. Proia, op. cit.
[1610] D. Mezzacapo, *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva e individuale*, a cura di M. Verzaro, Jovene editore, Napoli, 2018, p. 155.

conseguenza, prevedere consensualmente ulteriori vincoli contenutistici alle prerogative datoriali[1611], così come rimettere all'autonomia individuale, in forma integrativa e non esclusiva, le forme di esercizio del potere disciplinare significa identificare tramite accordo le condotte di rilevanza disciplinare, quale riflesso "sia della collaborazione richiesta allo *smart worker* nella gestione della flessibilità che gli è riconosciuta quanto ai luoghi e ai tempi della prestazione lavorativa, sia della responsabilizzazione del medesimo quanto al rispetto degli obblighi assunti, in assenza di un controllo diretto da parte datoriale sulla prestazione resa al di fuori dai locali aziendali"[1612]. L'interpretazione teleologica e sistematica della formula impiegata dal legislatore indica che il legislatore, con il disposto in esame, ha inteso sottrare il potere direttivo alla sua consueta dimensione gerarchica-unilaterale, coerentemente con il nuovo assetto *result based* dell'organizzazione del lavoro, e con la situazione di un lavoratore non più astretto da precisi vincoli di orario e di luogo ma libero, entro i limiti stabiliti dal patto, di organizzare la prestazione anche in funzione dei propri tempi di vita *come se* si trattasse di un prestatore autonomo. Come dire che il patto, lungi dal regolare unicamente le modalità estrinseche di comunicazione degli ordini e delle direttive, nel disciplinare l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, limita "il potere del datore di interferire con l'attività lavorativa al fine di bilanciare la flessibilità concessa dalla legge in termini di limiti temporali e di luogo con il rispetto della sfera privata del dipendente". In questa limitazione pattizia il potere direttivo viene in realtà funzionalizzato agli obiettivi che lo schema legale-tipico assegna al lavoro agile, vale a dire, *in primis*, la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, e, come conseguenza di tale innovativo assetto degli interessi che incrementa la motivazione e la soddisfazione del prestatore, l'incremento della competitività dell'impresa[1613].

Si può quindi fondatamente avanzare la tesi che il contratto di lavoro nella modalità agile realizzi una fattispecie speciale di lavoro subordinato, che presenta una evidente deviazione causale dal tipo legale, arricchendosi di aspetti irriducibili al normale sinallagma contrattuale di cui all'art. 2094 c.c.[1614], segnatamente sotto il profilo degli interessi del prestatore, ed in ispecie a) l'interesse alla definizione delle forme di esercizio dei poteri datoriali in vista della migliore

---

[1611] Cfr. A. Bellavista, *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in Zilio Grandi, Biasi, a cura di, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2018, p. 627.

[1612] C. Ponterio, *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in Zilio Grandi, Biasi, a cura di, op. cit., p. 635 ss.

[1613] Nella filosofia del lavoro agile l'incremento della competitività dell'impresa deve essere inteso come il risultato dell'organizzazione dello *smart working*, unitamente alla riduzione dell'assenteismo e all'abbattimento dei costi per gli spazi fisici, e non come finalità cui conformare il potere direttivo. L'Osservatorio sullo *Smart Working* del Politecnico di Milano stima l'incremento di produttività per un lavoratore derivante dall'adozione di un modello maturo di *smart working* nell'ordine del 15%, come conseguenza dei vantaggi in termini di riduzione dei tempi e dei costi di trasferimento, miglioramento del *work-life* balance e aumento della motivazione e soddisfazione del lavoratore.

[1614] A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in Zilio-Grandi, Biasi, op.cit., p. 56. Critica questa impostazione C. Timellini, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in Il lavoro nella giurisprudenza, 2018, p. 229 ss., secondo la quale parlare di fattispecie speciale di lavoro subordinato e di deviazione causale non sembrerebbe appropriato, in quanto il lavoro agile è una semplice modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato; inoltre la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro non potrebbe riguardare la causa del contratto costituendo all'opposto la ratio dell'intervento legislativo. Le obiezioni non convincono, anche alla luce della prospettazione della stessa A., la quale afferma che nel lavoro agile diviene speciale "la causa del lavoro subordinato": il che è esattamente ciò che ho sostenuto parlando di specialità e di deviazione causale dal tipo di subordinazione standard. Infatti il patto di lavoro agile incide sulla causa (come riconosce la stessa Timellini) arricchendola in funzione degli obiettivi di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, che sono esattamente il frutto di una prestazione "maggiormente autonoma e libera" (ciò che l'A. identifica come elemento di specialità).

conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e quindi, in sostanza, di una inedita corresponsabilizzazione del soggetto che versa in uno stato di soggezione nella definizione delle modalità con cui si attua la dimensione attiva del rapporto (l'esercizio dei poteri datoriali); b) l'interesse alla definizione contrattuale, e quindi concordata, delle modalità con cui le prerogative imprenditoriali si attuano nel momento in cui il prestatore realizza la prestazione "disintermediandosi" dall'ambiente lavorativo standard, *id est* in forma diversa rispetto al normale "inserimento" nell'organizzazione di impresa[1615]; c) l'interesse alla disconnessione, anch'essa finalizzata ad una migliore conciliazione fra i tempi di lavoro e i tempi di vita.

Tale subordinazione in parte "condivisa" attraverso il medium del contratto individuale non esprime affatto una contraddizione in termini. Essa rispecchia sia le tendenze evolutive più generali del lavoro subordinato, sempre meno caratterizzato da schemi gerarchici e unilaterali di organizzazione del lavoro, sia l'evoluzione della nozione di potere nell'ambito della teoria generale, laddove si registra una riduzione del carattere discrezionale dei diritti potestativi[1616]; sia, infine, la visione "procedurale" della subordinazione nell'ambito di rapporti di lavoro, come quello agile, caratterizzati da una notevole capacità proattiva del prestatore in vista del risultato. In questa prospettiva il profilo causale del contratto, discostandosi dallo schema legale-tipico dell'art. 2094 c.c., appare funzionale ad un diverso assetto degli interessi implicati nel rapporto, in cui la primazia del potere direttivo lascia spazio ad un programma negoziale concordato fra le parti, finalizzato a "stimolare l'autonomia e la responsabilità dei lavoratori e a realizzare una maggiore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro"[1617].

La soggettivazione regolativa può dunque rappresentare effettivamente una nuova frontiera della subordinazione, nell'ottica di un contratto di lavoro che sviluppa l'idea di *contratto come cooperazione*[1618]. Il decentramento della produzione giuridica che si realizza attraverso il patto, sostituendosi all'unilateralità del potere direttivo, dovrebbe realizzare una sostanziale diminuzione della misura di coercizione, controllo e comando nell'ambito dei rapporti di lavoro. Al loro posto, in questa subordinazione negoziata dovrebbero trovare spazio gli aspetti di *agency* della persona, intesa come realizzazione di obiettivi e valori che essa ha motivo di perseguire, nonché la libertà di *well-being*, intesa come libertà di acquisire capacità[1619]. La subordinazione, infatti, perde i connotati della subalternità ad un potere unilaterale espressione dell'autorità nell'impresa (art. 2086 c.c.) per assumere le sembianze di una soggezione molto attenuata, addirittura concordata dalle parti, che non solo prescinde dal coordinamento spazio-temporale della prestazione esercitato dal datore di lavoro - ormai *ex lege* affidato all'autodeterminazione del prestatore nel rispetto dei limiti legali e contrattuali sulla durata massima della prestazione[1620]- ma vede alterati sensibilmente i tratti del potere direttivo e della gerarchia nell'impresa propri dell'organizzazione fordista[1621].

---

[1615] Di un "modello di lavoro profondamente diverso da quello contemplato nell'art. 2094 Cod. Civ." parla M. Martone, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in Zilio-Grandi, Biasi, a cura di, op. cit., p. 463.

[1616] Cfr. Guarnieri, *Diritti soggettivi (categorie di)*, in Digesto it., disc. Priv., V, Torino, 1989, p. 452 ss.

[1617] In tal senso, con riferimento alla P.A., si esprime la Direttiva n. 3 del 2017 in materia di lavoro agile.

[1618] Per questo concetto, nella teoria dei contratti di matrice giuseconomica, v., ad esempio, E. Guerinoni, *Incompletezza e completezza del contrato*, Giuffrè, Milano, 20017, p.57; sulla valenza "cooperativa" del contratto di lavoro a scapito dell'assoggettamento, in contesti fortemente de-gerarchizzati, si sofferma da ultimo B. Caruso, Strategie di flessibilità, cit., p. 105.

[1619] Cfr. A. Sen, *La diseguaglianza*, cit., p. 85 ss.

[1620] M. Tiraboschi, op. cit., p. 971 s.

[1621] G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro*, cit., p. 9

Ora, riprendendo la critica alla funzione emancipatrice svolta dall'autonomia individuale nel rapporto di lavoro, si potrebbe sostenere che lo schema legale del lavoro agile, a parte la sua parzialità/eccezionalità, ripropone null'altro che il consueto principio *coactus voluit*, in quanto è pur sempre nell'ambito di un (solo) formalmente "libero" contratto di lavoro che il prestatore si assoggetta alle condizioni concordate fra le parti, ma di fatto imposte dal soggetto economicamente più forte. Se così fosse, tuttavia, verrebbe da chiedersi perché il legislatore avrebbe dovuto inscenare una sorta di cinica commedia degli equivoci, senza alcun costrutto positivo in ordine al perseguimento della *ratio legis*, ovvero, peggio, con l'occulto fine di estendere, piuttosto che mitigare, l'assoggettamento del lavoratore agile ai poteri di organizzazione del datore di lavoro "senza più chiari confini coi tempi di vita e in finzione della utilità finale attesa dal creditore della prestazione"[1622].

Sarà compito della ricerca sociologica e organizzativa, e non della semplice analisi del diritto formale, valutare se, e in quale misura, il nuovo schema legale del lavoro agile abbia modificato il concetto di subordinazione al punto da introdurre nel suo ambito obiettivi di *agency* del lavoratore. Allo stato attuale si può solo cogliere, e cercare di valorizzare in via ricostruttiva e interpretativa quella specifica *differenza qualitativa* introdotta da una norma che per la prima volta nella storia dell'ordinamento giuridico rimette ad un accordo fra le parti le forme espressive della coercizione organizzativa, la quale, nella tradizione giuridica, economica e sociologica che tanto deve all'analisi weberiana della società contrattuale, è posta saldamente in capo alla gerarchia dell'impresa.

## 10. Conclusioni.

"Un ordinamento giuridico – per quanto grande sia il numero dei "diritti di libertà" e delle "autorizzazioni" che esso garantisce, e per quanto piccolo sia invece quello delle norme di comando e di proibizione in esso contenute – può, nei suoi effetti pratici, favorire una notevole accentuazione non soltanto della coercizione in generale, ma anche del carattere autoritario di poteri coercitivi". Questo esito sarà tanto più evidente nelle formazioni basate sulla disciplina "come le imprese industriali capitalistiche", in cui il potere si concentra nelle mani di pochi e il sistema giuridico garantisce la coercizione autoritaria. La visione weberiana della società contrattuale ci consegna quindi l'immagine del rapporto di lavoro come relazione asimmetrica di potere, funzionale al sistema capitalistico di produzione e alla sua legittimazione mediante il diritto. In questa prospettiva l'autonomia negoziale del lavoratore non solo non accresce la libertà del soggetto, ma si rivela la vera gabbia d'acciaio entro cui si riproducono le forme di dominio sociale ed economico dell'impresa, trasformando i rapporti di subordinazione sociale in oggetti di scambio sul mercato del lavoro. Per questa ragione, ciò che per Weber è la società contrattuale apparirà a Simmel espressione di quei rapporti tra Sovra-ordinazione e Subordinazione tali per cui il contratto di lavoro cessa addirittura "di essere un "contratto" nel senso consueto della parola, perché gli uni si trovano incondizionatamente nelle mani degli altri"[1623].

A cent'anni da queste analisi fondative della società contemporanea il diritto del lavoro si trova ancora saldamente incardinato entro le coordinate teoriche di una relazione d'autorità, e

[1622] M. Tiraboschi, op. cit., p. 970

[1623] Cfr. G. Simmel, *Soziologie* (1908), trad. it. *Sociologia*, Meltemi, Milano, 2018, p. 208.

l'opinione della dottrina si mantiene largamente attestata sull'idea che il lavoratore, a fronte dell'ampliamento degli spazi di autonomia contrattuale, sia maggiormente "in balia di un mercato sempre più articolato e complesso, di fronte a una molteplicità di scelte che solo di rado risultano, dal suo angolo prospettico, effettivamente tali"[1624].

Eppure, la "fine del sociale"[1625] che caratterizza la scomparsa delle grandi narrazioni collettive del novecento, pur collegandosi necessariamente all'affermazione di una logica di mercato che oggettivamente riveste la forma dell'adattamento alle leggi puramente economiche del capitalismo, apre nuovi spazi, magari solo interstiziali, per soggettività (parzialmente) sottratte alla logica del dominio, che guardano alle istituzioni giuridiche come strumenti per garantire libertà e dignità ad ogni essere umano. Questa evoluzione, che caratterizza la società contemporanea e che, nelle riflessioni di filosofia politica, si proietta nella realizzazione di una società giusta in cui alle persone viene garantito un insieme di opportunità o capacità umane centrali[1626], non può non interessare anche il rapporto di lavoro. In ragione delle aree di soggettivazione regolativa rese possibili, in particolare, dai mutamenti indotti dalla rivoluzione digitale, l'autonomia individuale si trova proiettata in ambiti caratterizzati dal dominio coercitivo del datore di lavoro e quindi tradizionalmente consegnati all'operare di fonti eteronome riequilibranti. Non si tratta di un'autonomia lasciata in balia del "principio liberale" di barassiana memoria[1627]. La nuova idea di cittadinanza del lavoro richiede ancora la permanenza funzionale del diritto pubblico, caratterizzato da principi fondamentali di rilevanza costituzionale[1628]. Tuttavia il nuovo paradigma regolativo del diritto del lavoro non potrà basarsi solo su questo. Dovrà trovare anche il modo di valorizzare il *governo privato* nelle relazioni tra lavoratore e impresa, in una nuova dialettica tra diritto del lavoro e libertà[1629].

Ciò che finora è stato etichettato, in negativo, come un processo di individualizzazione deregolativa, deve trasformarsi - anche grazie alle strutture dell'interpretazione "*purposive*"[1630] - in un soggettivismo capacitante, che riconosce nel soggetto, benchè subordinato, la facoltà di giudizio per scelte consapevoli e un potere di *agency*; e anziché indurlo forzatamente a modalità di funzionamento omologanti e coercitive - quelle imposte dalla volontà unilaterale del soggetto forte, o prefissate inderogabilmente dalla legge -, consegna al lavoratore, nell'ambito di congegni

---

[1624] L. Corazza, *Il contratto di lavoro e la costituzione del rapporto*, in Il lavoor subordinato, a cura di F. Carinci, II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, coord. da A. Perulli, Trattato di diritto privato, diretto da Bessone, vol. XXIV, Giappichelli, Torino, 2007, p. 215.

[1625] A. Touraine, *La globalizzazione e la fine del sociale*, Il Saggiatore, Milano, 2015

[1626] Cfr. M. Nussbaum, *Creare capacità*, cit.; Id, *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Il Mulino, 2017, p. 249 ss.

[1627] Cfr. G. Cazzetta, op. cit., p. 152.

[1628] U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro tra stato e mercato*, in RTDPC, 2005, p. 53 ss.; sulla perdurante vitalità euristica del principio lavoristico di matrice costituzionale, specialmente con riferimento al pensiero di Mortati, cfr. l'approfondita analisi di V. Speziale, *Il giustificato motivo di licenziamento tra "clausole generali", principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in DLRI, 2018, p. 127 ss., e già *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in a. Perulli, a cura di, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017, p. 119 ss.

[1629] Se l'individuo si pone al centro della scena rispetto allo Stato e alla dimensione collettiva, è ai "tormenti" di questo nuovo attore che il diritto deve guardare, cercando di "dare un po' di giustizia": una concezione personalista del diritto del lavoro che deve convivere con la dimensione giuspositivistica, e che dipende "dalla capacità di riflessione libera e coerente su quello che l'uomo vuole ricevere e può dare e, dunque, su come i tanti interessi confliggenti possano trovare una sintesi": è questa la conclusione cui giunge, all'esito di una ricca analisi filosofico-giuridica, E. Gragnoli, *La nozione di lavoro e la sua definizione nell'ordinamento italiano*, in Risistemare il diritto del lavoro, *Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli, a cura di Luca Nogler e Luisa Corazza, Franco Angeli, 2012, p. 210.

[1630] G. Davidov, op. cit., p. 4 ss.

normativi finalizzati, la possibilità di conquistarsi spazi di libertà che prosperino assieme ai (e non a dispetto dei) dai valori di socialità e solidarietà che rappresentano una matrice ineliminabile per qualsiasi paradigma di diritto del lavoro[1631].

[1631] Sul mutamento di paradigma del diritto del lavoro rinvio a A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un nuovo paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3 ss., e a V. Speziale, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in Quaderni della Rivista Diritti Lavori Mercati, 2, 2016, p. 33 ss.